

ปีที่ 43 ฉบับที่ 1 : มกราคม-มีนาคม 2568



วารสารกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY LAW JOURNAL

บทความวิชาการ

องค์การการค้าโลกกับวิกฤตโลกร้อน: วิเคราะห์มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรป

ศักดา ธนิตกุล

Legal Challenges in the Concurrent Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law to the Conflict in the Southern Border of Thailand

พิมพ์ชนก ปาละสมิทธิ์

กระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัยของประเทศไทย: การริเริ่มให้ความคุ้มครองแก่ประชากรพลัดถิ่นในรัฐที่มีได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาผู้ลี้ภัย

พริมา สุขมานพ

บทความวิจัย

การปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 เพื่อรองรับและส่งเสริมการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน

ปิติ เอี่ยมจำรูญลาก
บุญญภัทร์ ชูเกียรติ

ปัญหาการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญของศาลปกครอง

อดิศร คงพูนพิน

ปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปและไทยในบริบทของการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย

อัญริกา ณ พิบูลย์

CHULALONGKORN UNIVERSITY LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีที่ 43 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มีนาคม 2568)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกเจริญกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชฌน์ เครืองาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มันทารณ	รองศาสตราจารย์ธิดิพันธุ์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฆวิไลกุล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
----------------------------------	---

รองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกัญญา โฆวิไลกุล	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิทย์ สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา ธีศรี	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.บุญญรัตน์ โชคบัณฑิตชัย	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
ดร.วรพงศ์ อัจฉรวังศ์ชัย	ศาลยุติธรรม
นางสนั่น ดิษยบุตร	สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.สุพรรณวษา โชติปัญญาณ ถัง	กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
ดร.อภิชน จันทระเสน	ธนาคารแห่งประเทศไทย

กองจัดการ

สุพิชา จินฉนวนโส	วรลักษณ์ ทองใบ
วรินทร์ทิพย์ สายมงคลเพชร	

Chulalongkorn University Law Journal

Volume 43 Issue 1 (January-March 2025)

Advisory Board

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

Editor-in-Chief

Dr.Pramote SERMSILATHAM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
-------------------------	---

Deputy Editor

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

Editorial Board

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

Management Team

Supicha CHINNAVASO	Vorraluk THONGBAI
Warintip SAIMONGKONPET	

วัตถุประสงค์

“วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวารสารทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาที่น่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการด้านนิติศาสตร์และต่อสังคม

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 4 ฉบับ ราย 3 เดือน ดังนี้

- ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม ถึงเดือนมีนาคม
- ฉบับที่ 2 เดือนเมษายน ถึงเดือนมิถุนายน
- ฉบับที่ 3 เดือนกรกฎาคม ถึงเดือนกันยายน
- ฉบับที่ 4 เดือนตุลาคม ถึงเดือนธันวาคม

ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

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

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

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

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

การเผยแพร่วารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทำการเผยแพร่บทความในรูปแบบออนไลน์

แหล่งสนับสนุนการจัดทำวารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้รับการสนับสนุนการจัดพิมพ์จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Aim and Scope

“Chulalongkorn University 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 University Law Journal is published every three months as follows:

- Issue 1 January-March
- Issue 2 April-June
- Issue 3 July-September
- Issue 4 October-December

Categories of Accepted Manuscripts

Chulalongkorn University 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 University 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 University 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 University Law Journal is published in online version.

Source of Support

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

บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยฉบับนี้เป็นฉบับประจำปีที 43 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มีนาคม 2568) ซึ่งฉบับนี้ถือเป็นฉบับแรกภายหลังจากที่กองบรรณาธิการวารสารได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการจัดทำวารสารในหลายประเด็น ดังนั้นกองบรรณาธิการขออาศัยพื้นที่นี้สื่อสารไปยังทุกท่านให้ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงในประเด็นสำคัญ ๆ ดังต่อไปนี้ เรื่องที่หนึ่งวารสารฯ มีการเปลี่ยนแปลงกำหนดการตีพิมพ์เผยแพร่ให้เป็นปีละ 4 ฉบับ ราย 3 เดือน ได้แก่ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม ถึงเดือนมีนาคม ฉบับที่ 2 เดือนเมษายน ถึงเดือนมิถุนายน ฉบับที่ 3 เดือนกรกฎาคม ถึงเดือนกันยายน และฉบับที่ 4 เดือนตุลาคม ถึงเดือนธันวาคม เรื่องที่สองวารสารฯ จะยุติการเผยแพร่วารสารฯ ในรูปแบบตัวเล่ม โดยจะเผยแพร่ในรูปแบบออนไลน์เท่านั้น และเรื่องที่สามวารสารฯ มีการเปลี่ยนแปลงหมายเลขมาตรฐานสากลประจำวารสารฯ ให้เป็นดังนี้ ISSN (Online) “3057-0980” กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่าการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการจัดทำวารสารในรูปแบบใหม่นี้จะมีส่วนช่วยให้บทความที่น่าสนใจทั้งหลายได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่ในวงกว้างมากขึ้น

ในส่วนเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงประกอบไปด้วยผลงานที่น่าสนใจและมีความหลากหลายทั้งบทความในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัย ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง “องค์การการค้าโลกกับวิกฤตโลกร้อน: วิเคราะห์มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรป” เขียนโดยศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล ภาควิชานิติศาสตร์ สาขาวิชากฎหมาย เศรษฐกิจ สำนักธรรมศาสตร์และการเมือง ราชบัณฑิตยสภา

บทความที่สองเป็นบทความวิชาการเรื่อง “Legal Challenges in the Concurrent Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law to the Conflict in the Southern Border of Thailand” และได้รับการแปลเป็นภาษาไทยโดยใช้ชื่อว่า “ข้อท้าทายทางกฎหมายในการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ต่อสถานการณ์ความขัดแย้งในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้” เขียนโดย คุณพิมพ์ชนก ปาละสมิทธิ เจ้าหน้าที่กฎหมาย สภาทนายความไทย

บทความที่สามเป็นบทความวิชาการเรื่อง “กระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัยของประเทศไทย: การริเริ่มให้ความคุ้มครองแก่ประชากรพลัดถิ่นในรัฐที่มีได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาผู้ลี้ภัย” เขียนโดย คุณพริมา สุขมานพ นักวิชาการอิสระ

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง “การปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 เพื่อรองรับและส่งเสริมการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน”

เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และอาจารย์ ดร.บุญญภัทร์ ชูเกียรติ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหามงกุฎ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

บทความที่ห้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ปัญหาการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญของศาลปกครอง” เขียนโดย คุณอดิสร คงพูนพิน นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปและไทยในบริบทของการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย” เขียนโดย อาจารย์ ดร.อัญธิกา ณ พิบูลย์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองบรรณาธิการหวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อ ๆ ไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 43 ฉบับที่ 1

(มกราคม-มีนาคม 2568)

สารบัญ

• บทความวิชาการ

- 1-33 องค์การการค้าโลกกับวิกฤตโลกร้อน: วิเคราะห์มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมนคาร์บอน
ข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรป
ศักดา ธนิตกุล
- 35-58 ข้อท้าทายทางกฎหมายในการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและ
กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ต่อสถานการณ์ความขัดแย้งในพื้นที่จังหวัด
ชายแดนภาคใต้
พิมพ์ชนก ปาละสมิทธิ์
- 59-94 กระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัยของประเทศไทย: การริเริ่มให้ความคุ้มครองแก่ประชากร
พลัดถิ่นในรัฐที่มิได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาผู้ลี้ภัย
พริมา สุขมานพ

• บทความวิจัย

- 95-139 การปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 เพื่อรองรับ
และส่งเสริมการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน
ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ
บุญญภัทร์ ชูเกียรติ
- 141-174 ปัญหาการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญของศาลปกครอง
อดิสร คงพูนพิน
- 175-217 ปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพ
ยุโรปและไทยในบริบทของการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย
อัญชิภา ณ พิบูลย์

* บทความและความคิดเห็นใด ๆ ใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย”
ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและ
กองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Chulalongkorn University Law Journal

Vol. 43 No. 1

(January-March 2025)

Contents

- *Academic articles*

1-33 The World Trade Organization and Global Warming Crisis: Analysis on the Carbon Border Adjustment Mechanism of the European Union
Sakda Thanitcul

35-58 Legal Challenges in the Concurrent Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law to the Conflict in the Southern Border of Thailand
Pimchanok Palasmith

59-94 Thailand's National Screening Mechanism: Initiating 'Asylum' Procedures in a Non-Signatory to the 1951 Refugee Convention
Prima Sukmanop

- *Research articles*

95-139 Legislative Proposals for Amendments to the Energy Industry Act B.E. 2550 (2007) for Supporting and Promoting Energy Transition
Piti Eiamchamroonlarp
Bunyapatt Chukiat

141-174 Judgment Issues of The Administrative Court in Community Rights Cases under The Constitution of the Kingdom of Thailand
Adisorn Kongphunpin

175-217 The Problems and Obstacles Regarding the Compliance on the EU Personal Data Protection Law and the Thai Personal Data Protection Law In the Context of the Tourism Authority of Thailand
Auntika Na Pibul

* Any opinions presented in this edition of Chulalongkorn University Law Journal solely belong to the respective authors, with which Faculty of Law Chulalongkorn University and the Editorial Board do not have to agree.

องค์การการค้าโลกกับวิกฤตโลกร้อน: วิเคราะห์มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมน
คาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรป*

The World Trade Organization and Global Warming Crisis:
Analysis on the Carbon Border Adjustment Mechanism of the
European Union

ศักดา ธนิตกุล
Sakda Thanitcul

ศาสตราจารย์ ดร.

ภาควิชาการศึกษานิติศาสตร์ สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ สำนักธรรมศาสตร์และการเมือง ราชบัณฑิตยสภา
120 หมู่ 3 ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคารซี) กรุงเทพมหานคร 10210

Professor Dr.

Quasi-Member, Specializing in Law (Economic Law), Academy of Moral and Political Science,
Royal Society of Thailand

120 Moo 3, Government Complex Commemorating His Majesty the King's 80 Birthday Anniversary,
5 December, BE 2550 (2007) (C Building), Bangkok 10210

Corresponding author E-mail: Sakda.t@chula.ac.th

(Received: September 17, 2024; Revised: November 22, 2024; Accepted: February 4, 2025)

บทคัดย่อ

ในปี พ.ศ. 2541 (ค.ศ. 1998) องค์การการค้าโลก (the World Trade Organization) ได้ให้ความสำคัญของค่านิยมเรื่อง “การอนุรักษ์สัตว์ป่าที่ใกล้สูญพันธุ์” ได้แก่ เต่าทะเล ว่าเป็นความสำคัญเทียบเท่ากับค่านิยมเรื่อง “ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ” ตามทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เรื่อง ความสำเร็จโดยเปรียบเทียบ (Comparative Advantage) โดยตัดสินคดีข้อพิพาทระหว่างประเทศ สหรัฐอเมริกากับประเทศอินเดีย ปากีสถาน มาเลเซีย และไทย ว่ามาตรการของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ ห้ามนำเข้ากุ้งจากประเทศอินเดีย ปากีสถาน มาเลเซีย และไทยนั้น แม้จะเป็นมาตรการที่ไม่สอดคล้อง กับข้อ 11 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade หรือ GATT) ก็ตาม แต่ก็ได้รับการนิรโทษตามข้อ 20 (จี) ของความตกลงฉบับดังกล่าวเนื่องจากเต่า ทะเลเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไป เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างคำตัดสินในข้อพิพาท

* บทความนี้ปรับปรุงจากบทความวิชาการที่นำเสนอต่อที่ประชุมราชบัณฑิตและภาควิชาการศึกษานิติศาสตร์ ราชบัณฑิตยสภา เมื่อวันที่ 4 กันยายน พ.ศ. 2567 ผู้เขียนขอขอบคุณท่านผู้ประเมินบทความทั้งสามท่านที่ได้กรุณาให้คำชี้แนะ อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปรับปรุงบทความให้มีความถูกต้องและสมบูรณ์ยิ่งขึ้นเพื่อการตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายฉบับนี้

ดังกล่าวกับมาตรการเก็บคาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรป (European Carbon Border Adjustment Mechanism หรือ EU-CBAM) แล้ว อาจชี้ให้เห็นได้ว่าในอนาคต หากมีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับมาตรการดังกล่าวเข้าสู่กลไกระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกแล้ว คณะพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลกซึ่งตระหนักดีถึงปัญหา “วิกฤตโลกร้อน” ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ก็มีแนวโน้มสูงที่จะให้ความสำคัญกับค่านิยมสากลเรื่อง “การอนุรักษ์ชั้นบรรยากาศโลก” อันได้แก่ การลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเข้าสู่ชั้นบรรยากาศของโลกเพื่อไม่ให้อุณหภูมิของโลกสูงขึ้นเกินกว่า 2 องศาเซลเซียส ภายใน พ.ศ. 2593 (ค.ศ. 2050) ไม่น้อยไปกว่าค่านิยมเรื่อง “ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ” และคงจะตัดสินใจให้มาตรการ EU-CBAM ได้รับการนิรโทษตามข้อ 20 (จี) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าเช่นเดียวกัน

คำสำคัญ: ค่านิยมสากล, การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, การพัฒนาอย่างยั่งยืน, การปกป้องและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ, กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, ความตกลงปารีส, ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า, องค์การการค้าโลก, กลไกระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก

Abstract

In 1998, the World Trade Organization (WTO) Appellate Body underscored the importance of the “conservation of endangered species,” specifically sea turtles, equating its value to that of “economic efficiency” as defined by the theory of comparative advantage. It ruled that the United States’ ban on shrimp imports from India, Pakistan, Malaysia, and Thailand, was permissible under Article 20 (g) of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) due to the exhaustible nature of sea turtles as a natural resource regardless of the inconsistency with Article 11 of the GATT. Consequently, comparing this decision to the European Union’s Carbon Border Adjustment Mechanism (EU-CBAM), it may be concluded that should a dispute arise within the WTO’s dispute settlement framework, the Panel or Appellate Body—acutely aware of the ongoing “global warming crisis”—would likely balance “conserving the Earth’s atmosphere,” which is a universal value on reducing greenhouse gas emissions to prevent a global temperature rise exceeding 2 degrees Celsius by 2050 with “economic efficiency.” This choice will lead to the conclusion that the EU-CBAM should also be justified under Article 20 (g) of the GATT.

Keywords: Universal Value, Climate Change, Sustainable Development, Protection and Preservation of Natural Resource, United Nations Framework Convention on Climate

Change, Paris Agreement, General Agreement on Tariff and Trade, the World Trade Organization, WTO's Dispute Settlement Mechanism

เกริ่นนำ

สืบเนื่องจากการที่สหภาพยุโรป (European Union หรือ EU) ได้เข้าผูกพันตนภายใต้ความตกลงปารีส (Paris Agreement) ที่กำหนดให้ลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกลงร้อยละ 55 ภายในปี พ.ศ. 2573 (ค.ศ. 2030) เมื่อเทียบกับปี พ.ศ. 2533 (ค.ศ. 1990) และมุ่งสู่การปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ภายในปี พ.ศ. 2593 (ค.ศ. 2050)¹ สหภาพยุโรปในฐานะที่เป็นผู้นำด้านการปกป้องสิ่งแวดล้อมของโลกจึงได้ออกนโยบายเข้มงวดภายใต้ชื่อ European Green Deal โดยนโยบายดังกล่าวนำมาสู่การจัดทำข้อกำหนด Fit for 55 Package ซึ่งเป็นร่างกฎหมายที่ส่งเสริมการลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกโดยครอบคลุมมาตรการต่าง ๆ ทั้งในด้านสภาพภูมิอากาศ พลังงาน การคมนาคม และการจัดเก็บภาษี²

กลไกการปรับคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดน (Cross Border Adjustment Mechanism หรือ CBAM) เป็นหนึ่งในมาตรการทางภาษีนำเข้าภายใต้ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว โดยแนวคิดของกลไกการปรับคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดนมีวิวัฒนาการมาจากกลไกตลาดคาร์บอนแห่งแรกของสหภาพยุโรปที่จัดตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2548 (ค.ศ. 2005) โดยกลไกการตลาดคาร์บอน (EU Emission Trading System: EU ETS) เป็นกลไกที่วางอยู่บนหลักการซื้อขายก๊าซเรือนกระจก (Cap and Trade) กล่าวคือ มีการกำหนดเพดานของปริมาณคาร์บอนที่ผู้ประกอบการในสหภาพยุโรปสามารถปล่อยได้สูงสุดและมีการจัดสรรสิทธิในรูปแบบปริมาณก๊าซที่อนุญาตให้ปล่อยได้ สำหรับผู้ประกอบการที่ปล่อยคาร์บอนได้ต่ำกว่าสิทธิที่ได้รับก็จะสามารถนำสิทธิส่วนเกินนั้นไปขายให้แก่ผู้ประกอบการรายอื่นได้ในทางกลับกัน ผู้ประกอบการที่ปล่อยคาร์บอนสูงกว่าสิทธิที่ได้รับก็ต้องซื้อสิทธิเพื่อชดเชยการปล่อยคาร์บอนส่วนเกินนั้น³

อย่างไรก็ตาม กลไกข้างต้นนำมาสู่ปัญหาบางประการ กล่าวคือ ผู้ประกอบการบางส่วนย้ายฐานการผลิตไปยังประเทศที่อยู่นอกสหภาพยุโรปซึ่งมีกฎระเบียบในการปล่อยคาร์บอนที่เข้มงวดน้อยกว่าเพื่อหลีกเลี่ยงการแบกรับค่าใช้จ่ายในการผลิตสินค้าที่สูงขึ้นจากการถูกจัดเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอน โดยจากต้นทุนที่ต่ำกว่า ทำให้สินค้าเหล่านี้มีราคาถูกกว่าสินค้าที่ผลิตในสหภาพยุโรป จึงเป็นที่ต้องการของผู้บริโภค

¹ Simon Thompson, **GREEN AND SUSTAINABLE FINANCE: PRINCIPLE AND PRACTICE IN BANKING, INVESTMENT AND INSURANCE**, 2nd ed. (New York: Kogan Page, 2023), p.79.

² สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยและสถาบันการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, “กลไกการปรับคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรป” ฉบับปรับปรุง, กรกฎาคม 2566, หน้า 1 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://km.fti.or.th/wp-content/uploads/2023/05/%E0%B8%81%E0%B8%A5%E0%B9%84%E0%B8%81%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%84%E0%B8%B2> [12 สิงหาคม 2567]

³ Takahiro SEKI and Yuta MATSUMURA, **GX (グリーン・トランスフォーメーション) が図解でわかる入門書です** (หนังสืออธิบายโดยภาพเกี่ยวกับการเปลี่ยนผ่านสู่สังคมสีเขียว), (秀和システム (Hidekatsu Shisutemu), 2023), p.54. (ภาษาญี่ปุ่น)

มากกว่าสินค้าที่ผลิตโดยผู้ประกอบการภายในสหภาพยุโรปที่ถูกกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบเกี่ยวกับปริมาณการปล่อยคาร์บอนอย่างเคร่งครัด⁴ จากสถานการณ์ข้างต้น ทำให้คณะกรรมการการค้ายุโรปจัดตั้งกลไกการปรับคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดนขึ้นมาเพื่อสร้างความเท่าเทียมในการแข่งขันทางการค้าระหว่างสินค้าที่ผลิตในสหภาพยุโรปกับสินค้าที่ผลิตในประเทศอื่น ๆ ที่อยู่นอกสหภาพยุโรปและยังเป็นการสร้างแรงกดดันทางอ้อมให้ผู้ประกอบการนอกกลุ่มสหภาพยุโรปให้หันมาปรับปรุงกระบวนการผลิตให้เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม ตลอดจนช่วยเสริมสร้างความเข้มแข็งของประชาคมโลกในการรับมือกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศด้วย⁵

กฎหมายว่าด้วยกลไกการปรับคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดนนี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2566 (ค.ศ. 2023)⁶ แต่จะเริ่มใช้บังคับจริงกับสินค้านำเข้าในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2569 โดย 5 กลุ่มสินค้านำเข้าแรกที่จะถูกเรียกเก็บคาร์บอน ได้แก่ บริการไฟฟ้า ซีเมนต์ ปูน เหล็กและเหล็กกล้า และอะลูมิเนียม⁷ โดยคาดว่าจะภายในปี พ.ศ. 2573 (ค.ศ. 2030) กลไกการปรับคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดนจะถูกบังคับใช้จนครอบคลุมทุกกลุ่มผลิตภัณฑ์⁸

ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เป็นหัวใจสำคัญของมาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนเอากับสินค้านำเข้าจากภาคีสมาชิกอื่น ๆ ขององค์การการค้าโลก (The World Trade Organization) คือ การเป็นมาตรการที่ขัดกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 (General Agreement on Tariffs and Trade หรือ GATT 1994) ที่ห้ามภาคีสมาชิกเก็บภาษีหรือค่าธรรมเนียมอื่นใดนอกเหนือไปจากที่ได้กำหนดไว้ในตารางผูกพันที่ตนได้ผูกพันไว้กับองค์การการค้าโลก⁹ ยกตัวอย่างเช่น

⁴ สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยและสถาบันการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, “กลไกการปรับคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรป” ฉบับปรับปรุง, กรกฎาคม 2566, หน้า 2 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://km.fti.or.th/wp-content/uploads/2023/05/%E0%B8%81%E0%B8%A5%E0%B9%84%E0%B8%81%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%84%E0%B8%B2> [12 สิงหาคม 2567]

⁵ สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยและสถาบันการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, “กลไกการปรับคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรป” ฉบับปรับปรุง, กรกฎาคม 2566, หน้า 3 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://km.fti.or.th/wp-content/uploads/2023/05/%E0%B8%81%E0%B8%A5%E0%B9%84%E0%B8%81%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%84%E0%B8%B2> [12 สิงหาคม 2567]

⁶ Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM).

⁷ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “EUROPEAN GREEN DEAL ประเด็นสำคัญที่ผู้ส่งออกไทยต้องรู้” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://setsustainability.com/libraries/1035/item/european-green-deal> [20 กรกฎาคม 2567]

⁸ บริษัท พีทีที โกลบอล เคมิคอล จำกัด (มหาชน), “เข้าใจ “มาตรการ CBAM” การปรับราคาคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดน EU เพื่อความยั่งยืน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://sustainability.pttggroup.com/th/newsroom/featured-stories/943/%E0%B9%80%E0%B8%82%E0%B9%89%E0%B8%B2> [20 กรกฎาคม 2567]

⁹ บทบัญญัติของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าเกี่ยวกับประเด็นกฎหมายนี้บัญญัติว่า

“Article II: Schedules of Concession

(a) Each contracting party shall accord to the commerce of the other contracting parties treatment no less favourable than that provided for in the appropriate Part of the appropriate Schedule annexed to this Agreement.

บริษัทผลิตปูนซีเมนต์ในประเทศไทยที่จะส่งออกปูนซีเมนต์ไปยังบริษัทผู้นำเข้าในสหภาพยุโรปหลังวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2569 นอกจากบริษัทผู้นำเข้าจะต้องชำระอากรศุลกากรให้แก่สหภาพยุโรปแล้ว บริษัทผลิตปูนซีเมนต์ในประเทศไทยยังจะต้องเสียค่าธรรมเนียมคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดนอีกประมาณ 2,000 บาทต่อตันด้วย เนื่องจากในการผลิตปูนซีเมนต์ปริมาณ 1 ตันของบริษัทจะมีการปล่อยคาร์บอนทั้งทางตรงและทางอ้อมรวม 0.65 ตันคาร์บอนไดออกไซด์เทียบเท่า¹⁰ ค่าธรรมเนียมคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดนจำนวน 2,000 บาทต่อตัน จึงเป็นค่าธรรมเนียมที่สหภาพยุโรปเก็บนอกเหนือไปจากภาษีศุลกากรที่กำหนดไว้ในตารางผูกพันของสหภาพยุโรปที่ได้เข้าผูกพันไว้กับองค์การการค้าโลก

วัตถุประสงค์สำคัญของบทความนี้ คือ การวิเคราะห์ว่ามาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนตามกฎหมายว่าด้วยกลไกการปรับคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรปนี้เป็นมาตรการที่สอดคล้องกับความตกลงขององค์การการค้าโลกหรือไม่ และหากไม่สอดคล้องกับความตกลงดังกล่าว มาตรการนี้จะได้รับการนิรโทษ¹¹ ตามบทบัญญัติของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 หรือไม่อย่างไร โดยในบทที่หนึ่งของบทความนี้ ผู้เขียนจะบรรยายถึงระเบียบเศรษฐกิจโลกภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่วางอยู่บนพื้นฐานของหลักเศรษฐกิจเสรีนิยม ในบทที่ 2 ผู้เขียนจะมุ่งเน้นบรรยายและวิเคราะห์ถึงความเป็นมาตลอดจนเหตุผลในคำตัดสินคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้มาตรการห้ามนำเข้าทั้งระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศอินเดีย ปากีสถาน มาเลเซีย และไทย ว่าเหตุใดองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ขององค์การการค้าโลกจึงตัดสินให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสหรัฐอเมริกาสามารถใช้มาตรการดังกล่าวกับประเทศคู่พิพาทได้ ในบทที่ 3 ผู้เขียนจะบรรยายถึงความเป็นมาของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ตลอดจนการวิเคราะห์

(b) The products described in Part I of the Schedule relating to any contracting party, which are the products of territories of other contracting parties, shall, on their importation into the territory to which the Schedule relates, and subject to the terms, conditions or qualifications set forth in that Schedule, be exempt from ordinary customs duties in excess of those set forth and provided therein. Such products shall also be exempt from all other duties or charges of any kind imposed on or in connection with importation in excess of those imposed on the date of this Agreement or those directly and mandatorily required to be imposed thereafter by legislation in force in the importing territory on the date.” (ขีดเส้นใต้เน้นโดยผู้เขียน)

¹⁰ วารสารการเงินการธนาคาร, “EU-US เก็บภาษีคาร์บอนกระเทือนส่งออกไทย 1 แสนล้านบาท”, วารสารการเงินการธนาคาร, 497 (กันยายน 2566), หน้า 138. ยกตัวอย่างเช่น การผลิตซีเมนต์ปริมาณ 1 ตันของบริษัทหนึ่ง มีการปล่อยคาร์บอนทั้งทางตรงและทางอ้อมรวม 0.65 ตันคาร์บอนไดออกไซด์เทียบเท่า และสมมติให้ค่าธรรมเนียม CBAM Certificate เท่ากับราคาซื้อขายคาร์บอนเฉลี่ยในตลาดซื้อขายโควตาการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของ EU (European Union Emission Trading System: EU ETS) ในปี พ.ศ. 2565 ที่ 83 ยูโรต่อตันคาร์บอนไดออกไซด์เทียบเท่า ดังนั้น ค่าธรรมเนียมใบรับรอง CBAM สำหรับการส่งออกซีเมนต์ 1 ตันจากบริษัทดังกล่าวไปยัง EU จะเท่ากับ $0.65 \times 83 = 53.95$ ยูโร (2,067.9035 บาท เนื่องจาก 1 ยูโร เท่ากับ 38.33 บาท ณ วันที่ 25 กันยายน พ.ศ. 2567)

¹¹ ผู้เขียนยึดแนวทางการแปลคำว่า “นิรโทษ” จากการแปลของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องนิรโทษกรรม (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 449 - 452) ดังนั้น วลีที่ว่า “มาตรการนี้จะได้รับการนิรโทษหรือไม่” จึงมาจากประโยคภาษาอังกฤษที่ว่า “Whether this measure is going to be justified.” โปรดดู Sakda Thanitcul, **TORT LAW IN THAILAND**, (Singapore: Sweet & Maxwell, 2024), p.197-206.

เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังเป้าหมายและอนุสัญญาดังกล่าว และในบทที่ 4 ผู้เขียนจะบรรยายและวิเคราะห์ว่าหากมีข้อพิพาทที่กล่าวหาว่ามาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรปขัดกับความตกลงขององค์การการค้าโลก คณะพิจารณาข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกและองค์กรอุทธรณ์จะมีแนวโน้มในการตัดสินให้สหภาพยุโรปชนะหรือแพ้คดีมากน้อยเพียงใด

1. ระเบียบเศรษฐกิจโลกหลังสงครามโลกครั้งที่ 2

ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 จะสงบลง ประเทศสัมพันธมิตรนำโดยประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษได้จัดการประชุมระหว่างประเทศเรียกว่าการประชุมเบรตตัน วูดส์ (Bretton Woods Conference) ในช่วงระหว่างวันที่ 1 กรกฎาคม ถึง วันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2487 (ค.ศ. 1944) ที่รัฐนิวแฮมป์เชียร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อสร้างระเบียบเศรษฐกิจโลกขึ้นมาใหม่ โดยที่ประชุมได้ตกลงกันจัดตั้งกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund หรือ IMF) เพื่อป้องกันไม่ให้ประเทศสมาชิกลดค่าเงินแข่งขันกันหรือควบคุมการปริวรรตเงินตราต่างประเทศซึ่งเป็นมาตรการที่มีผลเสียอย่างร้ายแรงต่อระบบการค้าระหว่างประเทศในช่วงปี พ.ศ. 2474 - 2482 (ค.ศ. 1931 - 1939)¹² และจัดตั้งธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและวิวัฒนาการ (International Bank for Reconstruction and Development หรือ IBRD) เพื่อช่วยให้ประเทศสมาชิกได้ทำการฟื้นฟูประเทศ โดยมุ่งเน้นการลงทุนเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตและเร่งรัดการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ¹³ ที่ประชุมได้ตระหนักถึงการเจรจาที่กำลังดำเนินอยู่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2486 (ค.ศ. 1943) เพื่อจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศขึ้น¹⁴ โดยมีวัตถุประสงค์ในการลดอัตราภาษีศุลกากรหรืออากรขาเข้าที่เหล่าประเทศซึ่งมีระบบเศรษฐกิจขนาดใหญ่ต่างขึ้นอัตราภาษีศุลกากรเพื่อตอบโต้กัน (Tariff War) โดยเฉพาะภายหลังจากที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมายศุลกากรสมูท ฮอว์ลีย์ (Smoot-Hawley Tariff) ออกมาเพื่อขึ้นอัตราภาษีศุลกากรของสินค้าประมาณ 2,000 รายการ ในปี พ.ศ. 2473 (ค.ศ. 1930)¹⁵

คณะกรรมการร่างความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศและความตกลงพหุภาคีเพื่อลดอัตราภาษีศุลกากรได้เจรจาจัดทำความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าจนเสร็จสิ้นลงในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2490 (ค.ศ. 1947) แต่การเจรจาเพื่อตกลงกันจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization หรือ ITO) ยังไม่มีแนวโน้มที่จะตกลงกันได้ก่อนช่วงกลางปี พ.ศ. 2491 ซึ่งเป็นปีที่กรอบอำนาจในการเจรจาของคณะเจรจาของประเทศสหรัฐอเมริกาจะสิ้นสุดลงด้วยเหตุนี้ ผู้แทนของประเทศที่เข้าร่วมเจรจาทำความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าจึงจำใจ

¹² Andreas F. Lowenfeld, *INTERNATIONAL ECONOMIC LAW*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), p.501.

¹³ Ibid., p. 500.

¹⁴ Peter Van den Bossche, *THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: TEXT, CASES AND MATERIALS*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p.79.

¹⁵ A.G. Kenwood and A.L. Loughheed, *THE GROWTH OF THE INTERNATIONAL ECONOMY 1820 – 1980: AN INTRODUCTORY TEXT*, 8th ed. (London: George Allen & Unwin, 1987), p.204-221.

ต้องลงนามในพิธีสารบังคับใช้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าดังกล่าวไปก่อน ดังนั้น ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าจึงกลายเป็นองค์การระหว่างประเทศเกี่ยวกับการค้าในความเป็นจริงแทนที่จะเป็นองค์การการค้าระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม แม้ร่างความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศจะได้เสร็จสิ้นลงในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) ก็ตาม แต่สภาองค์กรของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ยอมให้สัตยาบันร่างความตกลงฉบับดังกล่าวหลายครั้ง จนทำให้ประธานาธิบดีทรูแมนต้องยกเลิกความตั้งใจที่จะจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศในปี พ.ศ. 2494 (ค.ศ. 1951) เมื่อขาดประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่มีขนาดเศรษฐกิจใหญ่ที่สุดและมีส่วนในการค้าระหว่างประเทศมากที่สุดไป ประเทศอื่น ๆ ที่เข้าร่วมเจรจาจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศจึงไม่เห็นความจำเป็นที่จะต้องจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศขึ้นมากำกับดูแลการค้าระหว่างประเทศอีกต่อไป¹⁶

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าระเบียบเศรษฐกิจโลกหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 คือ ระบบเศรษฐกิจเบรตตัน วูดส์ (Bretton Woods System) ที่มีองค์กรระหว่างประเทศ 3 องค์กร อันได้แก่ กองทุนการเงินระหว่างประเทศ ธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและวิวัฒนาการ และความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า¹⁷ โดยต่างเป็นองค์กรที่อยู่บนแนวคิดของเศรษฐกิจเสรีนิยมสมัยใหม่ที่เชื่อในการค้าเสรีตามทฤษฎีความได้เปรียบโดยเปรียบเทียบ (Comparative Advantage) ของเดวิด ริคาร์โด ที่เชื่อว่าการแบ่งงานกันทำระหว่างประเทศโดยการผลิตสินค้าตามความได้เปรียบโดยเปรียบเทียบจะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการใช้ทรัพยากรของโลกมากกว่าการที่ประเทศใดประเทศหนึ่งต่างพยายามผลิตสินค้าทุกอย่างในประเทศของตนเอง¹⁸ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า “ค่านิยม (Value)” ที่สำคัญที่สุดของระเบียบเศรษฐกิจเบรตตัน วูดส์ คือ “ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ” นั่นเอง

ทั้งนี้ ได้มีเหตุการณ์สำคัญ 2 เหตุการณ์ที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญอย่างยิ่งในระบบเศรษฐกิจเบรตตัน วูดส์ ได้แก่เหตุการณ์ดังนี้

เหตุการณ์ที่ 1 คือ การประชุม Rio Earth Summit ซึ่งจัดขึ้นในช่วงวันที่ 3 มิถุนายน จนถึงวันที่ 14 มิถุนายน พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992) ที่ประเทศบราซิล ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการเป็นเวทีของความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนซึ่งนำไปสู่ผลลัพธ์ที่สำคัญคือปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา โดยปฏิญญาดังกล่าวมีหลักการทั้งหมด 27 หลักการ ซึ่งเป็นหลักการที่ชี้นำนานาประเทศ

¹⁶ Peter Van den Bossche, *THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: TEXT, CASES AND MATERIALS*, p.80-81.

¹⁷ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, *กระบวนการกำหนดนโยบายเศรษฐกิจในประเทศไทย: บทวิเคราะห์เชิงประวัติศาสตร์เศรษฐกิจการเมือง พ.ศ. 2475 - 2530*, (กรุงเทพฯ: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2532), หน้า 8-17. และโปรดดูรายละเอียดเรื่องนี้จากมุมมองของนักวิชาการตะวันตกใน Barry Eichengreen and Peter B. Kenen, “Managing the World Economy under the Bretton Woods System: An Overview,” in *MANAGING THE WORLD ECONOMY: FIFTY YEARS AFTER BRETTON WOODS*, ed. Peter B. Kenen (Institute for International Economics, 1994), p.3-57.

¹⁸ David Ricardo, *THE PRINCIPLES OF POLITICAL ECONOMY AND TAXATION*, (New York: Dover Publications, 2024), p.77-93. และโปรดดู Peter B. Kenen, *THE INTERNATIONAL ECONOMY*, 2nd ed. (New Jersey: Prentice Hall, 1989), p.39-42.

ให้นำไปปฏิบัติเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) โดยมี 175 ประเทศได้ลงนามให้สัตยาบันในปฏิญญาฉบับดังกล่าวนี้แล้ว¹⁹ ก่อนหน้านั้นในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992) ภาควิชาขององค์การสหประชาชาติได้ลงมติรับรองอนุสัญญาประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change หรือ UNFCCC) ณ สำนักงานใหญ่ขององค์การสหประชาชาติในนครนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยอนุสัญญาดังกล่าวนี้นี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ. 2537 (ค.ศ. 1994) เพื่อดำเนินการจัดการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศตลอดจนเพื่อป้องกันและลดผลกระทบที่จะเกิดขึ้นในอนาคต²⁰ ในปี พ.ศ. 2537 (ค.ศ. 1994) ที่ประชุมของการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัยได้มีการบรรจุคำว่า “การพัฒนาที่ยั่งยืน” ลงไปในอารัมภบทของความตกลงมารราเคซตั้งองค์การการค้าโลก (The Marrakesh Agreement Establishing the WTO)²¹ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าค่านิยมทางสังคมเรื่อง “การพัฒนาอย่างยั่งยืน” ได้รับการยอมรับจากบรรดาผู้แทนประเทศต่าง ๆ ที่เข้าร่วมเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัยในช่วงระหว่างปี พ.ศ. 2529 - 2537 (ค.ศ. 1986 - 1994) ว่าเป็นค่านิยมที่มีความสำคัญ โดยค่านิยมดังกล่าวนี้จะได้ถูกหยิบยกขึ้นมาใช้ประกอบการพิจารณาและตีความโดยองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลกในคดีพิพาทกรณีประเทศสหรัฐอเมริกาห้ามนำเข้ากุ้งจากประเทศอินเดีย ปากีสถาน มาเลเซีย และไทยในปีพ.ศ. 2541 (ค.ศ. 1998) ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

เหตุการณ์ที่ 2 ได้แก่ การจัดตั้งองค์การการค้าโลกขึ้นมาเป็นองค์การระหว่างประเทศเพื่อกำกับดูแลการค้าระหว่างประเทศแทนความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 (ค.ศ. 1995) ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการพังทลายของกำแพงเบอร์ลินในปี พ.ศ. 2532 (ค.ศ. 1989) ที่ประชาคมโลกตะวันตกมองว่าเป็นชัยชนะที่ได้ขีดขาดของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเหนือระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม²² จึงมีผลทำให้การเจรจาพหุภาคีรอบอุรุกวัยสามารถขยายขอบเขตออกไป

¹⁹ United Nations General Assembly, “The Rio Declaration,” [online] Available from : <https://sdgs.un.org/sites/default/files/documents/1709riodeclarationeng.pdf> [20 July 2567]

²⁰ โสภารัตน์ จารุสมบัติ, สิ่งแวดล้อมกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), หน้า 194.

²¹ อารัมภบทของความตกลงมารราเคซตั้งองค์การการค้าโลก (The Marrakesh Agreement Establishing the WTO) บัญญัติว่า

“The Parties to this Agreement,

Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of *sustainable development*, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development.

...” (ขีดเส้นใต้เน้นโดยผู้เขียน)

²² Francis Fukuyama, “THE END OF HISTORY AND THE LAST MAN,” [online] Available from : <https://archive.org/details/endofhistorylast0000fuku/page/n9/mode/2up> [21 August 2567]

จนครอบคลุมถึงความตกลงที่สร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าสินค้า การค้าบริการ และทรัพย์สินทางปัญญา ที่เกี่ยวกับการค้าได้²³ นอกจากนี้ ยังได้มีการตกลงสร้างกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลก ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพและเป็นที่เชื่อถืออย่างยิ่ง จนทำให้มี จำนวนข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทนี้มากที่สุดในบรรดากลไกการระงับ ข้อพิพาทระหว่างประเทศทั้งหมดที่มีอยู่ในโลกปัจจุบัน เช่น ในช่วงประมาณ 10 ปีแรก กล่าวคือ ในช่วง ระหว่างวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 ถึงวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2547 ได้มีข้อพิพาทจำนวนถึง 314 เรื่อง เข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก²⁴

2. องค์การการค้าโลกกับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม: คดีประเทศสหรัฐอเมริกา ห้ามนำเข้ากุ้งจากประเทศอินเดีย ปากีสถาน มาเลเซีย และไทย

ในบรรดาคดีพิพาทที่เข้ามาสู่กลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกมีอยู่ 4 คดีที่มีประเด็น กฎหมายเกี่ยวกับมาตรการจำกัดการค้าระหว่างประเทศที่ขัดกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า แต่ประเทศที่ถูกร้องเรียนได้ยกข้อต่อสู้ว่ามาตรการของประเทศตนได้รับการนิรโทษตามข้อ 20 (จี) ดังนี้

(1) คดี US – GASOLINE (DS2, 20 พฤษภาคม ค.ศ. 1996) องค์การอุทธรณ์ตัดสินว่ามาตรการ ที่ออกตามกฎหมายว่าด้วยอากาศสะอาด (The US Clean Air Act) เป็นมาตรการที่ขัดกับข้อ 3 บรรดาสี่ (หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)) เพราะทำให้น้ำมันเชื้อเพลิงจากประเทศบราซิลและ เวเนซุเอลาได้รับการอนุเคราะห์ดีกว่าน้ำมันเชื้อเพลิงที่ผลิตในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ว่ามาตรการ ดังกล่าวได้รับการนิรโทษตามข้อ 20 (จี) เพราะเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไป อย่างไรก็ตาม วิธีการใช้มาตรการดังกล่าวไม่ชอบตามเงื่อนไข ทั่วไปของบทนำในข้อ 20 เนื่องจากเป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติซึ่งปราศจากเหตุผลอันสมควรและเป็น มาตรการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝง²⁵ โดยในคดีนี้ คู่พิพาทยอมรับว่าอากาศสะอาดเป็น ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไป

(2) คดี US – Shrimps (DS58, 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998) องค์การอุทธรณ์ตัดสินว่ามาตรการ ห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์จากกุ้งของประเทศสหรัฐอเมริกาขัดกับข้อ 11 (หลักห้ามจำกัดปริมาณ) แต่ มาตรการดังกล่าวได้รับการนิรโทษตามข้อ 20 (จี) เพราะเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไป (เต่าทะเล) โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายกำหนดให้

²³ Andreas F. Lowenfeld, *INTERNATIONAL ECONOMIC LAW*, p.598.

²⁴ Peter Van den Bossche, *THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: TEXT, CASES AND MATERIALS*, p.173.

²⁵ World Trade Organization, “United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (DS2, 20 พฤษภาคม ค.ศ. 1996),” in *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries*, (2019), p.9.

เรือประมงภายในประเทศสหรัฐอเมริกาต้องติดตั้งเครื่องมือช่วยให้เต่าทะเลหลุดจากอวนด้วย อย่างไรก็ตามวิธีการใช้มาตรการดังกล่าวไม่ชอบตามเงื่อนไขทั่วไปของบทนำในข้อ 20 เนื่องจากเป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติซึ่งปราศจากเหตุผลอันสมควรเพราะเป็นการบังคับให้ประเทศอื่นต้องปฏิบัติตามนโยบายคุ้มครองเต่าทะเลตามนโยบายของประเทศสหรัฐอเมริกาและมาตรการนี้ยังเป็นมาตรการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจเนื่องจากกระบวนการรับรองหรือไม่รับรองว่าประเทศผู้ส่งออกกึ่งมายังประเทศสหรัฐอเมริกามีโครงการอนุรักษ์เต่าทะเลที่เทียบเท่าโครงการอนุรักษ์เต่าทะเลของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่นั้น ขาดความโปร่งใสและขาดศุภนิติกระบวนการ (Transparency and Procedural Fairness)²⁶

เนื่องจากคดีนี้มีประเด็นที่สำคัญมาก คือ เต่าทะเลซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีชีวิตและสามารถสร้างขึ้นใหม่ได้ (Renewable) จะถือว่าเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไป (Exhaustible Natural Resource) ตามข้อ 20 (จี) หรือไม่ อย่างไร คดีนี้จึงมีความเกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับมาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรปในประเด็นที่ว่า ชั้นบรรยากาศของโลกเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไปหรือไม่ บทความนี้จึงมุ่งเน้นวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดีนี้โดยละเอียด

(3) คดี EC – ASBESTOS (DS135, 5 เมษายน ค.ศ. 2001) องค์กรอุทธรณ์ตัดสินว่ามาตรการห้ามนำเข้าแร่ใยหินและผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหินเป็นส่วนประกอบของประเทศฝรั่งเศสนั้น เป็นมาตรการที่ไม่ขัดกับข้อ 3 วรรคสี่ ด้วยเหตุที่ประเทศแคนาดาไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าแร่ใยหินกับ PCG Fibres เป็นสินค้าชนิดเดียวกัน และเห็นด้วยกับคำตัดสินของคณะพิจารณาข้อพิพาทว่ามาตรการของประเทศฝรั่งเศสได้รับการนิรโทษตามข้อ 20 (บี) เพราะเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์²⁷

สหภาพยุโรปอาจยกข้อต่อสู้ในทำนองเดียวกันว่า สินค้านำเข้าที่ปล่อยคาร์บอนเกินกว่าที่สหภาพยุโรปกำหนดไม่ใช่สินค้าชนิดเดียวกันกับสินค้านำเข้าซึ่งปล่อยคาร์บอนภายในขอบเขตที่สหภาพยุโรปกำหนด นอกจากนั้นแล้ว สหภาพยุโรปต้องต่อสู้เพิ่มเติมในทำนองเดียวกันว่า หากคณะพิจารณาข้อพิพาทเห็นว่าสินค้านำเข้าที่ปล่อยคาร์บอนเกินกว่าที่กำหนดและสินค้าที่ปล่อยคาร์บอนภายในขอบเขตที่สหภาพยุโรปกำหนดเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน จะส่งผลให้มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนขัดกับข้อ 1 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าก็ตาม แต่มาตรการนี้ก็ควรได้รับการนิรโทษตามข้อ 20 (จี)

(4) CHINA – RARE EARTHS (DS431, 432, 433, 29 สิงหาคม ค.ศ. 2014) คณะพิจารณาข้อพิพาทตัดสินว่า มาตรการจำกัดการส่งออกแร่หายากของประเทศจีนขัดกับข้อ 11 ของความตกลงทั่วไป

²⁶ World Trade Organization, “United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (DS58, 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998),” in *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries*, (2019), p.29.

²⁷ World Trade Organization, “European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products (DS135, 5 เมษายน ค.ศ. 2001),” in *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries*, (2019), p.56.

ว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าและมาตรการข้างต้นไม่ได้รับการนิรโทษตามข้อ 20 (จี) เนื่องจากไม่ได้เป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไปได้และประเทศจีนไม่ได้จำกัดการผลิตและการใช้แร่หายากดังกล่าวในประเทศจีน

การพิจารณาว่าแร่หายาก (Rare Earths) เป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไปหรือไม่ เป็นประเด็นที่ประเทศที่ร้องเรียน (ซึ่งในกรณีนี้คือประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น) และประเทศจีนเห็นพ้องต้องกันว่าแร่หายากเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไป ประเทศจีนจึงไม่ได้อุทธรณ์ประเด็นนี้ไปยังองค์กรอุทธรณ์²⁸

คดี US - Shrimps²⁹

ในปี พ.ศ. 2530 (ค.ศ. 1987) กรมประมง (The National Oceanic and Atmospheric Administration: NOAA) ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เปิดเผยผลการศึกษาว่าในทุก ๆ ปีจะมีเต่าทะเลประมาณ 150,000 ตัวตายจากการติดอวนลากของเรือประมงที่ลากอวนเป็นเวลานาน เนื่องจากทุก ๆ 2 ถึง 3 ชั่วโมง เต่าทะเลจะต้องขึ้นมาหายใจเหนือน้ำ กรมประมงจึงอาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการอนุรักษ์สัตว์ที่ใกล้จะสูญพันธุ์ออกประกาศบังคับให้เรือประมงในประเทศสหรัฐอเมริกาต้องติดตั้งเครื่องมือที่เรียกว่า Turtle Excluder Devices หรือ TEDs ซึ่งเป็นเครื่องมือช่วยให้เต่าหลุดออกจากอวนลากจับกุ้งได้ ด้วยเหตุดังกล่าวส่งผลให้บรรดาผู้ประกอบการเรือประมงในประเทศสหรัฐอเมริกาท่างออกมาคัดค้านเนื่องจากการปฏิบัติตามประกาศดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบการเรือประมงมีค่าใช้จ่ายในการติดตั้งเครื่องมือนี้ประมาณ 500 เหรียญสหรัฐต่อเรือ 1 ลำ ซึ่งเป็นการสร้างภาระและเพิ่มต้นทุน ส่งผลให้วุฒิสภามลรัฐหลุยเซียนาได้ออกมณรงคฺ์จําให้รัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการอนุรักษ์สัตว์ที่ใกล้จะสูญพันธุ์โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศร่วมกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาต้องเจรจาในระดับทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อจัดทำความตกลงกับประเทศที่ส่งกุ้งเข้ามาขายในประเทศสหรัฐอเมริกาและต้องกำหนดให้ผู้ประกอบการเรือประมงที่อยู่ในประเทศเหล่านั้นต้องมีมาตรการอนุรักษ์เต่าทะเลเทียบเคียงได้กับผู้ประกอบการเรือประมงในประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งยังกำหนดให้ใช้มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งจากประเทศที่มีได้มีมาตรการอนุรักษ์เต่าทะเลในระดับที่เทียบเคียงได้กับมาตรการของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยกฎหมายว่าด้วยการอนุรักษ์สัตว์ที่ใกล้สูญพันธุ์ฉบับแก้ไขได้กำหนดรายละเอียดของการใช้มาตรการเอาไว้ในประกาศกระทรวงการต่างประเทศเรียกว่า “1996 Guidelines” โดยกระทรวงการต่างประเทศได้ใช้บังคับประกาศฉบับดังกล่าวกับกลุ่มประเทศในแถบคาบสมุทรแคริบเบียนและมหาสมุทรแอตแลนติก

²⁸ World Trade Organization, “China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum (DS431, 432, 433, 29 สิงหาคม ค.ศ. 2014),” in *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries*, (2019), p.185.

²⁹ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, DS58 Adoption 6 November 1998 โปรดดูสรุปย่อประเด็นสำคัญและคำตัดสินใน World Trade Organization, *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries*, (2019), p.29.

ตะวันตกในปี พ.ศ. 2534 (ค.ศ. 1991) แต่ได้มีการเจรจาตกลงกำหนดกรอบเวลาให้แก่กลุ่มประเทศเหล่านั้น 3 ปี เพื่อกกกฎหมายบังคับให้ผู้ประกอบการเรือประมงในประเทศต้องติดตั้งเครื่องช่วยเต่าทะเลให้ออกจากอวนลาก ต่อมากระทรวงการต่างประเทศได้มีการอนุญาตให้ประเทศเหล่านั้นสามารถส่งกุ้งเข้ามาขายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ด้วยเหตุผลที่ว่าประเทศดังกล่าวมีมาตรการอนุรักษ์เต่าทะเลที่เทียบเคียงได้กับมาตรการของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นเจตนาที่ดีของกระทรวงการต่างประเทศที่ประสงค์จะจำกัดขอบเขตพื้นที่ของการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุรักษ์สัตว์ที่ใกล้สูญพันธุ์ของประกาศกระทรวงเอาไว้เพียงประเทศสหรัฐอเมริกาและในกลุ่มประเทศในแถบคาบสมุทรแคริบเบียนและมหาสมุทรแอตแลนติกตะวันตกเท่านั้น แต่การจำกัดขอบเขตการบังคับใช้ประกาศกระทรวงดังกล่าวได้สร้างความไม่พอใจให้แก่ภาคประชาสังคมในประเทศสหรัฐอเมริกาที่สนับสนุนการคุ้มครองและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะ Earth Island Institute ซึ่งเป็นองค์กรอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมภาคเอกชนในเมืองซานฟรานซิสโกจึงได้มีการยื่นฟ้องรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทยต่อศาลการค้าระหว่างประเทศของประเทศไทยซึ่งตั้งอยู่ในนครนิวยอร์ก โดยกล่าวหาว่าการใช้ดุลพินิจจำกัดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุรักษ์สัตว์ที่ใกล้สูญพันธุ์และประกาศกระทรวงของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ท้ายที่สุด ศาลการค้าระหว่างประเทศเห็นด้วยกับข้อกล่าวหาดังกล่าวและได้มีคำพิพากษาในปี พ.ศ. 2538 (ค.ศ. 1995) ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทยขยายขอบเขตบังคับใช้ประกาศกระทรวงฉบับดังกล่าวออกไปให้มีผลบังคับใช้ครอบคลุมทุกประเทศ คำพิพากษานับดังกล่าวส่งผลให้กระทรวงการต่างประเทศต้องออกประกาศเพิ่มเติมซึ่งบังคับใช้กับทุกประเทศที่รวมถึงประเทศในภูมิภาคเอเชียซึ่งประสงค์จะส่งกุ้งเข้าไปขายในประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย ด้วยเหตุนี้ รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ จึงต้องบัญญัติกฎหมายภายในประเทศใหม่หรือประกาศใช้กฎหมายลำดับรองที่กำหนดให้ผู้ประกอบการเรือประมงในประเทศต้องติดตั้งเครื่องช่วยให้เต่าทะเลหลุดออกจากอวนลากได้ โดยที่กระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทยจะเป็นผู้ออกหนังสือรับรองการจับกุ้งของประเทศเหล่านั้นว่ามีมาตรฐานตามที่ประเทศสหรัฐอเมริกาทกำหนด ซึ่งประกาศกระทรวงฉบับดังกล่าวนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2539 เป็นต้นไป ประกาศกระทรวงของประเทศไทยฉบับนี้ส่งผลให้ประเทศอินเดีย ปากีสถาน มาเลเซีย และไทย ยกขึ้นเป็นประเด็นร้องเรียนโดยใช้กลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกและได้มีการจัดตั้งคณะพิจารณาข้อพิพาท (Panel) ขึ้นมาในวันที่ 8 ตุลาคม พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996)³⁰ ภายหลังจากที่คณะพิจารณาข้อพิพาทได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทนี้เป็นเวลาประมาณ 15 เดือน ก็ได้มีคำตัดสินในวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541 (ค.ศ. 1998)³¹ ให้ประเทศสหรัฐอเมริกาแพ้คดี โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายว่าด้วยการอนุรักษ์สัตว์ป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ของประเทศไทยเกี่ยวกับการ

³⁰ บัณฑิต หลิมสกุล, องค์การการค้าโลก (WTO) ในบริบทของเศรษฐกิจที่ไร้พรมแดน เล่ม 1, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 493-495.

³¹ World Trade Organization, “United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (DS58 Adoption 6 November 1998),” in *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries*, (2019), p.29.

อนุรักษ์แต่ทว่าที่กำหนดให้ประเทศผู้ส่งออกมายังประเทศสหรัฐอเมริกาต้องมีมาตรการป้องกันและอนุรักษ์แต่ทว่าที่เทียบเคียงได้กับมาตรการของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เป็นเงื่อนไขที่มีลักษณะไปกุดตันบังคับหรือให้สมาชิกอื่นต้องยอมรับมาตรการภายในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อแลกเปลี่ยนกับการเข้าสู่ตลาดภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือได้ว่าเป็นการทำลายความมั่นคงของระบบการค้าพหุภาคีระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงไม่อยู่ในขอบข่ายที่จะได้รับการยกเว้นตามข้อ 20 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า³²

ผู้แทนของประเทศสหรัฐอเมริกาได้อุทธรณ์คำตัดสินของคณะพิจารณาข้อพิพาทไปยังองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body หรือ AB) และภายหลังจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกรอบเวลาแล้ว องค์กรอุทธรณ์ได้ตัดสินยืนตามคำตัดสินของคณะพิจารณาข้อพิพาทว่า มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สอดคล้องกับความตกลงขององค์การการค้าโลกก็ตาม แต่เหตุผลของคำตัดสินก็มีความแตกต่างกันเป็นอย่างมาก³³ กล่าวคือ คณะพิจารณาข้อพิพาทตัดสินว่าบทนำของข้อ 20 จะยอมให้สมาชิกสามารถใช้มาตรการที่ขัดกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าได้ หากมาตรการดังกล่าวไม่ทำลายความมั่นคงของระบบการค้าพหุภาคีระหว่างประเทศเท่านั้น แต่องค์กรอุทธรณ์เห็นกลับว่าบทนำของข้อ 20 ไม่ได้พิจารณาเนื้อหาของมาตรการที่ถูกร้องเรียน หากแต่พิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวถูกนำไปปรับใช้อย่างไร ดังนั้น ขั้นตอนการพิจารณาคำตัดสินที่ถูกต้องสำหรับข้อพิพาทนี้จึงควรเป็นว่า (1) การพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเข้าเงื่อนไขเฉพาะข้อใดข้อหนึ่งของข้อ 20 (เอ) ถึง (เจ) หรือไม่ หากเข้าเงื่อนไขเฉพาะตามข้อ 20 ข้อใดข้อหนึ่งแล้วจึงวินิจฉัยต่อไปว่า (2) มาตรการดังกล่าวถูกปรับใช้ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุอันสมควร ตามอำเภอใจ หรือเป็นการจำกัดระบบการค้าพหุภาคีระหว่างประเทศโดยแอบแฝงหรือไม่³⁴

การกำหนดประเด็นพิพาทและการดำเนินขั้นตอนในการตัดสินขององค์กรอุทธรณ์อาจสรุปได้ดังต่อไปนี้

- (1) มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งจากประเทศที่ไม่มีโครงการหรือมาตรการอนุรักษ์แต่ทว่าที่เทียบเคียงได้กับโครงการหรือมาตรการอนุรักษ์แต่ทว่าเลขของประเทศสหรัฐอเมริกาขัดกับความตกลงขององค์การการค้าโลกซึ่งได้แก่ ข้อ 11 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าหรือไม่ อย่างไร แต่เมื่อปรากฏว่าผู้แทนของประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับว่ามาตรการห้ามนำเข้ากุ้งของประเทศสหรัฐอเมริกาขัดกับข้อ 11 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าจริง จึงไม่เกิดประเด็นอุทธรณ์โต้แย้งในประเด็นนี้³⁵

³² บัณฑิต หลิมสกุล, องค์การการค้าโลก (WTO) ในบริบทของเศรษฐกิจที่ไร้พรมแดน เล่ม 1, หน้า 495-496.

³³ *United States Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (India, Malaysia, Pakistan, Thailand v. United States)*, Report on the Appellate Body, WTO Doc. WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, 38 I.L.M. 118 (1999).

³⁴ Andreas F. Lowenfeld, *INTERNATIONAL ECONOMIC LAW*, p.321.

³⁵ ข้อ 11 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าบัญญัติว่า

(2) แม้ว่ามาตรการห้ามนำเข้ากึ่งดังกล่าวจะขัดกับข้อ 11 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าจริง แต่มาตรการดังกล่าวจะได้รับการนิรโทษตามเงื่อนไขเฉพาะตามข้อ 20 (จี) หรือไม่ อย่างไร³⁶

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของข้อ 20 (จี) แล้ว จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขย่อยอีกทั้งหมด 3 เงื่อนไข โดยองค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาและตัดสินแต่ละประเด็นในเงื่อนไขทั้ง 3 ดังต่อไปนี้

(ก) มาตรการห้ามนำเข้ากึ่งเป็นมาตรการอนุรักษ์ “ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไป” หรือไม่ อย่างไร

ประเทศอินเดีย ปากีสถาน มาเลเซีย และไทย ได้อ้างประวัติการยกเว้นมาตรการนี้ในปีพ.ศ. 2490 (ค.ศ. 1947) ของคณะกรรมการยกเว้นว่าก็เพื่อให้หมายถึงทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่มีชีวิต เช่น น้ำมันดิบ แร่แมงกานีส เป็นต้น ดังนั้น ในคดีพิพาทนี้ “เตาทะเล” ซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีชีวิต จึงไม่รวมอยู่ในความหมายนี้ด้วย แต่องค์การอุทธรณ์เห็นว่าถ้อยคำที่ว่า “ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไป” มิได้จำกัดเฉพาะทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่มีชีวิตตามที่ผู้ร้องอ้างเท่านั้น โดยองค์การอุทธรณ์ให้เหตุผลว่าต้องตีความในลักษณะวิวัฒนาการ (*Evolutionary Approach*) โดยการนำพัฒนาการของกฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลังเข้ามาประกอบการพิจารณาด้วย เนื่องจากในอารัมภบทของความตกลงมาร์ราเกชจัดตั้งองค์การการค้าโลกที่กำหนดวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งองค์การการค้าโลกนั้น ได้เพิ่มประเด็นเกี่ยวกับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและการพัฒนาอย่างยั่งยืนไว้อย่างชัดเจนและเมื่อนำความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม สนธิสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยทะเล พ.ศ. 2525 (ค.ศ. 1982) หรืออนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ หรือแผนปฏิบัติการ 21 (Agenda 21 เป็น

“Article XI: General Elimination of Quantitative Restrictions

(1) *No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.*” (ขีดเส้นใต้เน้นโดยผู้เขียน)

³⁶ ข้อ 20 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าบัญญัติว่า

“Article XX: General Exceptions

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

(a) ...;

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

...;

(ข)

(ก)

(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;

(ค)

...” (ขีดเส้นใต้เน้นและใส่ (ก) (ข) (ค) โดยผู้เขียน)

ผลลัพธ์ของ Rio Earth Summit เพื่อเป็นแผนแม่บทของโลกในการดำเนินการเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน ทั้งทางสังคม เศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อม - ผู้เขียน) หรืออนุสัญญาว่าด้วยการอนุรักษ์ชนิดพันธุ์สัตว์ป่าที่ อพยพย้ายถิ่น มาประกอบการพิจารณาการตีความ “ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไป” (ใน **บริบทของการพัฒนาที่ยั่งยืนและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม** - เน้นโดยผู้เขียน) ตามที่ปรากฏในข้อ 20 (จี) แล้ว คำว่า “ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไป” นั้นย่อมหมายความว่าความรวมถึงเต่าทะเลด้วยซึ่ง เป็นการสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ที่มีการ กำหนดให้เต่าทะเลเป็นสัตว์ป่าสงวนที่ใกล้จะสูญพันธุ์ตามเอกสารแนบท้ายสนธิสัญญาหมายเลข 1 ด้วย³⁷

(ข) มาตรการห้ามนำเข้าก็มีความสัมพันธ์เกี่ยวโยงกับการอนุรักษ์เต่าทะเลหรือไม่ อย่างไร

ในประเด็นเรื่องนี้ หากประเทศสหรัฐอเมริกามีความประสงค์ที่จะอนุรักษ์เต่าทะเล ประเทศสหรัฐอเมริกามีสิทธิตามอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้ สูญพันธุ์ที่จะห้ามนำเข้าเต่าทะเลและผลิตภัณฑ์จากเต่าทะเลได้ แต่เมื่อปรากฏว่ามาตรการของประเทศ สหรัฐอเมริกาเป็นมาตรการห้ามนำเข้าก็ไม่ใช่มาตรการห้ามนำเข้าเต่าทะเลและผลิตภัณฑ์จากเต่าทะเล จึงทำให้เกิดประเด็นเรื่องความสัมพันธ์เกี่ยวโยงกันระหว่างมาตรการห้ามนำเข้าและการอนุรักษ์เต่าทะเล นอกจากนั้นแล้ว เต่าทะเลที่ประเทศสหรัฐอเมริกาประสงค์จะอนุรักษ์ก็เป็นเต่าทะเลที่ว่ายน้ำอยู่ใน ทะเลอาณาเขตของประเทศอินเดีย ปากีสถาน มาเลเซีย และไทยด้วย องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาและตัดสิน ในประเด็นนี้อาว่า มาตรการห้ามนำเข้าก็มีความสัมพันธ์เกี่ยวโยงกับนโยบายอนุรักษ์เต่าทะเลในลักษณะ ที่ “ใกล้ชิดและแท้จริง” เนื่องจากมาตรการห้ามนำเข้าจากประเทศที่ไม่มีมาตรการหรือนโยบายอนุรักษ์ เต่าทะเลที่เทียบเคียงได้กับมาตรการของประเทศสหรัฐอเมริกาก็เป็นมาตรการที่สมเหตุสมผลระหว่างวิธี การและเป้าหมาย แม้องค์การอุทธรณ์จะมีได้วินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจอธิปไตยในการคุ้มครอง ทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่นอกทะเลอาณาเขตของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่องค์การอุทธรณ์ได้ให้เหตุผลเอา ไว้ว่ามาตรการเหล่านี้ของประเทศสหรัฐอเมริกาก็พยายามจะอนุรักษ์เต่าทะเลถือเป็นมาตรการที่มี ความเชื่อมโยงอย่างชัดเจนกับการอพยพเคลื่อนย้ายถิ่นฐานของเต่าทะเลซึ่งเป็นระยะทางที่ไกลมาก³⁸

³⁷ บัณฑิต หลิมสกุล, องค์การการค้าโลก (WTO) ในบริบทของเศรษฐกิจที่ไร้พรมแดน เล่ม 1, หน้า 497-499. และ Peter Van den Bossche, THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: TEXT, CASES AND MATERIALS, p.610-611.

³⁸ Peter Van den Bossche, THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: TEXT, CASES AND MATERIALS, p.612-613. และบัณฑิต หลิมสกุล, องค์การการค้าโลก (WTO) ในบริบทของเศรษฐกิจที่ไร้พรมแดน เล่ม 1, หน้า 500-501. และโปรดดูมุมมองที่ต่างออกไปจาก Peter Van den Bossche และบัณฑิต หลิมสกุล ใน Michael Trebilcock, Robert House and Antonia Eliason, THE REGULATION OF INTERNATIONAL TRADE, 4th ed. (Oxfordshire: Routledge, 2013), p.676.

(ค) เพื่อให้มาตรการกำหนดให้ผู้ประกอบการเรือประมงต้องติดเครื่องช่วยให้อัตโนมัติหลุดออกจากอวนลากสามารถใช้งานได้มีประสิทธิภาพ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดให้ผู้ประกอบการเรือประมงในประเทศสหรัฐอเมริกาต้องติดเครื่องช่วยให้อัตโนมัติหลุดออกจากอวนลากหรือไม่ อย่างไร

ในประเด็นนี้ องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาและตัดสินว่ารัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิบัติต่อผู้ประกอบการเรือประมงในต่างประเทศอย่างเป็นธรรมแล้ว โดยไม่ได้ให้แต้มต่อหรือให้ประโยชน์ใดแก่ผู้ประกอบการเรือประมงภายในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้มีการออกกฎหมายลำดับรองกำหนดให้ผู้ประกอบการเรือประมงในประเทศสหรัฐอเมริกาทุกลำต้องติดเครื่องช่วยให้อัตโนมัติหลุดออกจากอวนลากในปี พ.ศ. 2533 (ค.ศ. 1990) หากเรือประมงลำใดไม่ปฏิบัติตามจะได้รับโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงในน่านน้ำของประเทศสหรัฐอเมริกา เจ้าหน้าที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะอายัดปลาและกักขังที่ผู้ประกอบการเรือประมงรายนั้นจับได้ด้วย³⁹

- (3) วิธีการบังคับใช้มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งเป็นวิธีการบังคับใช้ที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่สมเหตุสมผลหรือเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจระหว่างประเทศที่อยู่ในสภาวะการณ์เดียวกันหรือเป็นมาตรการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝงซึ่งเป็นเงื่อนไขในบทนำของข้อ 20 หรือไม่ อย่างไร

องค์การอุทธรณ์พิจารณาและตัดสินว่าวิธีการบังคับใช้มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งของกระทรวงการต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เป็นวิธีการเลือกปฏิบัติที่ไม่สมเหตุสมผลหรือตามอำเภอใจระหว่างประเทศที่อยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน เนื่องจากการใช้มาตรการห้ามนำเข้าเพื่อกีดกันให้ประเทศอื่นยอมรับมาตรการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติในระดับเดียวกันกับที่ใช้บังคับในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การบังคับให้ผู้ประกอบการเรือประมงจับกุ้งในประเทศอื่น ๆ ต้องติดตั้งเครื่องช่วยให้อัตโนมัติหลุดออกจากอวนลากทุกลำ ในกรณีนี้ แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีสิทธิในการบังคับผู้ประกอบการเรือประมงในประเทศของตน แต่ภายใต้ระบบกฎหมายขององค์การการค้าโลกย่อมไม่อาจอนุญาตให้ประเทศสมาชิกได้นำมาตรการห้ามนำเข้ามาใช้เพื่อบังคับให้ภาคีสมาชิกอื่น ๆ ต้องยอมรับมาตรการภายในของประเทศตนโดยมิได้คำนึงถึงสภาวะการณ์ที่แตกต่างกันได้ ยิ่งไปกว่านั้น มาตรการดังกล่าวยังก่อให้เกิดประเด็นเรื่องความโปร่งใสในการใช้ดุลพินิจตัดสินของเจ้าหน้าที่กระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกาว่าประเทศใดควรได้รับการรับรองจากกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาว่ามีมาตรการหรือโครงการอนุรักษ์เต่าทะเลที่เทียบเคียงได้กับมาตรการหรือโครงการของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ตลอดจนการให้สิทธิประเทศที่ถูกปฏิเสธการรับรองจากเจ้าหน้าที่ให้มีกระบวนการทบทวนคำตัดสินของเจ้าหน้าที่ได้ นอกจากนี้แล้วยังพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการเจรจาอย่างจริงจังกับประเทศที่ร้องเรียนทั้ง 4 เพื่อหาทางจัดทำความตกลงระหว่างประเทศระดับทวิภาคีหรือพหุภาคีเพื่อกำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองเต่าทะเลก่อนที่จะบังคับใช้มาตรการห้ามนำเข้า ทั้งที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการเจรจาจัดทำและลงนามความตกลง

³⁹ บัณฑิต หลิมสกุล, องค์การการค้าโลก (WTO) ในบริบทของเศรษฐกิจที่ไร้พรมแดน เล่ม 1, หน้า 503.

อนุรักษ์เต่าทะเลกับประเทศในแถบแคริบเบียนและมหาสมุทรแอตแลนติกตะวันตก การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้พยายามเจรจากับกลุ่มประเทศหนึ่งแต่ไม่ได้ทำอย่างเดียวกันกับอีกกลุ่มประเทศหนึ่ง ทั้งยังให้ระยะเวลาในการปฏิบัติตามมาตรฐานการอนุรักษ์เต่าทะเลกับกลุ่มประเทศในแถบแคริบเบียนและมหาสมุทรแอตแลนติกตะวันตกมากกว่ากลุ่มประเทศผู้ร้องเรียนทั้ง 4 โดยกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกาให้ระยะเวลาปฏิบัติตามมาตรฐานของประเทศสหรัฐอเมริกาแก่กลุ่มประเทศในแถบแคริบเบียนและมหาสมุทรแอตแลนติกตะวันตก 3 ปี แต่กลับให้ระยะเวลาแก่กลุ่มประเทศผู้ร้องเพียง 4 เดือนเท่านั้น นอกจากนั้นแล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกายังให้ความช่วยเหลือด้านการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการติดตั้งเครื่องช่วยให้เต่าทะเลหลุดจากอวนลากแก่กลุ่มประเทศดังกล่าวด้วย การปฏิบัติที่แตกต่างกันเหล่านี้น่าจะแสดงให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติอย่างไม่สมเหตุสมผลระหว่างประเทศที่อยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน⁴⁰

สรุปคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ได้ว่ามาตรการห้ามนำเข้ากุ้งของประเทศสหรัฐอเมริกาขัดกับบทบัญญัติข้อ 11 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า แต่มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งดังกล่าวได้รับการนิรโทษเพราะเข้าเงื่อนไข (ก) (ข) (ค) ของข้อ 20 (จี) อย่างไรก็ดี วิธีการบังคับใช้มาตรการให้ผู้ประกอบการเรือประมงที่อยู่ในประเทศอื่นที่ส่งกุ้งเข้ามาขายในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เป็นวิธีการบังคับใช้มาตรการที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่สมเหตุสมผลหรือตามอำเภอใจระหว่างประเทศที่อยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน จึงเป็นการขัดกับเงื่อนไขของบทนำในข้อ 20 ในภาพรวม องค์กรอุทธรณ์จึงตัดสินให้ประเทศสหรัฐอเมริกาแพ้คดีและให้ประเทศสหรัฐอเมริกาไปปรับปรุงวิธีการบังคับใช้มาตรการให้สอดคล้องกับเงื่อนไขของบทนำของข้อ 20 จึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกา “แพ้ศึกแต่ชนะสงคราม” เพราะการปรับปรุงวิธีการบังคับใช้มาตรการให้สอดคล้องกับเงื่อนไขของบทนำของข้อ 20 อันได้แก่ การปรับปรุงประกาศกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้การแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการอนุรักษ์สัตว์ที่ใกล้สูญพันธุ์ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่กระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกาสถาปนการปรับแก้ประกาศกระทรวงได้โดยไม่ยาก⁴¹

แม้ว่าคำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ในคดีนี้จะถูกวิเคราะห์และวิพากษ์วิจารณ์จากนักนิติศาสตร์จำนวนมากเกี่ยวกับประเด็นกฎหมายที่สำคัญหลายประเด็น เช่น ภาวีสมาชิกขององค์การการค้าโลกสามารถบังคับใช้กฎหมายภายในของประเทศตนเองให้ไปคุ้มครองชีวิตสัตว์หรือทรัพยากรธรรมชาติทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตนอกอาณาเขตประเทศของตนได้หรือไม่⁴² หรือการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองชีวิตของ

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน

⁴¹ US Department of State, “The Revised Guidelines for the Implementation of Section 609 of Public Law 101-162 Relating to the Protection of Sea Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations”, in **Federal Register**, 64, 130 (July 1999), p.36949-36954. ดูรายละเอียดของประกาศกระทรวงการต่างประเทศฉบับนี้ได้ใน Sakda Thanitcul, **WTO AND GLOBAL RESOURCES: THE SHRIMP-TURTLE DISPUTE**, (Bangkok: Nititham, 2004), p.318-328.

⁴² Michael Trebilcock, Robert House and Antonia Eliason, **THE REGULATION OF INTERNATIONAL TRADE**, p.676. และโปรดดู David Hunter, James Salzman, and Durwood Zaelke, **INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY**, (Foundation Press, 2007), p.1283.

แต่ทะเลตามข้อ 20 (จี) สามารถทำได้ง่ายกว่าการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองชีวิตมนุษย์ตามข้อ 20 (บี) หรือไม่ ขอบเขตการบังคับใช้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าที่เคยใช้เฉพาะกับตัวสินค้าเท่านั้นได้มีการขยายขอบเขตไปถึงกระบวนการผลิตสินค้าและหากขยายไปถึงกระบวนการผลิตสินค้าด้วยแล้ว ประเทศผู้นำเข้าสินค้าย่อมสามารถพลิกแพลงใช้มาตรการกีดกันทางการค้าที่เกี่ยวกับกระบวนการผลิตสินค้าได้อย่างหลากหลายจนแทบไม่มีขอบเขตจำกัดเลยหรือไม่⁴³ แต่บทเรียนที่สำคัญจากการวิเคราะห์คำตัดสินในคดีนี้คือองค์กรอุทธรณ์ได้ให้ความสำคัญกับค่านิยมเรื่อง “การพัฒนาอย่างยั่งยืน การปกป้องและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ” ไม่น้อยไปกว่าคุณค่าทางเศรษฐกิจอันได้แก่ “ประสิทธิภาพทางเศรษฐศาสตร์ของการแบ่งงานกันทำระหว่างประเทศ” ที่เป็นแนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานสำคัญของบรรดาความตกลงเกี่ยวกับสินค้าและบริการขององค์การการค้าโลกที่ปรากฏอยู่ในความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลก

3. กำเนิดและวิวัฒนาการของค่านิยม “การพัฒนาอย่างยั่งยืน” และ “การอนุรักษ์ชั้นบรรยากาศ” ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและระเบียบเศรษฐกิจโลก

ตามที่ได้บรรยายมาข้างต้นว่าภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ประเทศผู้ชนะสงครามได้มีการจัดตั้งระเบียบเศรษฐกิจโลกขึ้นมาใหม่เรียกว่าระบบเบรตตัน วูดส์ โดยสนธิสัญญาพหุภาคีสำคัญ 3 ฉบับได้แก่ ความตกลงเกี่ยวกับกองทุนการเงินระหว่างประเทศ ความตกลงเกี่ยวกับธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและวิวัฒนาการ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ส่งผลให้เกิดสถาบันระหว่างประเทศที่ทรงอำนาจอย่างยิ่งยวดเกี่ยวเนื่องกับระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ได้แก่ กองทุนการเงินระหว่างประเทศ ธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและวิวัฒนาการ และองค์การการค้าโลก ที่พัฒนามาจากความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า พ.ศ. 2490 (ค.ศ. 1947) ค่านิยมสำคัญของระเบียบเศรษฐกิจโลกแบบระบบเบรตตัน วูดส์ คือ “ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ” ที่เกิดจากทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยความได้เปรียบโดยเปรียบเทียบ โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ นั้น หากพิจารณาความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าอาจกล่าวได้ว่าความตกลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือ “การใช้ทรัพยากรของโลกได้อย่างไม่จำกัดเพื่อขยายการผลิตและการแลกเปลี่ยนสินค้า” วัตถุประสงค์ข้างต้นนี้สะท้อนให้เห็นถึงมุมมองของประเทศต่าง ๆ ต่อประเด็นทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของโลกว่าเป็นเพียงปัจจัยการผลิตได้อย่างชัดเจน⁴⁴

⁴³ David Hunter, James Salzman, and Durwood Zaelke, *INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY*, p.1287-1288. ประเด็นกฎหมายนี้ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาวิเคราะห์โดยละเอียดโดยศาสตราจารย์ John H. Jackson ภายหลังคดี Tuna-Dolphin โปรดดู John H. Jackson, William J. Davey, and Alan O. Sykes, *LEGAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS: CASES, MATERIALS AND TEXT*, 3rd ed. (Minnesota: West Publishing, 1995), p.584-588.

⁴⁴ โสภารัตน์ จารุสมบัติ, *สิ่งแวดล้อมกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ*, หน้า 194.

โดยอารัมภบทของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1947 บัญญัติว่า

(ก) ก่อนคดีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาห้ามนำเข้ากุ้ง

ในปี พ.ศ. 2511 (ค.ศ. 1968) ประเทศสวีเดนได้ริเริ่มให้สมาชิกใหญ่แห่งสหประชาชาติอนุมัติให้มีการดำเนินวาระการประชุมว่าด้วยประเด็นสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศอันนำไปสู่การจัดประชุมสหประชาชาติว่าด้วยมนุษย์กับสิ่งแวดล้อม แม้ว่าการประชุมครั้งดังกล่าวจะเต็มไปด้วยข้อขัดแย้งระหว่างความกังวลด้านสิ่งแวดล้อมและความกังวลเกี่ยวกับการพัฒนาเศรษฐกิจ แต่ในขณะเดียวกัน การประชุมครั้งนี้ก็ถือได้ว่าเป็นหมุดหมายสำคัญที่แสดงให้เห็นว่าประชาคมโลกได้เริ่มหันมาให้ความสำคัญกับประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมมากยิ่งขึ้น นอกเหนือจากการให้ความสำคัญกับการพัฒนาเศรษฐกิจเพียงอย่างเดียวอย่างเช่นที่เคยเป็นมาในอดีต

จุดเปลี่ยนสำคัญของระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมอีกครั้งหนึ่งเกิดขึ้นภายหลังการตีพิมพ์รายงานว่าด้วย “การพัฒนาที่ยั่งยืน” ในปี พ.ศ. 2530 (ค.ศ. 1987) ของคณะกรรมการนิยามโลกว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาที่เป็นการให้คำนิยามของการพัฒนา โดยรายงานดังกล่าวได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนไว้ว่าคือ “การพัฒนาที่ตรงตามความต้องการของปัจจุบัน ในขณะเดียวกัน การพัฒนาดังกล่าวต้องไม่ส่งผลกระทบต่อผู้คนในอนาคตในการสืบต่อการพัฒนาเพื่อตอบสนองความต้องการของตนเอง”⁴⁵

กระนั้นก็ดี เมื่อเวลาผ่านไป การบริหารจัดการสิ่งแวดล้อมของประเทศต่าง ๆ ยังเสื่อมประสิทธิภาพและได้นำไปสู่การล่มสลายอย่างรุนแรงของระบบธรรมชาติที่เกื้อหนุนการดำรงชีวิตของสรรพสัตว์ทั้งหลายที่ดำรงอยู่ในโลกอันอาจก่อให้เกิดภัยพิบัติทางระบบนิเวศได้ จึงนำไปสู่การจัดประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ณ เมืองรีโอ เดอ จาเนโร ในปีพ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992) โดยผลของการประชุมครั้งนี้ได้ผลลัพธ์ที่สำคัญคือ (1) ปฏิญญารีโอ เดอ จาเนโร ว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ซึ่งปฏิญญาดังกล่าวเป็นความพยายามในการรักษาสมดุลระหว่างการอนุรักษ์และปกป้องทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมกับการส่งเสริมและสนับสนุนการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนา (2) การเปิดให้ลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (3) การออกหลักการว่าด้วยการอนุรักษ์ป่าไม้ และ (4) การออกแผนปฏิบัติการ 21 ซึ่งเป็นเสมือนแนวทางในการดำเนินการระหว่างประเทศที่นำเสนอมาตรการอย่างเป็นรูปธรรมในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งก่อตั้งองค์กรในการประสานงานขึ้นมาใหม่ชื่อว่าคณะกรรมการการพัฒนาที่ยั่งยืน⁴⁶

“Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, developing the full use of the resources of the world and expanding the production and exchange of goods,” (ขีดเส้นใต้เน้นโดยผู้เขียน)

⁴⁵ “Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generation to meet their own needs” โปรดดู Nicholas Grossman, **THAILAND’S SUSTAINABLE DEVELOPMENT SOURCEBOOK**, 2nd ed. (Singapore: Editions Didier Millet (EDM), 2017), p.25.

⁴⁶ โสภารัตน์ จารุสมบัติ, *สิ่งแวดล้อมกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ*, หน้า 75.

ค่านิยม “การพัฒนาที่ยั่งยืน” ซึ่งรวมไปถึงการอนุรักษ์และปกป้องทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของปฏิญญาริโอ เดอ จาเนโร และแผนปฏิบัติการ 21 ได้ถูกจารึกลงในอารัมภบทของข้อตกลงมารราเกซจัดตั้งองค์การการค้าโลกในปี พ.ศ. 2537 (ค.ศ. 1994) ต่อมาในปี พ.ศ. 2541 (ค.ศ. 1998) องค์การอุทธรณ์ในคดีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาห้ามนำเข้ากุ้งได้นำอารัมภบทในส่วนนี้มาใช้ประกอบการตีความบทบัญญัติข้อ 20 (จี) และตัดสินให้มาตรการห้ามนำเข้ากุ้งเพื่อวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์และปกป้องเต่าทะเลซึ่งถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไปเป็นมาตรการที่ได้รับการนิรโทษตามบทบัญญัติดังกล่าว

(ข) หลังคดีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาห้ามนำเข้ากุ้ง

ภายหลังการประชุมที่เมืองริโอ เดอ จาเนโร องค์การสหประชาชาติได้จัดให้มีการประชุมสุดยอดแห่งสหประชาชาติเพื่อกำหนดเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษในปี พ.ศ. 2543 (ค.ศ. 2000) โดยผลลัพธ์จากการประชุมครั้งดังกล่าว คือ การที่บรรดาผู้นำประเทศต่าง ๆ ได้มีการตกลงเกี่ยวกับเป้าหมายการพัฒนาร่วมกันรวมทั้งสิ้น 8 เป้าหมาย โดยกำหนดกรอบเวลาในการบรรลุผลเอาไว้ 15 ปีระหว่างปี พ.ศ. 2543 - 2558 (ค.ศ. 2000 - 2015)⁴⁷

เป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษ (Millennium Development Goals หรือ MDGs) เปรียบเสมือนประวัติศาสตร์ที่จารึกการขับเคลื่อนของประชาคมโลกในการจัดการกับปัญหาสำคัญของโลกอันได้แก่ (1) ขจัดความยากจนและหิวโหย (2) ให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษาระดับประถมศึกษา (3) ส่งเสริมความเท่าเทียมทางเพศและบทบาทสตรี (4) ลดอัตราการเสียชีวิตของเด็ก (5) ปัญหาสุขภาพของสตรีมีครรภ์ (6) การต่อสู้กับโรคเอดส์ มาลาเรีย และโรคสำคัญอื่น ๆ (7) รักษาและจัดการสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน และ (8) ส่งเสริมการเป็นหุ้นส่วนการพัฒนาในประชาคมโลก ซึ่งกรณีทั้งหลายเหล่านี้เป็นเป้าหมายที่ชัดเจนและมีกรอบเวลากำกับให้ประเทศที่ลงนามต้องจัดทำรายงานผลต่อสหประชาชาติว่าบรรลุเป้าหมายมากน้อยเพียงใด⁴⁸

เมื่อกรอบระยะเวลาของการขับเคลื่อนให้บรรลุเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษสิ้นสุดลงในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) องค์การสหประชาชาติได้มีการกำหนดกรอบเป้าหมายใหม่ที่เรียกว่าเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals หรือ SDGs) ออกมาเมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) โดยจะใช้เป้าหมายนี้เป็นกรอบในการขับเคลื่อนโลกไปจนถึงเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2573 (ค.ศ. 2030) โดยแบ่งเป้าหมายออกเป็น 17 เป้าหมาย ได้แก่ (1) ไร้ความยากจน (2) ไร้ความหิวโหย (3) คนมีสุขภาพดี (4) คนได้รับการศึกษาที่มีคุณภาพ (5) มีความเสมอภาคทางเพศ (6) มีน้ำที่สะอาดและ

⁴⁷ ณัชฎา คงศรี, “จาก MDGs สู่ SDGs เป้าหมายการพัฒนาที่เปลี่ยนแปลงไปเพื่อความยั่งยืน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : [https://www.sdgmove.com/2017/08/13/mdgstosdgs/#:~:text=\[26 กรกฎาคม 2567\]](https://www.sdgmove.com/2017/08/13/mdgstosdgs/#:~:text=[26%20กรกฎาคม%202567])

⁴⁸ อาคม เต็มพิทยาไพสิฐ, “MDGs กับการพัฒนาประเทศในอนาคตเพื่อเตรียมการจัดทำรายงานผลตามเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษปี 2558” หน้า 1-4 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://social.nesdc.go.th/social/Portals/0/Documents/MDG%20Pullman%2005092557%20NESDB%20all_190.pdf [26 กรกฎาคม 2567]

ถูกสุขลักษณะ (7) มีพลังงานที่สามารถนำกลับมาใช้ใหม่ได้ (8) มีงานที่ดีและมีการเติบโตทางเศรษฐกิจ (9) มีนวัตกรรมและโครงสร้างพื้นฐาน (10) ความไม่เสมอภาคลดลง (11) มีเมืองและชุมชนที่ยั่งยืน (12) มีการบริโภคที่มีความรับผิดชอบ (13) การดำเนินการด้านสภาพภูมิอากาศ (เน้นโดยผู้เขียน) (14) การอนุรักษ์สิ่งมีชีวิตในน้ำ (15) การอนุรักษ์สิ่งมีชีวิตบนบก (16) มีความสงบและความยุติธรรม และ (17) การเป็นหุ้นส่วนเพื่อเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน⁴⁹ โดยเป้าหมายทั้ง 17 เป้าหมายข้างต้นนี้เป็นเป้าหมายเกี่ยวกับการพัฒนาใน 3 มิติ คือ ปัญหาเศรษฐกิจ (เช่น ความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจ ความไม่เพียงพอของสวัสดิการรัฐ การหางานทำในเมืองไม่ได้ เป็นต้น) ปัญหาสังคม (เช่น ความยากจน การระบาดของโรคติดต่อ ความไม่เท่าเทียมกันของโอกาสในการศึกษา การเลือกปฏิบัติ การลวนลามทางเพศ การมีบุตรน้อยคน การเพิ่มขึ้นของจำนวนประชากร สงคราม เป็นต้น) ปัญหาสิ่งแวดล้อม (เช่น ภาวะโลกร้อนที่รุนแรงขึ้นเรื่อย ๆ ปัญหาเกี่ยวกับทรัพยากรน้ำที่รุนแรงขึ้นเรื่อย ๆ การเพิ่มขึ้นของภัยธรรมชาติ ความรุนแรงของปัญหาพลังงานที่รุนแรงขึ้น การสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่รุนแรงขึ้น เป็นต้น)⁵⁰

ความแตกต่างระหว่างเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษกับเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน คือ จากเดิมที่ประเทศกำลังพัฒนาจะมุ่งเน้นการบรรลุเป้าหมายขั้นต่ำของการพัฒนาโดยที่ประเทศพัฒนาแล้วจะเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือ แต่เป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนจะเป็นเป้าหมายที่เพิ่มความรับผิดชอบร่วมกันอย่างเป็นทางการระหว่างประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาที่จะต้องเป็นหุ้นส่วนและขับเคลื่อนให้สามารถบรรลุเป้าหมายร่วมกันได้⁵¹ อาทิ ในประเทศที่สิ่งแวดล้อมมีการเปลี่ยนแปลงอันเนื่องมาจากสภาพการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์โดยเฉพาะกลุ่มประเทศเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นใหม่อย่างประเทศจีน อินเดีย บราซิล เป็นต้น และปัญหาการปล่อยก๊าซเรือนกระจกคาร์บอนไดออกไซด์ซึ่งมีโจทย์ที่ท้าทาย คือ การตั้งให้กลุ่มประเทศที่เป็นต้นตอของปัญหาซึ่งส่วนใหญ่่มักจะเป็นประเทศรายได้สูงให้เข้ามามีส่วนร่วมในการลดปัญหา ตลอดจนการช่วยเหลือและสนับสนุนการแก้ปัญหาอย่างยั่งยืน เช่น การสร้างพลังงานสะอาด การสนับสนุนการผลิตและการบริโภคอย่างมีความรับผิดชอบ เป็นต้น⁵²

⁴⁹ กุณชลิ รื่นรมย์, ESG เพื่อความยั่งยืนขององค์กรธุรกิจในประเทศไทย, (บทความเสนอต่อที่ประชุมราชบัณฑิตและภาคีสมาชิก, สำนักธรรมศาสตร์และการเมือง ราชบัณฑิตยสภา, 6 กันยายน 2566), หน้า 9-10. และโปรดดู Will Baxter, Nicholas Grossman and Nina Wegner, A CALL TO ACTION: THAILAND AND THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS, (Singapore: Editions Didier Millet (EDM), 2016), p.25.

⁵⁰ Satoko KONO and Kan SATO, 60分でわかる3 SDGs 超入門 (เข้าใจ SDGs ใน 60 นาที), (Gijutsuhyoronsha, 2023), p.23. (ภาษาญี่ปุ่น)

⁵¹ Satoko KONO and Kan SATO, 60分でわかる3 SDGs 超入門 (เข้าใจ SDGs ใน 60 นาที), p.19. และ Eileen de Jong and Marjanneke J. Vijge, "From Millennium to Sustainable Development Goals: Evolving discourses and their reflection in policy coherence for development," p.6 [online] Available from : <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S258981162030046X> [26 July 2024]

⁵² ณิชฎา คงศรี, "จาก MDGs สู่ SDGs เป้าหมายการพัฒนาที่เปลี่ยนแปลงไปเพื่อความยั่งยืน" หน้า 2 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.sdgmovement.com/2017/08/13/mdgstosdgs/#:~:text=> [26 กรกฎาคม 2567]

เป้าหมายของการพัฒนาที่ยั่งยืนสามารถแบ่งออกได้เป็น 5 กลุ่ม ดังนี้

1. **People** คือ เป้าหมายที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน อันได้แก่ เป้าหมายที่ (1) – (6)
2. **Prosperity** คือ เป้าหมายที่เกี่ยวกับความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจและการมีมาตรฐานการครองชีพที่ดี อันได้แก่ เป้าหมายที่ (7) – (11)
3. **Planet** คือ เป้าหมายที่เกี่ยวกับการอยู่ร่วมกันกับธรรมชาติและ การอนุรักษ์โลก อันได้แก่ เป้าหมายที่ (12) – (15)
4. **Peace** คือ เป้าหมายที่เกี่ยวกับสันติภาพ อันได้แก่ เป้าหมายที่ (16) และ
5. **Partnership** คือ เป้าหมายที่ (17) ซึ่งทุกประเทศและทุกคนบนโลกต้องร่วมมือกัน

เมื่อวิเคราะห์เป้าหมายของทั้ง 5 กลุ่มข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้สิ้นสุดลง มนุษยชาติได้เห็นความโหดร้ายของสงครามและความโหดร้ายของการละเมิดสิทธิมนุษยชน ค่านิยมสากลของมนุษยชาติหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 คือ ค่านิยมสากลเกี่ยวกับ “การรักษาสันติภาพ” ซึ่งนำไปสู่การจัดตั้งองค์การสหประชาชาติและคณะรัฐมนตรีความมั่นคงและค่านิยมสากลเกี่ยวกับ “การเคารพสิทธิมนุษยชน” ที่ได้นำไปสู่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) ดังนั้น การมีเป้าหมายที่ (12) – (15) ในเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (SDGs) จึงแสดงให้เห็นว่าค่านิยมเกี่ยวกับ “การอนุรักษ์โลก” ได้กลายมาเป็นค่านิยมสากล (Universal Value) ใหม่ของมนุษย์ที่เทียบเคียงได้กับค่านิยมสากลเกี่ยวกับ “การรักษาสันติภาพ” และ “การเคารพสิทธิมนุษยชน” นั่นเอง

ในส่วนของความพยายามในการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในระดับโลกนั้น ได้มีพัฒนาการเป็นลำดับมาอย่างต่อเนื่อง โดยประเทศต่าง ๆ ได้มีการเข้าทำความตกลงระหว่างประเทศ อันเกี่ยวเนื่องกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ รวม 3 ฉบับ ได้แก่ กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change หรือ UNFCCC) พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) และความตกลงปารีส (Paris Agreement) โดยความตกลงดังกล่าวมีประวัติความเป็นมาดังนี้

(1) กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เป็นผลมาจากการที่ คณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Intergovernmental Panel on Climate Change หรือ IPCC) ซึ่งเป็นองค์กรที่สำคัญที่สุดขององค์การสหประชาชาติในการสนับสนุนข้อมูลเชิงวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้เผยแพร่รายงานการประเมินสถานการณ์ฉบับที่ 1 ในปี พ.ศ. 2533⁵³ เพื่อยืนยันถึงสภาพภูมิอากาศที่เปลี่ยนแปลงไปอันเป็นผลมาจากการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเข้าสู่ชั้นบรรยากาศของโลกจากกิจกรรมของมนุษย์และการคาดการณ์ถึงภัยคุกคามที่อาจจะ

⁵³ นิโรจน์ สีนณรงค์, เศรษฐศาสตร์การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, (เชียงใหม่: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยแม่โจ้, 2565), หน้า 6-7.

เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ เช่น การละลายของภูเขาน้ำแข็งและธารน้ำแข็ง การเพิ่มขึ้นของระดับน้ำทะเลในมหาสมุทร การก่อตัวรุนแรงของภัยธรรมชาติที่จะมีแนวโน้มจะเกิดมากขึ้น เป็นต้น⁵⁴ ผลของการประเมินดังกล่าวได้นำไปสู่การประชุมเจรจาเพื่อจัดทำกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของสมัชชาองค์การสหประชาชาติในปี พ.ศ. 2535 เพื่อใช้เป็นเวทีในการรักษาความร่วมมือของนานาชาติในการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดยกรอบอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดพันธกรณีของประเทศภาคีโดยใช้หลักการ “ความรับผิดชอบร่วมกันที่แตกต่าง (The Principle of Common But Differentiated Responsibilities)” โดยจำแนกประเทศภาคีออกเป็น 3 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มของประเทศพัฒนาแล้วที่ต้องลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกอย่างเป็นรูปธรรม กลุ่มประเทศพัฒนาแล้วแต่ไม่รวมถึงประเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงจากสังคมนิยมเป็นทุนนิยมซึ่งมีหน้าที่เพิ่มเติมนอกเหนือจากการลดก๊าซเรือนกระจกแล้วยังต้องให้การสนับสนุนทางการเงินให้ประเทศกำลังพัฒนาในการลดก๊าซเรือนกระจกและหรือปรับตัวต่อผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา⁵⁵ การที่อนุสัญญาดังกล่าวไม่มีผลบังคับให้ประเทศพัฒนาแล้วมีหน้าที่ต้องรักษาระดับการปล่อยก๊าซเรือนกระจกลดมาอยู่ที่ระดับเดียวกันกับปี พ.ศ. 2533 (ค.ศ. 1990) เพียงแต่กำหนดให้ประเทศพัฒนาแล้ว “ตั้งเป้าหมาย” ไว้เท่านั้น ทำให้ความพยายามในการลดก๊าซเรือนกระจกตามกรอบอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร⁵⁶

(2) พิธีสารเกียวโต เป็นผลมาจากการประชุมสมัชชาภาคีภายใต้ตามกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ครั้งที่ 3 ในปี พ.ศ. 2540 (ค.ศ. 1997) ที่เมืองเกียวโต ประเทศญี่ปุ่น โดยที่ประชุมได้มีมติเห็นชอบต่อพิธีสารเกียวโตซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันทางกฎหมายภายใต้กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การกำหนดพันธกรณีในการลดก๊าซเรือนกระจกโดยกำหนดเป็นตัวเลขนเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจกในภาพรวมและเป้าหมายรายประเทศสำหรับกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว ตลอดจนกำหนดกรอบระยะเวลาเป้าหมายในช่วงปี พ.ศ. 2551 – 2555 (ค.ศ. 2008 - 2012) โดยประเทศพัฒนาแล้วมีเป้าหมายในการลดก๊าซเรือนกระจกโดยรวมให้ได้ร้อยละ 5 จากระดับการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของปี พ.ศ. 2533 (ค.ศ. 1990)⁵⁷

(3) ความตกลงปารีส นักวิชาการไทยเห็นว่าพิธีสารเกียวโตไม่สามารถแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากมีข้อจำกัดสำคัญอันได้แก่ การไม่เข้าร่วมพิธีสารเกียวโตของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศกลุ่มภาคผนวกที่ 1 ซึ่งอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว ทั้งยังเป็นประเทศที่

⁵⁴ William P. Cunningham and Mary Ann Cunningham, *ENVIRONMENTAL SCIENCE: A GLOBAL CONCERN*, 14th ed. (New York: McGraw Hill Education, 2018), p.335-336.

⁵⁵ โสภารัตน์ จารุสมบัติ, *สิ่งแวดล้อมกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ*, หน้า 195.

⁵⁶ Daniel Bodansky, Jutta Brunnée and Lavanya Rajamani, *INTERNATIONAL CLIMATE CHANGE LAW*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), p.132-133.

⁵⁷ โสภารัตน์ จารุสมบัติ, *สิ่งแวดล้อมกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ*, หน้า 195.

ปล่อยก๊าซเรือนกระจกมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน⁵⁸ แต่ในขณะที่นักวิชาการประเทศสหรัฐอเมริกากลับเห็นว่า สถานการณ์เศรษฐกิจโลกได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก กล่าวคือในปี พ.ศ. 2533 เมื่อเริ่มการเจรจากรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ กลุ่มประเทศพัฒนาแล้วได้ปล่อยก๊าซเรือนกระจกออกมาถึงร้อยละ 60 ของโลก แต่ในปี พ.ศ. 2560 (ค.ศ. 2017) ขนาดเศรษฐกิจของประเทศจีนได้เติบโตขึ้นถึง 10 เท่า⁵⁹ อีกทั้งยังปล่อยก๊าซเรือนกระจกเพิ่มขึ้นถึง 4 เท่าจากปี พ.ศ. 2533 (ค.ศ. 1990) และยังคงกลายเป็นประเทศที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกมากกว่าประเทศสหรัฐอเมริกาถึง 2 เท่า นอกจากนี้ในพิธีสารเกียวโต ประเทศจีนถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา (Non-Annex I Countries) จึงไม่มีพันธกรณีที่จะต้องลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกและยังอาจเพิ่มการปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้โดยไม่ถูกลงโทษด้วย⁶⁰ ด้วยเหตุนี้ในการเจรจาอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 21 ณ กรุงปารีส ในปี พ.ศ. 2551 (ค.ศ. 2015) ซึ่งถือว่าการเจรจาครั้งสำคัญในประวัติศาสตร์ของโลกที่ประเทศภาคีจำนวน 194 ประเทศ พยายามตกลงกันเพื่อให้ได้ “กฎหมายฉบับใหม่ของโลก” ที่มีการกำหนดเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจกของทุกประเทศซึ่งอาจกลายเป็นข้อจำกัดในการพัฒนาประเทศของตนเองในอนาคตได้⁶¹

หลักการสำคัญในการเจรจาเพื่อลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในปี พ.ศ. 2558 คือ “หลักการความรับผิดชอบร่วมกันที่แตกต่างและความสามารถในการระดับที่แตกต่างกัน (The Principle of Common But Differentiated Responsibilities and Respective Capacities หรือ CBDRRC)”⁶² ความตกลงปารีสได้มีการปรับปรุงและแก้ไขจุดอ่อนของพิธีสารเกียวโตหลายประการ เช่น การกำหนดให้ภาคีที่เป็นประเทศพัฒนาแล้วมีพันธกรณีตามกฎหมาย โครงสร้างที่กำหนดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก เป้าหมายที่เป็นตัวเลขเชิงปริมาณพร้อมกรอบเวลาในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก และความตกลงปารีสนั้นมีเนื้อหาที่ยืดหยุ่นกว่า กล่าวคือ มีทั้งพันธกรณีที่ผูกพันตามกฎหมายและไม่ผูกพันตามกฎหมาย ทั้งยังให้สิทธิในการกำหนดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกโดยประเทศภาคีเอง ทำให้ความตกลงปารีสประสบความสำเร็จในการเจรจาและมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน พ.ศ. 2559 (ค.ศ. 2016) ภายหลังจากมีประเทศให้สัตยาบันเป็นภาคีเกิน 55 ประเทศ และมีปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกโดยบรรดาประเทศที่ให้สัตยาบันรวมกันมากกว่าร้อยละ 55 ของปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของทั้งโลก ส่วนเนื้อหาที่เป็นข้อผูกพันอาจสรุปได้ดังนี้

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 196.

⁵⁹ Daniel Bodansky, Jutta Brunnée and Lavanya Rajamania. *INTERNATIONAL CLIMATE CHANGE LAW*, p.353-354.

⁶⁰ Climate Change Cell, Haryana, “Kyoto Protocol on Climate Change,” [online] Available from : <https://hrccc.harenvironment.gov.in/kyoto-protocol-on-climate-change/> [26 July 2024]

⁶¹ โสภารัตน์ จารุสมบัติ, *สิ่งแวดล้อมกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ*, หน้า 199.

⁶² Daniel Bodansky, Jutta Brunnée and Lavanya Rajamania. *INTERNATIONAL CLIMATE CHANGE LAW*, p.219 - 221.

- (1) ประเทศภาคีต้องจัดทำเป้าหมายการดำเนินงานเพื่อแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโดยเน้นเป้าหมายที่แต่ละประเทศกำหนดเองตามความเหมาะสม (Nationally Determined Contributions หรือ NDCs) โดยต้องมีการทบทวนและเสนอใหม่ทุก 5 ปี และต้องมีการนำเสนอรายงานติดตามการประเมินผลการดำเนินงานเพื่อบรรลุเป้าหมายดังกล่าวอย่างโปร่งใส
- (2) ประเทศภาคีจะต้องจัดทำและดำเนินการมาตรการภายในประเทศเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานให้บรรลุบรรดาเป้าหมาย NDCs ที่ประเทศตนได้กำหนดไว้
- (3) ประเทศภาคีควรพยายามปรับเปลี่ยนรูปแบบการพัฒนาไปสู่การพัฒนาแบบปล่อยก๊าซเรือนกระจกต่ำ สร้างความต้องการและความสามารถในการฟื้นตัวจากผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่สอดคล้องกับแนวทางการพัฒนาที่ยั่งยืน
- (4) ประเทศภาคีจะต้องจัดทำแผนปรับตัวระดับชาติและดำเนินการตามแผนที่จัดทำ
- (5) ประเทศภาคีจะต้องจัดทำและนำเสนอรายงานแห่งชาติ โดยรายงานทุก ๆ 2 ปีและรายงานความก้าวหน้าทุก ๆ 2 ปี
- (6) ประเทศพัฒนาแล้วจะต้องให้ความช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาในการดำเนินงานเพื่อแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโดยการสนับสนุนทางการเงิน การพัฒนาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี การเสริมสร้างศักยภาพของประเทศกำลังพัฒนาในการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องและมีการติดตามประเมินผลการสนับสนุนดังกล่าวอย่างโปร่งใส
- (7) ให้มีการประเมินสถานการณ์ดำเนินงานระดับโลกทุก ๆ 5 ปี เพื่อติดตามผลการดำเนินงานและประเมินความก้าวหน้าในการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในภาพรวมทุกมิติ ทั้งการดำเนินงานและการให้การสนับสนุนโดยเฉพาะการประเมินระดับความสำเร็จในการควบคุมการเพิ่มของอุณหภูมิเฉลี่ยของโลก ณ ปลายทศวรรษ ไม่ให้เกิน 2 หรือ 1.5 องศาเซลเซียส⁶³

คำนิยามเกี่ยวกับ “การอนุรักษ์ชั้นบรรยากาศของโลก” เป็นคำที่นิยมที่เกิดขึ้นซ่อนอยู่ในคำนิยามเกี่ยวกับ “การพัฒนาที่ยั่งยืน” ในปฏิญญาริโอ เดอ จาเนโร และแผนปฏิบัติการ 21 ในปี พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992) และได้ถูกบันทึกลงไปในการอภิปรายของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าในวลีที่ว่า “การพัฒนาที่ยั่งยืน การปกป้องและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม” ต่อมาคำนิยามนี้ได้กลายเป็นเป้าหมายที่ 7 ของเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษ (MDGs) ที่ระบุถึง “การรักษาและจัดการสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน” ในช่วงระยะเวลาปี พ.ศ. 2543 - 2558 ในปัจจุบันคำนิยามนี้ได้ปรากฏในเป้าหมายกลุ่มที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์โลก อันได้แก่ เป้าหมายที่ 13 (การดำเนินการด้านสภาพภูมิอากาศของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน

⁶³ โสภารัตน์ จารุสมบัติ, *สิ่งแวดล้อมกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ*, หน้า 198-199.

หรือ SDGs) นอกจากนั้นแล้ว ความสำคัญและเร่งด่วนของปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศทำให้มีการจัดทำและให้สัตยาบันอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโดยภาคีองค์การสหประชาชาติในปี พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992) คู่ขนานไปกับปฏิญญาริโอ เดอ จาเนโร และแผนปฏิบัติการ 21 ด้วย ความเร่งด่วนและความสำคัญของปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศได้นำไปสู่การจัดทำพิธีสารเกียวโตในปี พ.ศ. 2540 (ค.ศ. 1997) แต่ไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควรนัก ในที่สุดจึงได้มีการเจรจาและจัดทำความตกลงปารีสในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) โดยมีความคาดหวังของประชาคมโลกว่าความตกลงปารีสจะช่วยอนุรักษ์ชั้นบรรยากาศของโลกไว้ในระดับที่จะทำให้อุณหภูมิของโลกไม่สูงขึ้นเกินไปกว่า 2 องศาเซลเซียส ภายในปี พ.ศ. 2573 (ค.ศ. 2050) ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ค่านิยมเกี่ยวกับ “การอนุรักษ์ชั้นบรรยากาศของโลก” ได้ถูกจารึกไว้ในเป้าหมายที่ 13 ของเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติที่ภาคีสมาชิกควรต้องนำไปปฏิบัติให้เกิดประสิทธิผลเพื่อเป็นการแก้ไขวิกฤตการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและยังได้ถูกจารึกไว้อย่างเป็นทางการในความตกลงปารีสซึ่งกำหนดพันธกรณีให้ภาคีสมาชิกต้องร่วมกันรับผิดชอบแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศโดยการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามเป้าหมายที่ภาคีสมาชิกแต่ละประเทศสมัครใจกำหนด⁶⁴

4. วิเคราะห์ความสอดคล้องของมาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรปกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าขององค์การการค้าโลก

เดิมวัตถุประสงค์หลักของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าคือการยกระดับมาตรฐานความเป็นอยู่ การจ้างงานอย่างเต็มที่ การขยายตัวของรายได้ที่แท้จริงและความต้องการที่แท้จริง ซึ่งสูงขึ้นอย่างมาก วิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว คือ การพัฒนาการใช้ทรัพยากรของโลกอย่างเต็มที่ ขยายการผลิตและการแลกเปลี่ยนสินค้า โดยทรัพยากรธรรมชาติของโลกถูกมองว่าเป็นปัจจัยในการผลิตสินค้าเท่านั้น⁶⁵ ประกอบกับในช่วงระยะเวลาภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้สิ้นสุดลง

⁶⁴ ในกรณีของประเทศไทยได้มีมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบต่อข้อเสนอการมีส่วนร่วมของประเทศไทยในการลดก๊าซเรือนกระจกและการดำเนินงานด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Nationally Determined Contributions หรือ NDC) เพื่อจัดตั้งให้เลขานุการของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดย NDC ของประเทศไทยกำหนดเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจกขั้นต่ำที่ร้อยละ 20 และกำหนดเป้าหมายขั้นสูงที่ร้อยละ 25 จากกรณีปกติภายในปี พ.ศ. 2573 โดยเป้าหมายนี้สอดคล้องกับเป้าหมายพัฒนาที่ยั่งยืน เป้าหมายที่ 13 (Climate Action) ที่กำหนดเป้าประสงค์ในการผลักดันให้แต่ละประเทศกำหนดนโยบายในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ดูรายละเอียดใน นิโรจน์ สนิมรงค์, เศรษฐศาสตร์การเปลี่ยนสภาพภูมิอากาศ, หน้า 188-189. และโปรดดู ศูนย์วิจัยและสนับสนุนเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน, “Natetida Bunnag. National Determined Contributions (NDCs): การมีส่วนร่วมที่ประเทศกำหนด” หน้า 1-2 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.sdgmove.com/2021/08/05/sdg-vocab-43-nationally-determined-contributions-ndcs/> [30 กรกฎาคม 2567]

⁶⁵ อารัมภบทของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าบัญญัติว่า

“GENERAL AGREEMENT ON TARIFF AND TRADE

Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of

ประชาคมโลกยังไม่ได้เผชิญกับปัญหาความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม การสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ และปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ทั้งเมื่อการใช้ทรัพยากรธรรมชาติเป็นปัจจัยในการผลิตสินค้าและแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างประเทศอย่างเสรีได้ทำให้ประเทศจำนวนมากที่อยู่ในระยะเบียบเศรษฐกิจเบรตตัน วูดส์ สามารถยกระดับคุณภาพความเป็นอยู่ของประชากรให้อยู่เหนือระดับความยากจนได้ ส่งผลให้ประชาคมโลกไม่ได้ตระหนักและให้ความสำคัญในการแก้ไขปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมมากนัก อย่างไรก็ตาม ความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม การสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ได้ปรากฏชัดเจนและร้ายแรงมากขึ้นจนนำไปสู่การจัดประชุมใหญ่ขององค์การสหประชาชาติที่เมืองริโอ เดอ จาเนโร ประเทศบราซิล ในปี พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992) อันทำให้เกิดปฏิญญาริโอ เดอ จาเนโรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ซึ่งเป็นหนึ่งในความตกลงระหว่างประเทศที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในการแก้ไขปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม

ความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ได้สะท้อนค่านิยมสากลใหม่ของประชาคมโลกเกี่ยวกับ “การพัฒนาที่ยั่งยืน การอนุรักษ์และปกป้องทรัพยากรธรรมชาติกับสิ่งแวดล้อม” ได้ถูกจารึกลงไปในความตกลงมารราเกซจัดตั้งองค์การการค้าโลกในปี พ.ศ. 2537 (ค.ศ. 1994) และทำให้อาร์มภพของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก กล่าวคือจาก “การใช้ทรัพยากรธรรมชาติของโลกอย่างเต็มที่” เป็น “การใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างเหมาะสมที่สุดโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนและการรักษาสมดุลกับการปกป้องและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติของโลก”⁶⁶ ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาห้ามนำเข้ากุ้งที่จับโดยวิธีการที่ทำให้เต่าทะเลจำนวนมากตายเข้ามาสู่กลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก องค์การอุทธรณ์ได้ตัดสินคดีโดยใช้อาร์มภพที่ปรากฏในความตกลงมารราเกซจัดตั้งองค์การการค้าโลกและอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ตีความคำว่า “ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไป” โดยได้ขยายให้มีความหมายรวมถึงเต่าทะเลซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีชีวิตทั้ง ๆ ที่มีความแตกต่างจากทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่มีชีวิตในความหมายดั้งเดิม เช่น น้ำมัน แร่แมงกานีส

ด้วยเหตุนี้ หากมีกรณีพิพาทที่ประเทศผู้ส่งออกสินค้าในขอบเขตของมาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนฟ้องร้องสหภาพยุโรปโดยใช้กลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ก็มีความเป็นไปได้สูงที่คณะพิจารณาข้อพิพาท (Panel) และ (หากมีการอุทธรณ์) องค์การอุทธรณ์ (Appellate Body) จะนำอาร์มภพที่ปรากฏในความตกลงมารราเกซจัดตั้งองค์การการค้าโลก เป้าหมายที่ 13 ของการพัฒนาที่ยั่งยืน และความตกลงปารีสมาตีความในลักษณะวิวัฒนาการว่า “ชั้นบรรยากาศของโลก”

real income and effective demand, developing the full use of the resources of the world and expanding the production and exchange of goods;” (ขีดเส้นใต้เน้นโดยผู้เขียน)

⁶⁶ โดยอาร์มภพของความตกลงมารราเกซจัดตั้งองค์การการค้าโลกในส่วนที่เกี่ยวข้องที่บัญญัติว่า “...while allowing for the optional use of the world’s resource in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment...” (ขีดเส้นใต้เน้นโดยผู้เขียน)

ก็เป็น “ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไปได้” ตามแนวทางและขั้นตอนการพิจารณาของคำตัดสินในคดีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาห้ามนำเข้ากุ้ง โดยอาจพิเคราะห์แยกเป็นประเด็นได้ดังต่อไปนี้

(1) มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรปขัดกับความตกลงองค์การการค้าโลก ได้แก่ ข้อ 2 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าหรือไม่ อย่างไร

ประเด็นนี้ค่อนข้างชัดเจนว่า แม้มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนของสหภาพยุโรปจะจัดเก็บในอัตราเท่าเทียมกันจากสินค้าที่นำเข้าจากประเทศต่าง ๆ ก็ตาม แต่ข้อ 2 ห้ามจัดเก็บภาษีนำเข้าจากสินค้าของประเทศสมาชิกอื่นนอกเหนือไปจากภาษีนำเข้าที่สหภาพยุโรปผูกพันไว้ตามตารางผูกพันของตน ดังนั้น มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรปจึงขัดกับข้อ 2 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า

(2) แม้มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรปจะขัดกับข้อ 2 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าจริง แต่มาตรการดังกล่าวจะได้รับการนิรโทษตามเงื่อนไขเฉพาะตามข้อ 20 (จี) หรือไม่ อย่างไร

โดยข้อ 20 (จี) มีเงื่อนไขย่อยรวมกันทั้งหมด 3 เงื่อนไขดังนี้

(ก) มาตรการเก็บภาษีศุลกากรข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรปเป็นมาตรการอนุรักษ์ “ทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไปได้” หรือไม่ อย่างไร

ในประเด็นนี้สหภาพยุโรปมีแนวโน้มที่จะอ้างรายงานการประเมินสถานการณ์แบบจำลองและภาพฉายการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2533) ถึงรายงานการประเมินฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2565) ของคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ⁶⁷ ที่ยืนยันว่ามนุษย์เป็นผู้สร้างมลภาวะที่ส่งผลกระทบต่อสภาพภูมิอากาศ ก่อให้เกิดภาวะเรือนกระจกเข้มข้น และส่งผลการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นวงกว้าง การเพิ่มขึ้นของความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจกแบบผสมในชั้นบรรยากาศของโลกมีผลทำให้อุณหภูมิพื้นผิวโลกมีแนวโน้มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง⁶⁸ โดยคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้ประเมินว่า หากอุณหภูมิโลกเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องเช่นนี้แล้ว ภายในปี พ.ศ. 2643 (ค.ศ. 2100) ระดับน้ำทะเลจะสูงขึ้น 1 - 2 เมตร เนื่องจากน้ำแข็งในทะเลอาร์คติก กรีนแลนด์ และแอนตาร์กติกาละลาย ทำให้เกิดน้ำท่วมเมืองที่ตั้งอยู่ริมฝั่งทะเล นอกจากนั้นแล้วยังมีผลทำให้เกิดภาวะฝนแล้ง น้ำท่วม ลมฟ้าอากาศผันผวนมากยิ่งขึ้น พายุที่เกิดขึ้นถี่ขึ้น และรุนแรงขึ้น มีผลกระทบและก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงต่อมนุษยชาติ การสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ และก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเศรษฐกิจ⁶⁹

⁶⁷ คณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Intergovernmental Panel on Climate Change หรือ IPCC) ถูกจัดตั้งขึ้นโดยสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติในปี พ.ศ. 2531 (ค.ศ. 1988) ประกอบด้วยนักวิทยาศาสตร์ชั้นนำและผู้แทนของรัฐภาคีมากกว่า 130 ประเทศเพื่อทบทวนหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับสาเหตุและผลการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โปรดดู William P. Cunningham and Mary Ann Cunningham, ENVIRONMENTAL SCIENCE: A GLOBAL CONCERN, p.335.

⁶⁸ นิโรจน์ สันณรงค์, เศรษฐศาสตร์การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, หน้า 6-10.

⁶⁹ William P. Cunningham and Mary Ann Cunningham, ENVIRONMENTAL SCIENCE: A GLOBAL

ด้วยเหตุที่กล่าวมานี้ ชั้นบรรยากาศของโลกจึงควรถูกจัดให้เป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไป และเพื่อเป็นการอนุรักษ์ชั้นบรรยากาศของโลกไม่ให้ถูกใช้จนสูญสิ้นหมดไป ประชาคมโลกที่เป็นภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติจึงควรต้องนำเป้าหมายที่ 13 เรื่องการปฏิบัติการสภาพภูมิอากาศไปดำเนินการให้เกิดผลอย่างจริงจัง ตลอดจนการปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลงปารีสในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามการมีส่วนร่วมของแต่ละประเทศกำหนด ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการที่อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์กำหนดให้เต่าทะเลเป็นสัตว์ที่ใกล้สูญพันธุ์ โดยนำเต่าทะเลเข้าไปอยู่ในภาคผนวกที่กำหนดให้เต่าทะเลเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไปน่าจะมีอิทธิพลต่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการเก็บภาษีศุลกากรข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรปในแง่ที่ว่าสมาชิกภาคีกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในการประชุมครั้งที่ 21 เพื่อจัดทำความตกลงปารีส ได้กำหนดเป้าหมายความตกลงปารีสที่จะจำกัดการเพิ่มขึ้นของอุณหภูมิโลกไม่ให้เกิน 2 องศาเซลเซียส และหากเป็นไปได้ก็ไม่ให้เกิน 1.5 องศาเซลเซียส ของอุณหภูมิก่อนการปฏิรูปอุตสาหกรรม⁷⁰ ที่เกิดจากการได้รับอิทธิพลโดยตรงจากรายงานการประเมินของคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศซึ่งเป็นองค์กรสำคัญที่สุดในการสนับสนุนเพื่อให้ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศว่า หากอุณหภูมิสูงเกินนี้แล้ว ชั้นบรรยากาศของโลกซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติของโลกอย่างหนึ่งก็จะสูญสิ้นหมดไปซึ่งความเหมาะสมในการดำรงชีวิตของมนุษยชาติ บรรดาสัตว์และพืชอีกต่อไป⁷¹ ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา ชั้นบรรยากาศของโลกจึงควรเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้แล้วสูญสิ้นหมดไปได้

(ข) มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรปมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ชั้นบรรยากาศไม่ให้ความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจกสูงเกินไปหรือไม่ อย่างไร

โดยทั่วไปแล้ว มาตรการที่รัฐใช้เพื่อลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์มีอยู่ 2 มาตรการ ได้แก่

CONCERN, p.335-337 และ Takahiro SEKI and Yuta MATSUMURA, *GX (グリーン・トランスフォーメーション) が図解でわかる入門書です* (หนังสืออธิบายโดยภาพเกี่ยวกับการเปลี่ยนผ่านสู่สังคมสีเขียว), p.21. และโปรดดู ชยันต์ ตันติวิธดาการ, *เศรษฐศาสตร์การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโลก*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564), หน้า 29-30.

⁷⁰ ข้อ 2 (a) ของความตกลงปารีสบัญญัติว่า

“Article 2

1.

(a) Holding the increase in the global average temperature to well below 2 C above pre-industrial levels and pursuing efforts to limit the temperature increase to 1.5 C above pre-industrial levels, recognizing that this would significantly reduce the risks and impacts of climate change;” (ขีดเส้นใต้เน้นโดยผู้เขียน)

⁷¹ โสภารัตน์ จารุสมบัติ, *สิ่งแวดล้อมกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ*, หน้า 194. และโปรดดู ชยันต์ ตันติวิธดา, *เศรษฐศาสตร์การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโลก*, หน้า 22-30.

ภาษีคาร์บอน คือ ภาษีหรือค่าธรรมเนียมที่รัฐบาลเรียกเก็บจากการผลิต การจำหน่าย หรือการใช้เชื้อเพลิงฟอสซิล เช่น น้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ หรือถ่านหิน การเรียกเก็บภาษีหรือค่าธรรมเนียมขึ้นอยู่กับปริมาณของก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่ปล่อยออกมา ดังนั้น โรงงานหรือบริษัทใดปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์มากก็ต้องจ่ายภาษีมากตามหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายตามหลักผลกระทบภายนอกในเชิงลบ (Externality Cost) อันเป็นทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งส่งผลให้ผู้ก่อมลพิษถูกบังคับให้ต้องคำนวณภาษีคาร์บอนส่วนนี้เข้าไปเป็นต้นทุนของกิจกรรมทางเศรษฐกิจด้วย การเก็บภาษีคาร์บอนทำให้เชื้อเพลิงฟอสซิลมีราคาสูงขึ้นและส่งผลให้โรงงานผลิตสินค้าและโรงไฟฟ้าต้องหันมาเพิ่มประสิทธิภาพการในการใช้พลังงานและลดปริมาณการใช้เชื้อเพลิงฟอสซิลเพื่อลดต้นทุนที่เกิดขึ้น⁷² ภาษีคาร์บอนช่วยให้การผลิตพลังงานสะอาดจากเชื้อเพลิงหมุนเวียน (Renewable Energy) เช่น พลังงานลม พลังงานแสงอาทิตย์ สามารถแข่งขันกับเชื้อเพลิงฟอสซิลได้⁷³ หลายประเทศได้นำภาษีคาร์บอนไปใช้ เช่น ประเทศฟินแลนด์เริ่มจัดเก็บภาษีคาร์บอนในปี พ.ศ. 2533 (ค.ศ. 1990) ประเทศสวีเดนเริ่มจัดเก็บในปี พ.ศ. 2534 (ค.ศ. 1991) ประเทศนอร์เวย์เริ่มจัดเก็บในปี พ.ศ. 2534 (ค.ศ. 1991) ประเทศอังกฤษเริ่มจัดเก็บในปี พ.ศ. 2544 (ค.ศ. 2001) ประเทศเดนมาร์กเริ่มจัดเก็บในปี พ.ศ. 2548 (ค.ศ. 2005) ประเทศสวิตเซอร์แลนด์เริ่มจัดเก็บในปี พ.ศ. 2550 (ค.ศ. 2007) มลรัฐบริติชโคลอมเบียในประเทศแคนาดาเริ่มจัดเก็บในปี พ.ศ. 2551 (ค.ศ. 2008) ประเทศอินเดียเริ่มจัดเก็บในปี พ.ศ. 2553 (ค.ศ. 2010) ประเทศออสเตรเลียเริ่มจัดเก็บในปี พ.ศ. 2555 (ค.ศ. 2012) และประเทศญี่ปุ่นเริ่มจัดเก็บในปี พ.ศ. 2555 (ค.ศ. 2012)⁷⁴

ระบบซื้อขายสิทธิในการปล่อยคาร์บอน (Cap and Trade) สหภาพยุโรปกลุ่มเป้าหมายที่นำระบบซื้อขายสิทธิในการปล่อยคาร์บอนมาใช้เป็นประเทศแรกในปี พ.ศ. 2548 (ค.ศ. 2005) ตามมาด้วยประเทศนิวซีแลนด์ในปี พ.ศ. 2553 (ค.ศ. 2010) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี พ.ศ. 2556 (ค.ศ. 2013) ประเทศแคนาดาในปี พ.ศ. 2553 (ค.ศ. 2010) ประเทศออสเตรเลียในปี พ.ศ. 2555 (ค.ศ. 2012) ประเทศเกาหลีใต้ในปี พ.ศ. 2555 (ค.ศ. 2012)⁷⁵ สหภาพยุโรปกำหนดปริมาณคาร์บอนสูงสุดที่ผู้ประกอบการในภาคอุตสาหกรรมที่ใช้พลังงานเข้มข้น (การกลั่นน้ำมัน การผลิตเหล็ก และเหล็กกล้า อะลูมิเนียม โลหะ ซีเมนต์ ปูน แก้ว เซรามิก เยื่อกระดาษ กระดาษ กระดาษลัง กรดและสารเคมีอินทรีย์ในปริมาณสูง) สามารถปล่อยได้ โดยหากผู้ประกอบการปล่อยคาร์บอนในปริมาณที่น้อยกว่าปริมาณสูงสุดที่กำหนดในกฎหมายแล้ว ผู้ประกอบการรายนั้นสามารถขายสิทธิในการปล่อยคาร์บอนให้

⁷² นิโรจน์ สันณรงค์, เศรษฐศาสตร์การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, หน้า 39-40.

⁷³ เรื่องเดียวกัน

⁷⁴ Tom Tietenberg and Lynne Lewis, ENVIRONMENTAL & NATURAL RESOURCE ECONOMICS, 10th ed. (London: Pearson, 2015), p.433. และโปรดดู Takahiro SEKI and Yuta MATSUMURA, GX (グリーン・トランスフォーメーション)が図解でわかる入門書です (หนังสืออธิบายโดยภาพเกี่ยวกับการเปลี่ยนผ่านสู่สังคมสีเขียว), p.54.

⁷⁵ Barry Eichengreen and Peter B. Kenen, "Managing the World Economy under the Bretton Woods System: An Overview," in MANAGING THE WORLD ECONOMY: FIFTY YEARS AFTER BRETTON WOODS, ed. Peter B. Kenen, p.3-57.

แก่ผู้ประกอบการรายอื่นได้⁷⁶ ภายหลังหลักการจัดตั้งระบบซื้อขายสิทธิในการปล่อยคาร์บอนในปี 2548 (ค.ศ. 2005)⁷⁷ สหภาพยุโรปลดปริมาณคาร์บอนสูงสุดอย่างต่อเนื่อง เพื่อให้ปริมาณการปล่อยคาร์บอนลดลงตามลำดับ⁷⁸ ด้วยเหตุนี้ผู้ประกอบการของสหภาพยุโรปบางรายจึงใช้วิธีการถ่ายทอดสายการผลิตไปยังประเทศที่สามเพื่อลดต้นทุนที่เกิดขึ้นจากมาตรการนี้ ส่งผลให้ผู้ประกอบการภายในสหภาพยุโรปตกอยู่ในสถานการณ์ที่เสียเปรียบและทำให้สหภาพยุโรปไม่สามารถบรรลุเป้าหมายในการลดการปล่อยคาร์บอนตามที่ผูกพันไว้ในความตกลงปารีสว่าจะลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกลงร้อยละ 50 - 55 ภายในปี พ.ศ. 2573 (ค.ศ. 2030) และลดลงเป็นศูนย์ภายในปี พ.ศ. 2593 (ค.ศ. 2050) ได้⁷⁹ มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรปจึงอาจถือได้ว่ามีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ชั้นบรรยากาศและผู้ประกอบการในประเทศอื่น ๆ ที่มีมาตรการและเป้าหมายในการลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่ต่ำกว่าสหภาพยุโรปด้วยและความสัมพันธ์เชื่อมโยงนี้ยังใกล้ชิดกว่าความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างมาตรการห้ามนำเข้ากึ่งเพื่ออนุรักษ์เต่าทะเลในคดีพิพาทระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศปากีสถาน มาเลเซีย และไทยด้วย นอกจากนี้ ในคดีพิพาทดังกล่าว องค์การอุทธรณ์ยังยอมรับกลาย ๆ ด้วยว่าความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้านั้น เป็นวินัยทางการค้าระหว่างประเทศที่ครอบคลุมทั้งตัวสินค้าและกรรมวิธีในการผลิตด้วย

(ค) เพื่อให้มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ สหภาพยุโรปได้กำหนดให้ผู้ประกอบการในสหภาพยุโรปต้องชำระค่าธรรมเนียมคาร์บอนหรือไม่ อย่างไร

ระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยคาร์บอนของสหภาพยุโรปมีการจัดตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2548 (ค.ศ. 2005) โดยกำหนดเพดานการปล่อยคาร์บอนไดออกไซด์ให้ผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมที่ใช้พลังงานเข้มข้นสามารถปล่อยได้ ในกรณีที่ผู้ประกอบการปล่อยคาร์บอนในปริมาณที่น้อยกว่าเพดานแล้วผู้ประกอบการนั้นสามารถขายสิทธิในการปล่อยคาร์บอนให้แก่ผู้ประกอบการที่ปล่อยคาร์บอนเกินเพดานได้ เมื่อมาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนของสหภาพยุโรปจะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2569 (ค.ศ. 2026) และผู้ส่งออกสินค้าที่อยู่ในขอบเขตต้องจ่ายค่าธรรมเนียมปริมาณคาร์บอนที่ปล่อยโดยค่าธรรมเนียมจะคิดจากปริมาณการปล่อยคาร์บอนของสินค้าที่นำเข้าหักด้วยปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามสัดส่วนที่สหภาพยุโรปกำหนดคูณด้วยราคาซื้อขายคาร์บอนเฉลี่ยในตลาดซื้อขาย ดังนั้น ค่าธรรมเนียมคาร์บอนที่ผู้ส่งออกสินค้าจะต้องจ่ายจึงเทียบเคียงได้กับค่าซื้อสิทธิในการปล่อย

⁷⁶ สำนักงานที่ปรึกษาการศุลกากรประจำสถานเอกอัครราชทูตไทยในกรุงบรัสเซลส์, “European Green Deal แผนปฏิรูปสีเขียวและมาตรการทางภาษีของ EU”, Custom Policy Monitoring Unit (CPMU news), 5, 11 (พฤศจิกายน 2563), หน้า 2.

⁷⁷ Takahiro SEKI and Yuta MATSUMURA, GX (グリーン・トランスフォーメーション)が図解でわかる入門書です (หนังสืออธิบายโดยภาพเกี่ยวกับการเปลี่ยนผ่านสู่สังคมสีเขียว), p.54.

⁷⁸ สำนักงานที่ปรึกษาการศุลกากรประจำสถานเอกอัครราชทูตไทยในกรุงบรัสเซลส์, “European Green Deal แผนปฏิรูปสีเขียวและมาตรการทางภาษีของ EU”, Custom Policy Monitoring Unit (CPMU news), หน้า 2.

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน

คาร์บอนของผู้ประกอบการในสหภาพยุโรปที่ปล่อยปริมาณคาร์บอนเกินเพดานนั่นเอง จึงเห็นได้ว่า เมื่อเทียบเคียงกับคดีพิพาทกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาห้ามนำเข้ากุ้งแล้ว มาตรการบังคับให้เรือประมงในประเทศอื่น ๆ ต้องติดเครื่องช่วยให้เต่าทะเลหลุดออกจากอวนลากได้นั้น กรมประมงของประเทศสหรัฐอเมริกาออกกฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการเรือประมงในประเทศสหรัฐอเมริกาดำเนินการติดเครื่องช่วยให้เต่าทะเลหลุดจากอวนลากในปี พ.ศ. 2533 (ค.ศ. 1990) หากผู้ประกอบการเรือประมงลำใดไม่ปฏิบัติตามก็จะได้รับโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา และในกรณีที่มีการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงในน่านน้ำของประเทศสหรัฐอเมริกา เจ้าหน้าที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะยึดอายัดปลาและกุ้งที่เรือประมงลำนั้นจับได้ ด้วย ต่อมาในปี พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992) กระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกประกาศกระทรวงการต่างประเทศกำหนดให้ผู้ประกอบการเรือประมงในกลุ่มประเทศในแถบแคริบเบียนและมหาสมุทรแอตแลนติกตะวันตกติดเครื่องช่วยให้เต่าทะเลหลุดจากอวนลากภายในกรอบเวลา 3 ปี แต่ในปี พ.ศ. 2538 (ค.ศ. 1995) กระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกประกาศกระทรวงการต่างประเทศกำหนดให้เรือประมงในปากีสถาน มาเลเซีย และไทยติดตั้งเครื่องช่วยให้เต่าทะเลหลุดจากอวนลากภายในกรอบระยะเวลาเพียง 4 เดือนเท่านั้น เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกันแล้ว มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนของสหภาพยุโรปได้ถูกบังคับใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. 2548 ก่อนที่จะนำมาใช้บังคับกับผู้ประกอบการในต่างประเทศที่ส่งสินค้าเข้ามายังสหภาพยุโรปในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2569 และเป็นการใช้บังคับกับผู้ส่งออกต่างชาติทุกประเทศที่ส่งสินค้าเข้ามายังสหภาพยุโรปด้วย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สหภาพยุโรปได้บังคับใช้มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนกับผู้ส่งออกสินค้าในต่างประเทศเทียบเคียงได้กับผู้ประกอบการในสหภาพยุโรป อันเป็นการสอดคล้องกับเงื่อนไขของข้อ 20 (จี) แล้ว

- (3) วิธีการบังคับใช้มาตรการเก็บภาษีข้ามพรมแดน เป็นวิธีการบังคับใช้ที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่สมเหตุสมผล หรือเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจระหว่างประเทศที่อยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน หรือเป็นการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝงตามเงื่อนไขในบทนำของข้อ 20 หรือไม่อย่างไร

ประเด็นเรื่องวิธีการบังคับใช้ของสหภาพยุโรปนี้อาจมีปัญหว่าไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขในบทนำของข้อ 20 เนื่องจากกฎหมายของสหภาพยุโรปได้ยกเว้นไม่บังคับใช้มาตรการนี้กับประเทศไอซ์แลนด์ นอร์เวย์ สวิตเซอร์แลนด์ ราชรัฐลิเกนสไตน์ และ 5 เขตเศรษฐกิจขนาดเล็ก อันได้แก่ บูซิงเงิน (Büdingen) เฮลโกแลนด์ (Heligoland) ลิวิกโน (Livigno) เซวตา (Ceuta) และเมลีลา (Melilla)⁸⁰ แต่ผู้เขียนเห็นว่า สหภาพยุโรปคงยกข้อต่อสู้ว่าประเทศและเขตเศรษฐกิจขนาดเล็กข้างต้นไม่อยู่ในสภาวะการณ์เหมือนกัน ยกตัวอย่างเช่น ประเทศลิเกนสไตน์มีเศรษฐกิจพึ่งพาธุรกิจการเงินเป็นหลัก⁸¹ หรือเขตเศรษฐกิจลิวิกโนมี

⁸⁰ KPMG, “Summary of the EU CBAM Regulation: What this could mean for your business,” [online] Available from : <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/xx/pdf/2021/07/summary-of-the-cbam-regulation.pdf> [1 August 2567]

⁸¹ กระทรวงการต่างประเทศ, “ราชรัฐลิเกนสไตน์” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://image.mfa.go.th/mfa/0/phQBrX-L4xr/Factsheets_PDF/Factsheet-Liechtenstein_as_of_26_June_2023.pdf [1 สิงหาคม 2567]

เศรษฐกิจที่พึ่งพานักท่องเที่ยวที่เข้ามาเล่นสกีเป็นหลัก⁸² ทำให้ประเทศและเขตเศรษฐกิจดังกล่าวไม่มีอุตสาหกรรมการผลิตสินค้าที่อยู่ในขอบเขตที่จะถูกจัดเก็บภาษีข้ามพรมแดน เป็นต้น

จึงอาจกล่าวในภาพรวมได้ว่า ในอนาคต หากมีคดีพิพาทเกี่ยวกับมาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนของสหภาพยุโรปเข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก คณะพิจารณาข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ (ในกรณีที่มีการอุทธรณ์) มีแนวโน้มสูงที่จะตัดสินตามแนวทางที่ปรากฏในคดีพิพาทกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาห้ามนำเข้ากุ้ง กล่าวคือ มีแนวโน้มสูงที่จะตัดสินให้มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนของสหภาพยุโรปได้รับการนิรโทษตามข้อ 20 (จี) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าโลก

5. บทบาทขององค์การการค้าโลกกับการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติในปัจจุบันและอนาคต

แนวคิดพื้นฐานเรื่องทฤษฎีความได้เปรียบโดยเปรียบเทียบทางเศรษฐศาสตร์มีที่อยู่เบื้องหลังระเบียบเศรษฐกิจโลกเรียกว่าระบบเบรตตัน วูดส์ ส่งเสริมให้ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกผลิตสินค้าเพื่อค้าขายแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศโดยใช้ทรัพยากรธรรมชาติของโลกอย่างเต็มที่ โดยมองว่าทรัพยากรธรรมชาติของโลกคือปัจจัยการผลิตเท่านั้น แต่ความสัมพันธ์ของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม การสูญเสียความหลากหลายทางชีวภาพ และการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศทำให้เกิดค่านิยมสากลใหม่ของประชาคมโลกขึ้นมา ได้แก่ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งได้นำไปสู่การประชุมสุดยอดเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืนและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมขององค์การสหประชาชาติในปี พ.ศ. 2535 ที่เมืองริโอ เดอ จาเนโร ทั้งยังนำไปสู่ผลลัพธ์ที่สำคัญคือหลักการและความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืนและการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติของโลกหลายฉบับ ค่านิยมสากลของประชาคมโลกที่เกิดขึ้นใหม่นี้ได้ถูกนำไปจารึกไว้ในความตกลงมาร์ราเกชจัดตั้งองค์การการค้าโลกในปี พ.ศ. 2537 (ค.ศ. 1994) ในขณะเดียวกัน คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลกได้พิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนว่า นอกจากการจารึกลงไปในความตกลงระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการแล้ว หากมีกรณีที่มีคดีพิพาทเกิดขึ้น องค์การการค้าโลกได้มีบทบาทหน้าที่สำคัญในการรักษาสอดคล้องของค่านิยมสากลในเรื่อง “การพัฒนาที่ยั่งยืน การปกป้องและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม” และค่านิยมเรื่อง “ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ” ด้วยความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น ในอนาคตหากมีข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับมาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนข้ามพรมแดนของสหภาพยุโรปเข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก องค์การระงับข้อพิพาทย่อมมีแนวโน้มสูงที่จะให้ความสำคัญกับค่านิยมเรื่อง “การพัฒนาที่ยั่งยืน การปกป้องและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม” ไม่น้อยไปกว่าค่านิยมเรื่อง “ประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจ” ตามระเบียบเศรษฐกิจในระบบเบรตตัน วูดส์ ตราบใดที่วิธีการใช้มาตรการเก็บค่าธรรมเนียมคาร์บอนไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผลหรือตามอำเภอใจระหว่างประเทศที่มีสภาพการณ์เหมือนกันหรือเป็นการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝง

⁸² Expedia.co.th, “ที่เที่ยวใน Livigno : ทำอะไรดี ที่เที่ยวไหนดี” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.expedia.co.th/Livigno.dx6055466> [1 สิงหาคม 2567]

Legal Challenges in the Concurrent Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law to the Conflict in the Southern Border of Thailand*

ข้อท้าทายทางกฎหมายในการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและ
กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ต่อสถานการณ์ความขัดแย้งในพื้นที่
จังหวัดชายแดนภาคใต้

Pimchanok Palasmith

พิมพ์ชนก ปาละสมิทธิ์

Legal Officer, Thai Red Cross Society

1871 Henry Dunant Road, Patumwan, Bangkok 10330

เจ้าหน้าที่กฎหมาย สภากาชาดไทย

เลขที่ 1871 ถนนอังรีดูนังต์ แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Corresponding author E-mail: ppalasmith@gmail.com

(Received: April 4, 2024; Revised: June 17, 2024; Accepted: August 16, 2024)

Abstract

The conflict in the Southern Border Provinces (SBPs) of Thailand has been classified as a Non-International Armed Conflict (NIAC) under International Humanitarian Law (IHL). This article reappraises the conflict classification based on situational developments, against the requisite criteria of intensity and organization. The ramifications of the concurrent application of IHL and IHRL to the conflict will then be discussed. It argues that the application of both regimes to this context poses a number of legal challenges to affected persons, i.e., the enjoyment of the right to life, the right to liberty and the right to an effective remedy. Not only does it unnecessarily compromise the protection afforded by IHRL, it adversely affects the conflict as well.

Keywords: Southern Borders Provinces of Thailand, International Humanitarian Law, International Human Rights Law, Non-International Armed Conflict, Internal Disturbances

* LL.B. (Hons.) Faculty of Law, Chulalongkorn University, (น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), Legal Officer, Thai Red Cross Society เจ้าหน้าที่กฎหมาย สภากาชาดไทย The author would like to extend her gratitude for the reviewers' comments on an earlier draft of this article. The opinions expressed herein are of the author alone and do not necessarily reflect those of the Thai Red Cross Society.

บทคัดย่อ

สถานการณ์ความขัดแย้งในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ของประเทศไทย เดิมถูกจัดเป็น การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ บทความ นี้มีจุดประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้มีการประเมินการจำแนกประเภทการขัดกันทางอาวุธดังกล่าวใหม่ โดยพิจารณาจากพัฒนาการของสถานการณ์ความรุนแรง ประกอบกับองค์ประกอบของการขัดกันทางอาวุธ ที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ กล่าวคือ เกณฑ์ความรุนแรงและเกณฑ์การจัดตั้งของกลุ่มติดอาวุธ

นอกจากนี้ บทความนี้จะวิเคราะห์ถึงผลกระทบจากการปรับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง ประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ต่อสถานการณ์ความขัดแย้งในพื้นที่จังหวัดชายแดน ภาคใต้ โดยนำเสนอว่าการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว ก่อให้เกิดข้อท้าทายทางกฎหมายใน การให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ได้รับผลกระทบ กล่าวคือ สิทธิในชีวิต, สิทธิในเสรีภาพและสิทธิที่จะได้ รับการเยียวยา ซึ่งข้อท้าทายเหล่านี้ส่งผลเป็นการลดทอนความคุ้มครองแก่บุคคลดังกล่าวภายใต้กฎหมาย สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รวมทั้งมีผลกระทบในเชิงลบต่อสถานการณ์ความขัดแย้ง

คำสำคัญ: พื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศ, การขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ, เหตุการณ์ความไม่สงบภายใน

1. Introduction

The conflict in the Southern Border Provinces (SBPs)¹ of Thailand has been ongoing for two decades, since the resurgence of violence in 2004. The majority residents in these provinces are Malay-Muslims. Little recognition, if not, repression of their ethnic minority identities led to the first major independence movement in the 1940s,² which was responded to by harsh State repression. In January 2004, coordinated armed operations occurred, followed by violent incidents at the Krue Se mosque and Tak Bai district.³ The Martial Law was imposed enables military officers to arrest and detain

¹ The Southern Border Provinces (SBPs) comprise of three provinces Narathiwat, Pattani and Yala, and the four south-eastern districts of Songkhla province: Chana, Na Thawi, Saba Yoi and Thepa.

² Jay Lamey, "Peace in Patani? The Prospect of a Settlement in Southern Thailand," [online] Available from : <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.5334/sta.bt> [29 December 2022]; See also Thanet Aphornsuvan, "Origins of Malay Muslim "Separatism" in Southern Thailand, (Asia Research Institute Working Paper No. 32, October 2004)," [online] Available from : https://ari.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2018/10/wps04_032.pdf [24 January 2025]

³ In April 2004, massacre of 32 alleged guerrillas was taken place at the historic Krue-Se mosque in Pattani. On the same day there were arson and violent attacks by groups of insurgents resulted in 108 fatalities. Later in October 2004, forceful confrontations between security forces and peaceful protesters at Tak Bai, Narathiwat resulted in death of total 85 persons from gunfire and suffocation during transportation to an army

suspects for interrogation without a court warrant.⁴ The Emergency Decree and the Internal Security Act were later enacted, granting overbroad power to security forces. The State repression continues with the intensification of violence and widespread human rights abuses by all sides.⁵

Armed violence has harmed people of all ethnic groups and religions. As of December 2024, more than 7,600 individuals have died and over 14,000 have suffered injuries, with civilians accounting for over half of the total casualties.⁶ Extra-judicial killings, detentions without trial and enforced disappearances, the culture of impunity and failure to investigate killings by any side properly,⁷ continue to foster injustice and frustration among local populations. The conflict has been classified as a Non-International Armed Conflict (NIAC), by commentators⁸ and the Rule of Law in Armed Conflicts (RULAC),

base.; See Final Report of the Independent Commission of Enquiry on the Krue Se Mosque Case, July 26, 2004; Srisompob Jitpiromsri, et al., “Special Issue: Quagmire of Violence in Thailand’s Southern Borderlands Chapter 1: Introduction”, in **Asian Affairs: An American Review**, 45, 2 (2018), p.43-55.

⁴ Section 15*bis* of Martial Law, B.E. 2457 (1914)

⁵ Amnesty International, “Thailand: Torture in the Southern Counter-Insurgency,” [online] Available from : <https://www.amnesty.org/en/documents/asa39/001/2009/en/> [10 August 2021]; Sunai Phasuk, “Southern Thailand Peace Efforts Should Promote Rights,” [online] Available from : www.hrw.org/news/2020/02/07/southern-thailand-peace-efforts-should-promote-rights [28 October 2020]

⁶ สถาบันวิจัยความขัดแย้งและความหลากหลายทางวัฒนธรรมภาคใต้ สถาบันสันติศึกษา (Center for Conflict Studies and Cultural Diversity (CSCD), Institute for Peace Studies), “สถิติสะสมเหตุการณ์ชายแดนใต้ (Summary of Incidents in Southern Thailand)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://cscd.psu.ac.th/th> [13 กุมภาพันธ์ 2568]; ศรีสมภาพ จิตรภิรมย์ศรี, “ฐานข้อมูลศูนย์เฝ้าระวังชายแดนใต้” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://deepsouthwatch.org/th/node/12816> [10 มกราคม 2565]; Human Rights Watch, “No One Is Safe Insurgent Attacks on Civilians in Thailand’s Southern Border Provinces,” [online] Available from : <https://www.hrw.org/report/2007/08/27/no-one-safe/insurgent-attacks-civilians-thailands-southern-border-provinces> [28 August 2007]

⁷ Duncan McCargo, “Thaksin and the Resurgence of Violence in the Thai South: Network Monarchy Strikes Back?”, in **Critical Asian Studies**, 38, 1 (2006), p.39-71; See also Neil J. Melvin, “Conflict in Southern Thailand: Islamism, Violence and the State in the Patani Insurgency”, in **Stockholm International Peace Research Institute**, (September 2007), p.28; See also ดอน ปาทาน และสุภัทลักษณ์ กาญจนขุนดี, **สันติภาพในเปลวเพลิง**, (เนชั่นบุ๊คส์, 2004), หน้า 15-313; See also Anyamanee Keawakho, “Without justice, little hope for peace by Vitit Muntarbhorn, Bangkok Post,” [online] Available from : <https://crcfthailand.org/2008/09/11/202/> [24 January 2025]

⁸ See e.g., Benjamin Zawacki, “Politically Inconvenient, Legally Correct: A Non-International Armed Conflict in Southern Thailand”, in **Journal of Conflict and Security Law**, 18, 1 (April 2013), p.151-179; Tirawat Pratumthong, “International Humanitarian Law and Legal Protection for Life and Body of Civilians in Armed Conflict Situations in the Southern Border Provinces”, in **Graduate Law Journal**, 16, 1 (2023), p.29; For organization threshold argument See Panitan Wattanayagorn, “Organized Movements and Violence in Thailand’s Southern Border Provinces: Push and Pull Factors, its Operations and Possible Solution”, in **Journal of Public Administrative and Politics**, 10, 2 (2021), p.80.

Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights.⁹ Although it was declassified briefly, owing to the stable decrease of violence during 2019-2021, before reclassification in 2022.¹⁰

Nevertheless, there are discernible developments that warrant reassessment, to determine the applicable international laws and consider their consequences. The next part reappraises factual circumstances on the grounds, against the constitutive elements of a NIAC under IHL. Legal challenges in the concurrent application of International Humanitarian Law (IHL) and International Human Rights Law (IHRL) to the conflict, will be discussed. It explores whether the parallel application of international laws and domestic legislations, provides multi-layered protection or undermines them. Finally, the article draws attention back to the law enforcement paradigm, to pave the way towards normalcy and the restoration of peace.

2. Conflict in the Southern Border of Thailand and IHL Applicability?

Although Article 3 common to the Four Geneva Conventions (Common Article 3), refers to ‘an armed conflict not of an international character’, IHL does not provide its definition. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY),¹¹ indicated constitutive elements of a NIAC as a ‘protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups, or between such groups within a State’.¹² The two criteria which are intensity of the violence and organization of the parties to the conflict, have to be objectively assessed from actual conduct on a case-by-case basis.¹³

⁹ The Rule of Law in Armed Conflicts (RULAC), Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, “Non-International Armed Conflict in Thailand,” [online] Available from : www.rulac.org/browse/conflicts/non-international-armed-conflict-in-thailand#collapse2accord [22 August 2022]

¹⁰ Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, “Renewed Fighting Prompts the Reclassification of a Non-International Armed Conflict in Southern Thailand,” [online] Available from : <https://www.geneva-academy.ch/news/detail/559-renewed-fighting-prompts-the-reclassification-of-a-non-international-armed-conflict-in-southern-thailand> [15 November 2023]

¹¹ The ICTY was established to prosecute individuals responsible for serious violations of IHL, committed after the breakup of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the 1990s.

¹² ICTY, Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 October 1995, Para 70.

¹³ ICTY, Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic, Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1 (Appeals Chamber),

2.1 Intensity

The minimum degree of the ‘intensity’ of the armed conflict must be distinguishable from internal disturbances, civil unrest or unorganized insurrections. The ICTY judgement stated that indicative factors for an armed conflict include ‘the number, duration and intensity of individual confrontations, etc.’¹⁴

The number of Incidents and casualties in the SBPs reached its peak in 2007 but has decreased steadily since 2013.¹⁵ There are predominantly one-sided attacks of a non-military nature i.e., assassinations, emplacement of improvised explosive devices (IEDs), ambushes, arson attacks, drive-by shootings, machete attacks, etc., to avoid direct confrontations.¹⁶ For instance, there were only 11 prolonged firefights between security forces and insurgents in 2022.¹⁷ The San Remo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict, indicates that NIACs are ‘armed confrontations’ occurring within the State.¹⁸

12 June 2002, Para 56; ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, Judgement, IT-03-66-T, 30 November 2005, Para 170; ICTY, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No ICTR-96-3, Judgement, 6 December 1999, Para 93.

¹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.*, Trial Chamber I (Judgment), Case No. IT-04-84-T, 3 April 2008, Para 49.

¹⁵ Srisompob Jitpiomsri, “The Deep South of Thailand: 15 Years in Fields of Open Conflict, Violence and Peace Narratives”, in *Asian International Studies Review*, 20, 1 (2019), p.79-108; ศรีสมภพ จิตร์ภิรมย์ศรี, “ฐานข้อมูลศูนย์เฝ้าระวังชายแดนใต้” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://deepsouthwatch.org/th/node/12816> [10 มกราคม 2565]; See also The Patani Working Group for Monitoring on International Mechanisms, Civil Society Assembly For Peace (CAP), The Federation of Patani Students and Youth (PerMAS) and Manushya Foundation, **Joint UPR Submission: Armed Conflicts & The Human Rights Situation in the Southern Border Provinces in Thailand, for the UN Universal Periodic Review of Thailand (3rd UPR Cycle)**, (39th Session of the UPR Working Group, 25 March 2021); สำนักข่าวอิศรา, “17 ปีไฟใต้...ความรุนแรงยังไม่จางหาย สารพัดเหตุร้ายผสมโรง” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : www.isranews.org/article/south-news/south-slide/94729-anniversary.html [5 มกราคม 2564]

¹⁶ Srisompob Jitpiomsri, “The Deep South of Thailand: 15 Years in Fields of Open Conflict, Violence and Peace Narratives”, in *Asian International Studies Review*, p.79-108; Human Rights Watch, “Thailand: Separatists Target Civilians for Attack,” [online] Available from : <https://www.hrw.org/news/2007/08/28/thailand-separatists-target-civilians-attack> [28 August 2007]; International Crisis Group, “Thailand: The Evolving Conflict in the South: Asia Report No. 241 - 11 December 2012,” p.5 [online] Available from : <https://www.crisisgroup.org/asia/south-east-asia/thailand/thailand-evolving-conflict-south> [24 January 2025]

¹⁷ Zachary Abuza, “In 2023, Expect More Violence in Thailand’s Insurgency-Hit Deep South,” [online] Available from : www.benarnews.org/english/commentaries/asean-security-watch/abuza-deep-south-outlook-01062023110624.html [6 January 2023]

¹⁸ International Institute of Humanitarian Law, “The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict With Commentary,” p.2 [online] Available from : <https://www.legal-tools.org/doc/ccf497/pdf> [24 January 2025]

The SBPs violent attacks rarely project mutual violence between the insurgents and military forces, to constitute direct hostilities. Even though, the State armed forces are employed to contain the situation along with the police forces. It is indicative rather than determinative of IHL applicability.¹⁹

Despite the fatal destructive capacity, armed confrontation between opposing parties is a quintessential precondition of a NIAC.²⁰ The International Criminal Court (ICC) Trial Chamber held that a NIAC exists, owing not only to its duration but also the volume of attacks.²¹ The BRN (Barisan Revolusi Nasional, National Revolution Front) the main separatist armed group in the SBPs, has demonstrated its ability to carry out coordinated armed operations.²² Amidst prolonged duration without mutual hostilities, these patterns of violence are arguably sporadic terrorist attacks. The Thai Government also claimed that the violence in the SBPs is intertwined with local criminal elements and attacks are limited to certain areas and sporadic in nature.²³ Moreover, the Emergency Decree that had been implemented across all 33 districts of the SBPs, was lifted in 16 districts, owing to a decrease of violence.²⁴

However, the protracted nature of intermittent violence in the SBPs cannot be categorically excluded from analysis. The ICTY trial chamber explained that although isolated acts of terrorism may not reach the threshold of an armed conflict. Protracted

¹⁹ ICTY, Prosecutor v. Boškoski, Case No. IT-04-82-T, 10 July 2008, Paras. 177-178.

²⁰ ICTY, Prosecutor v. Boškoski, Case No. IT-04-82-T, 10 July 2008, Paras. 187 and 190; See also Jann K. Kleffner, “The Legal Fog of an Illusion: Three Reflections on ‘Organization’ and ‘Intensity’ as Criteria for the Temporal Scope of the Law of Non-International Armed Conflict”, in *International Law Studies*, 95 (2019), p.169.

²¹ ICC, Prosecutor v. Katanga, Trial Chamber, ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, Paras. 1216-1218.

²² International Crisis Group, “Southern Thailand’s Stop-Start Peace Dialogue: Crisis Group Asia Briefing N°176, 25 May 2023,” [online] Available from : icg-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/2023-05/b176-southern-thailands-peace-dialogue.pdf [24 January 2025]; Mariyam Ahmad, “Coordinated bombings, arson attacks hit Thai south,” [online] Available from : <https://www.benarnews.org/english/news/thai/thai-deep-south-hit-bombings-arson-03222024053516.html> [22 March 2024]

²³ Thailand’s information and clarifications on the draft Amnesty International report on the situation in the Southern Border Provinces of Thailand. See Amnesty International, “Appendix II They Took Nothing but His Life,” [online] Available from : https://www.amnesty.or.th/files/5515/5497/4999/2011_southern_report_EN.pdf [24 January 2025]

²⁴ “ประกาศ เรื่อง การขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงในเขตท้องที่จังหวัดนราธิวาส ยกเว้น อำเภอยี่งอ อำเภอสุไหงโก-ลก อำเภอแว้ง และอำเภอสู้คริน จังหวัดปัตตานี ยกเว้นอำเภอยะหริ่ง อำเภอปะนาเระ อำเภอมายอ อำเภอไม้แก่น อำเภอทุ่งยางแดง อำเภอกะพ้อ และอำเภอแม่ลาน และจังหวัดยะลา ยกเว้นอำเภอเบตง อำเภอยะหา อำเภอรามัน อำเภอ กาบัง และอำเภอกรงปินัง,” *ราชกิจจานุเบกษา*, เล่มที่ 142 ตอนพิเศษที่ 12 ง, วันที่ 20 มกราคม 2568, หน้า 47-48.

terrorist acts, ‘are relevant to assessing the level of intensity, with regard to the existence of an armed conflict’.²⁵ Thereby repetition of one-sided armed attacks on a temporal continuum in the SBPs, can be accumulative of intensity assessment. Indeed, protracted armed violence need not be continuous or uninterrupted and ‘there does not have to be actual combat activities in a particular location, for the norms of international humanitarian law to be applicable’.²⁶

Moreover, the cessation of active hostilities may not equate the end of an armed conflict. Rather, it is the general close of armed operations, based on an overall assessment of the circumstances that marks its conclusion.²⁷ Ongoing armed activities of a hostile nature in the SBPs, can be considered as the continuation of the ‘protracted armed violence’. It may also be impossible to pinpoint the exact moment, when violence in the SBPs ends. Some scholars suggest that, as long as *some* hostilities continue, so does a NIAC.²⁸ The ICTY also held that, until the peace settlement is achieved, ‘there is no need for the Trial Chamber to explore the oscillating intensity of the armed conflict’.²⁹ Moreover, prematurely terminating an armed conflict can create a revolving door between IHL applicability and non-applicability, leading to a considerable degree of legal uncertainty and confusion.³⁰

2.2 Organization

As for the second criterion, an armed group involved in the conflict must be considered as a party to the conflict, for the purpose of Common Article 3. An armed group must exhibit a sufficient degree of organization and command structure, in order

²⁵ ICTY, Prosecutor v. Boskoski, Case No. IT-04-82-T, Judgement (Trial Chamber), 10 July 2008, Para. 190.

²⁶ ICTY, Prosecutor v. Zejnil Delalić, IT-96-21-T, Judgement (Trial Chamber), 16 November 1998, Para. 185; ICC, Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, 21 March 2016, Para. 140.

²⁷ The International Committee of the Red Cross, **International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts**, (32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent at Geneva Switzerland, 8-10 December 2015), p.10-11.

²⁸ Sandesh Sivakumaran, **The Law of Non-International Armed Conflict**, (Oxford: Oxford University Press, 2012), p.252-254; See also Julia Grignon, “The “General Close of Military Operations” as the Benchmark for the Declassification of Armed Conflicts and the End of the Applicability of International Humanitarian Law”, in **The Canadian Yearbook of International Law**, 59 (2021), p.101.

²⁹ ICTY, Prosecutor v. Haradinaj et al., Case No. IT-04-84-T, Judgment (Trial Chamber), 3 April 2008, Para. 100.

³⁰ ICTY, Prosecutor v. Gotovina, Case No. IT-06-90-T, Judgment (Trial Chamber), 15 April 2011, Para. 1694.

to sustain military operations and to implement IHL.³¹ For instance, in 2011 the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic stated that, despite the deaths of nearly 4,000 civilians and the widespread military operations in Syria. They were unable to verify a sufficient degree of the intensity and organization of the FSA, as to warrant the existence of a NIAC and the application of IHL, until 2012.³²

The BRN's organizational structure and its unified strategic attacks were previously established.³³ However, its ability to plan and coordinate military operations, to maintain the continuum of the violence, has arguably become less pronounced.³⁴ Despite its organized structure, the lower-level leadership is rather loose and the village-based cells are autonomously operational.³⁵ Within the BRN's decentralized chain of command, it is also unclear whether the BRN leaders exercise *de facto* authority over these militants,³⁶ or whether there is a responsible command mechanism. Indeed, the semi-organized group whose members sporadically participate in hostilities, with little guidance from the leadership, should not be considered as an organized armed group.³⁷

³¹ ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Judgment (Trial Chamber), 14 March 2012, Para. 536; ICTY, Prosecutor v. Limaj, Judgement, Para. 90, 94-134; ICTY, Prosecutor v. Haradinaj et al, Trial Judgement, 3 April 2008, Case No. IT-04-84-T, Para. 60; See also International Committee of the Red Cross, "How Is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?: Opinion paper - March 2008," [online] Available from : <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf> [24 January 2025]

³² The Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, UN Doc A/HRC/S-17/2/Add.1, 23 November 2011, at Paras. 97-99; See also Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/21/50, 15 August 2012.

³³ Sascha Helbardt. **Deciphering Southern Thailand's violence: organization and insurgent practices of BRN-Coordinate**. Doctoral dissertation, Faculty of Philosophy, University of Passau, 2011 ; p.24-69.

³⁴ Zachary Abuza, "The Ongoing Insurgency in Southern Thailand: Trends in Violence, Counterinsurgency Operations, and the Impact of National Politics," [online] Available from : <https://inss.ndu.edu/Portals/68/Documents/stratperspective/inss/Strategic-Perspectives-6.pdf> [24 January 2025]

³⁵ Zachary Abuza, **Conspiracy of Silence the Insurgency in Southern Thailand**, (United States Institutes of Peace Press, 2009), p.118-120; See also Duncan McCargo, **Tearing Apart the Land: Islam and Legitimacy in Southern Thailand**, (Cornell University Press, 2008), p.174-175; Joseph Chinyong Liow and Don Pathan, **Confronting Ghosts Thailand's Shapeless Southern Insurgency**, (Lowy Institute for International Policy, 2010), p.16, 90, 93.

³⁶ Don Pathan, "Conflict Management and Resolution in Asia: The Role of Civil Societies in Thailand's Deep South," [online] Available from : https://peaceresourcecollaborative.org/wp-content/uploads/2020/01/Don-Pathan-OP18_Conflict-Deep-South-Thailand.pdf [18 October 2012]; See also Joseph Chinyong Liow and Don Pathan, **Confronting Ghosts Thailand's Shapeless Southern Insurgency**, p.17-18.

³⁷ Gloria Gaggioli and Pavle Kilibarda, "Counterterrorism and the Risk of over-Classification of Situations

It should be emphasized that without the organization of an armed group, irrespective of the high level of violence, a NIAC cannot be established.³⁸

Nonetheless, the group's ability to implement agreements such as periodic ceasefires during Ramadan or the Deed of Commitment under Geneva Call for the Protection of Children from the Effects of Armed Conflict,³⁹ can imply its internal command structure. Even so, factions between the BRN's political and military wings, have raised concerns over the insurgent group's ability to speak with one voice.⁴⁰ After the Thai government and the BRN agreed to seek solutions in accordance with the Thai constitution, which proscribes separatism. The group's military wing signaled its disapproval, by escalating its insurgent operations.⁴¹

Indeed, the necessary level of organization of the armed group needs not be high, to the same extent as the State armed forces. Defects in its structure and hierarchy should not obstruct the application of IHL to the situation as a whole, so long as it is capable of IHL compliance.⁴² Due to the BRN's hyper-secrecy nature, the organizational structure or disciplinary system (if any) may not be clearly recognized. Besides, the structural or operational factors of the armed group are neither cumulative nor determinative requirements, for the organizational threshold.⁴³

of Violence", in **International Review of the Red Cross**, 103, 916-917 (2021), p.203-236, 214; Noam Lubell, "The War (?) against Al-Qaeda," in **International Law and the Classification of Conflicts**, ed E. Wilmschurst (Oxford University Press, 2012), p.24-25.

³⁸ Jelena Pejic, "The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye", in **International Review of the Red Cross**, 93, 81 (March 2011), p.4.

³⁹ Geneva Call, "Deed of Commitment under Geneva Call for the Protection of Children from the Effects of Armed Conflict," [online] Available from : http://theirwords.org/media/transfer/doc/doc_brn_children_english-bcfab04b9b7e0d829b228ca02dde95f2.pdf [24 January 2025]

⁴⁰ Srisompob Jitpiromsri, et al., "Special Issue: Quagmire of Violence in Thailand's Southern Borderlands Chapter 1: Introduction", in **Asian Affairs: An American Review**, p.43-55; See also Hadi Azmi, "Can Thai Separatists and Bangkok Agree on Peace in Talks Brokered by Malaysia?," [online] Available from : <https://www.scmp.com/week-asia/explained/article/3162267/can-thai-separatists-and-bangkok-agree-peace-talks-brokered> [11 January 2022]

⁴¹ International Crisis Group, "Southern Thailand's Stop-Start Peace Dialogue: Crisis Group Asia Briefing N°176, 25 May 2023," [online] Available from : icg-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/2023-05/b176-southern-thailands-peace-dialogue.pdf [24 January 2025]

⁴² ICTY, Prosecutor v. Naser Oric (Trial Judgment), IT-03-68-T, 30 June 2006, Para. 254; See also Peter Margulies, "Networks in Non-International Armed Conflicts: Crossing Borders and Defining 'Organized Armed Group'", in **International Law Studies**, 89, 54 (2013), p.63.

⁴³ ICTY, Prosecutor v. Boškoski, IT-04-82-T, 10 July 2008, Para. 193; ICTY, Prosecutor v. Limaj, Judgment, Para. 89, 132; ICTY, Prosecutor v. Haradinaj, et al., Case No. IT-04-84-T, Judgment (Trial Chamber), 3 April 2008, Para. 69, 89; See also Rogier Bartels, "The Organisational Requirement for the Threshold of Non-

2.3 IHL Applicability to the SBPs Conflict?

Providing that, A NIAC is established based on the two objective criteria, logically when each criterion factually falls below the constitutive threshold, a NIAC ceases to exist.⁴⁴ However, the ICTY and the ICC held that a NIAC ends when ‘a peaceful settlement is achieved’, not the gradual disappearance of its constitutive elements.⁴⁵ According to the ICRC, a NIAC ends, if there is ‘a lasting cessation of armed confrontations, without real risk of resumption’.⁴⁶ It is when the fighting declines, up until the point that it dissipates entirely.⁴⁷ However, this approach is either a retrospective assessment for securing the court jurisdiction or to avoid uncertainty in IHL protection. In this context, despite the persistence of sporadic violence, there is a lack of armed confrontations and factual circumstances on the ground are relatively stable. This raises the question of whether consideration of military necessity, a cardinal principle of IHL, is still relevant. Over-classification and applying IHL to circumstances not amounting to an armed conflict, pose risks and are unnecessary.

International Armed Conflict Applied to the Syrian Opposition,” [online] Available from : <https://www.armedgroups-internationallaw.org/2012/08/09/the-organisational-requirement-for-the-threshold-of-non-international-armed-conflict-applied-to-the-syrian-opposition/> [9 August 2012]

⁴⁴ Rogier Bartels, “From Jus In Bello to Jus Post Bellum: When Do Non-International Armed Conflicts End?,” in **JUS Post Bellum: Mapping the Normative Foundations**, eds. Carsten Stahn et al. (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2014), p.297-314; Rogier Bartels, “Temporal Scope of Application of IHL: When Do Non-International Armed Conflicts End? Part 2,” [online] Available from : <http://opiniojuris.org/2014/02/19/guest-post-bartels-temporal-scope-application-ihl-non-international-armed-conflicts-end-part-2/> [19 February 2014]; Gabriella Venturini, “IHL Obligations that Survive an Armed Conflict: the Legal Framework,” in **Respecting International Humanitarian Law: Challenges and Responses**, eds. Michel Veuthey and Gian Beruto, (International Institute of Humanitarian Law, 2013), p.182; Marko Milanovic, “The End of Application of International Humanitarian Law”, in **International Review of the Red Cross**, 96, (2014), p.178–181; See also on the degradation of the organization of non-State actors bringing the end of a NIAC. Tilman Rodenhäuser, **Organizing Rebellion: Non-State Armed Groups under International Humanitarian Law, Human Rights Law, and International Criminal Law**, (Oxford University Press, 2018), p.108-110.

⁴⁵ ICTY, Prosecutor v Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj, Trial Chamber I, Judgment, 3 April 2008, Case No IT-04-84-T at Para. 100; ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, Para. 548; ICC, Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, 21 March 2016, Para. 141; Marco Sassòli, **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**, (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2019), p.191.

⁴⁶ ICRC, Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd ed., Geneva, 2016, Para. 491.

⁴⁷ Sandesh Sivakumaran, **The Law of Non-International Armed Conflict**, p.253.

However, there is no determinative authority to endorse the SBPs conflict classifications, leaving it open to debate. Indeed, it is highly contentious how long the cessation of hostilities needs to last, for a NIAC to be considered concluded. Besides, there is no evidence of the dismantling of the armed group. Reluctantly, the Thai government acknowledges its existence through its representatives in peace dialogues.

Determination of the existence of a NIAC, will not be free from subjectivity and is influenced by diverging considerations, adopted by various actors.⁴⁸ Despite the positive developments discussed above, the conclusion of hostilities is not of complete certainty. Even so, it necessitates a thorough factual and legal assessment, to ensure appropriate humanitarian protection. The next section discusses legal challenges in the concurrent application of IHRL and IHL (if applicable) to the SBPs conflict.

3. Legal Challenges in the Concurrent Application of IHL and IHRL.

Given that the SBPs conflict continues to be classified as a NIAC, IHL and IHRL are applicable, as established in international jurisprudence,⁴⁹ UN mechanisms⁵⁰ and extensive legal literature.⁵¹ It was suggested that the relationship between the IHL and IHRL is

⁴⁸ Marko Milanovic, “The End of Application of International Humanitarian Law”, in **International Review of the Red Cross**, p.181; Jann K. Kleffner, “The Legal Fog of an Illusion: Three Reflections on ‘Organization’ and ‘Intensity’ as Criteria for the Temporal Scope of the Law of Non-International Armed Conflict”, in **International Law Studies**, p.178.

⁴⁹ ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 July 1996, Para. 25; ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 July 2004, Para. 106; ICJ, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda), 19 December 2005, Paras. 216-217.

⁵⁰ Human Rights Committee, *Sarma v Sri Lanka*, CCPR/C/78/D/950/2000, 31 July 2003; Human Rights Committee, Concluding Observations: Democratic Republic of the Congo, CCPR/C/COD/CO/3, 26 April 2006 (generally applying the ICCPR in non-international armed conflicts); Human Rights Committee, General Comment No. 29: States of Emergency (Article 4), Para. 3, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (July 24, 2001); Human Rights Committee, General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant Adopted on 29 March 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Para. 11.

⁵¹ Marco Sassòli and Laura Olson, “The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts”, in **International Review of the Red Cross**, 90, 871 (2008), p.599-627, 615; See also William Schabas, “Lex specialis? Belt and suspenders? The parallel operation of human rights law and the law of armed conflict, and the conundrum of jus ad bellum”, in **Israel Law Review**, 40 (2007), p.592-613, 597; Kenneth Watkin, “Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict”, in **American Journal of International Law**, 98, 1 (2004), p.25; J Cerone, “Jurisdiction and Power: The Intersection of Human Rights Law &

governed by the *lex specialis* principle.⁵² The UN Special Rapporteur on extrajudicial, summary, or arbitrary executions, also acknowledged that the existence of the international legal framework governing the conduct of hostilities in NIAC, limits the full effect of human rights.⁵³ However, IHL should not always be held as more specific. The total displacement of IHRL as an entire regime, instead of the relevant norms, poses significant risks.⁵⁴ This could allow States to exploit more permissive rules of IHL on the sole basis of national security. Rather, its simultaneous application is supposed to coordinate the two levels of protection.⁵⁵ However, the extent to which the two regimes operate and regulate a NIAC is vague.

Thailand is bound by its international human rights obligations e.g., the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) in its entirety, for the absence of derogation. If the SBPs conflict is a NIAC, it will be regulated by Common Article 3 and customary IHL. As Thailand is not a party to the Protocol Additional to the Geneva Conventions, relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts 1977 (Additional Protocol II). Moreover, Thailand adopts a dualist approach, which requires implementing legislation to incorporate international treaties into national law. There is a domestic implementation of the Third Geneva Convention on Prisoners of War 1949, yet excludes the provision of Common Article 3.⁵⁶ There are relevant criminal law

The Law of Non-International Armed Conflict in an Extraterritorial Context”, in **Israel Law Review**, 40 (2007), p.396, 401.

⁵² ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 July 1996, Para. 64; Sean Aughey and Aurel Sari, “Targeting and Detention in Non-International Armed Conflict: Serdar Mohammed and the Limits of Human Rights Convergence”, in **International Law Studies**, 91 (February 2015), p.60-118.

⁵³ Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, UN Doc.A/68/382, 13 September 2013, Para. 52.

⁵⁴ Noam Lubell, “Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict”, in **International Review of the Red Cross**, 87 (2005), p.737; Marko Milanovic, “Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law,” in **Human Rights and International Humanitarian Law, Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. XIX/1**, ed. Orna Ben-Naftali (Oxford University Press, 2010), p.5-8.

⁵⁵ Gloria G. Gaggioli and Robert Kolb, “A Right to Life in Armed Conflicts? : the Contribution of the European Court of Human Rights”, in **Israel Yearbook on Human Rights**, 37 (2007), p.115-163; See also Françoise J. Hampson, “The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law from the Perspective of a Human Rights Treaty Body”, in **International Review of the Red Cross**, 90, 871 (September 2008), p.549-572.

⁵⁶ “พระราชบัญญัติบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ลงวันที่ 12 สิงหาคม พ.ศ. 2492 พ.ศ. 2489,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 72 ตอนที่ 83, วันที่ 18 ตุลาคม 2498, หน้า 1443, (Implementation of the Geneva Convention on the Treatment of Prisoners of War 1949 Act, B.E. 2498)

provisions but the extent to which, Common Article 3 and customary IHL, will be implemented, remains to be settled.

3.1 *The Right to Life and Targeted Killings*

In NIACs, it is vital to define the scope of the human right to life i.e., when an individual may be lethally targeted. According to the ICJ's advisory opinion, it is prohibited to arbitrarily deprive someone of their life but IHL as the *lex specialis*, will define what constitutes an arbitrary deprivation of life.⁵⁷ In IHL, civilians who do not take a direct part in hostility, are protected against direct attack. People who do so, on a merely spontaneous, sporadic, or unorganized basis, are targetable only for the time being. Once cease their direct participation in hostility, their underlying immunity from an attack is restored. While members of a non-State armed group are targetable, based on their 'continuous combat function'.⁵⁸

In operational terms, it is indistinguishable between a person taking a direct part in hostilities and a member of an organized armed group, whose 'continuous combat function', is also determined by direct participation in hostilities.⁵⁹ Therefore, a person who either for such time directly participates in hostilities or has a function within the armed groups, that constitutes direct participation in the hostilities, can be lethally targeted. Whereas members of the State armed forces can be lawfully targeted at all times. Are military personnel's rights to life, discriminately deprived of?

This proposition is impractical and unbalanced towards the members of State armed forces, who are considered its members, regardless of their non-combat function.⁶⁰

⁵⁷ ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 July 1996, Para. 64.

⁵⁸ Nils Melzer, "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law", in **International Committee of the Red Cross**, (May 2009), p.33, 71; See also Rogier Bartels, "When Do Terrorist Organisations Qualify as 'Parties to an Armed Conflict' Under International Humanitarian Law?," [online] Available from : <https://doi.org/10.2139/ssrn.3209305> [28 January 2023]

⁵⁹ Michael N. Schmitt, "International Humanitarian Law and the Targeting of Non-State Intelligence Personnel and Objects", in **Duke Journal of Comparative & International Law**, 30, 309 (2020), p.338; See also Kenneth Watkin, "Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance", in **International Law and Politics**, 42 (2010), p.641.

⁶⁰ Droege Cordula, "Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law", in **International Review of the Red Cross**, 90 (2008), p.501, 527; Michael N. Schmitt, "The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis", in **Harvard National Security Journal**, 1 (2010), p.5, 22-24.

The ICRC Commentary on the Additional Protocol II also provides that ‘[t]hose belonging to armed forces or armed groups may be attacked at any time.’⁶¹ Thus, insurgents and military personnel are legitimate targets, unless placed *hors de combat*, on the basis of their status alone, irrespective of whether they pose an imminent threat. These divergent views on what constitutes direct participation in hostilities and who may be lethally targeted in hostilities (function or status-based), vastly weaken civilians’ protection.

In the SPBs, compliance with the principle of distinction and verification of a legitimate target is not straightforward. Particularly when insurgents intermingle with local villagers and participate in part-time guerrilla activities.⁶² Owing to the dissident group’s security concerns, they are loosely affiliated and do not expressly distinguish themselves from civilians. The fluid nature of membership and lack of objectively identifiable criteria, grants State officials a significant degree of discretion, in determining legitimate targets. Consequently, innocent civilians, e.g., young Malay-Muslim men, are often mistakenly attacked. Even though a person’s alleged membership in particular ethnic or religious groups, should not be considered as representing a threat to national security and be targeted accordingly.

Under IHL, a person who directly takes part in hostility may be subjected to lethal force, without a prior attempt to arrest or detain. Even though it has been argued that, IHL is ‘far from giving the right to kill’.⁶³ Lethally targeting legitimate targets under IHL, is lawful. This might provide justification for counterinsurgency operations in the SBPs, which often end with security forces killing suspects.⁶⁴ Indeed, insurgence always constitutes a crime under domestic law and should be handled by criminal procedure, not extra-judicial executions.

⁶¹ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, ICRC, Geneva, 1987, Para. 4789.

⁶² Sascha Helbardt, “Anatomy of Southern Thailand’s Insurgency: Some Preliminary Insights,” [online] Available from : <https://www.newmandala.org/wp-content/uploads/2010/01/Anatomy-of-Southern-Thailand-TAIS-Insurgency.pdf> [3 February 2025]

⁶³ G.Gaggioli, *L’influence mutuelle entre les droits de l’homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, (Editions A. Pedone, 2013), p.252.

⁶⁴ International Crisis Group, “Southern Thailand’s Stop-Start Peace Dialogue: Crisis Group Asia Briefing N°176, 25 May 2023,” [online] Available from : icg-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/2023-05/b176-southern-thailands-peace-dialogue.pdf [3 February 2025]

In IHRL paradigm, everyone is entitled to the human right to life without distinction. Deliberate killings are only allowed, if they are in defence of an immediate threat, that is absolutely necessary.⁶⁵ IHRL deems it is disproportionate for the officials to have recourse to lethal force, not as a last resort when capture is feasible. For instance, the Israeli Supreme Court held that, in a preventive strike against terrorists, in the context of an armed conflict, ‘A civilian taking direct part in hostilities, may not be targeted such time as he is doing so, if a less harmful means can be employed’.⁶⁶

Moreover, the proportionality principle in IHL acknowledges collateral damage to civilians, albeit must be spared. If such losses are not excessive, compared to the direct military advantage anticipated, it is a lawful conduct of hostility.⁶⁷ Such calculated effect is obviously illegitimate under IHRL, unless can be justified in a highly exceptional case i.e., absolute necessity.⁶⁸ Despite its protective regime, by the virtue of military necessity, IHL authorizes the deprivation of life as well.

To a large extent, violent attacks in the SPBs conflict, e.g., bombings, arsons or ambushes, occurred during non-active hostilities. Separate crimes should be distinguished from armed conflict and be subject to the rules of law enforcement, not IHL.⁶⁹ Particularly when the government has exercised sufficient control over the SBPs and the law enforcement operations are practicable. In this context, it was suggested that IHRL should prevail over IHL as *lex specialis* and IHL must be interpreted within the framework of IHRL.⁷⁰ This would prohibit status-based targeting or direct recourse to lethal force, when the individual could have been detained without unreasonable risk.

⁶⁵ United Nations Basic Principles on the use of force and firearms by law enforcement officials, 1990, Art. 9; See also Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Philip Alston), ‘Study on targeted killings’ A/HRC/14/24/Add.6, (28 May 2010), Para. 11.

⁶⁶ Public Committee against Torture et al v Government of Israel et al, 13 December 2006, Para. 40.

⁶⁷ Article 51(5)(b) of AP I

⁶⁸ Ahmet Özkan and others v. Turkey, App no. 21689/93, ECtHR [6 April 2004], Para. 305-306.

⁶⁹ ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić IT-94-1-T, (7 May 1997) [Judgement] Para. 562.

⁷⁰ D. Murray, “Relationship between international human rights law and the law of armed conflict,” in **Practitioners’ Guide to Human Rights Law in Armed Conflict**, eds D. Akande, C. Garraway, F. Hampson, N. Lubell, and E. Wilmshurst (Oxford: Oxford University Press, 2016), p.90-91; Marco Sassòli and Laura M. Olson, “The Relationship between International Humanitarian and Human Rights Law Where It Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts”, in **International Review of the Red Cross**, 90, 871 (September 2008), p.599-627; United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, “International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict,” p.63 [online] Available from : https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict.pdf [3 February 2025]

The deployment of military units in the SBPs neither alters the operation of the law enforcement paradigm, nor necessarily implies that it is not applicable.⁷¹ Moreover, even if IHL is applicable, it is not the more appropriate legal system. For instance, the UK High Court decision ruled that, even though deployed in the NATO operations, the shootings that were not in a combat situation, or an act of self-defence against an immediate threat. The soldiers owed a duty of care and the use of force must be approached as a last resort.⁷² In the Occupied Palestinian Territory, targeting individuals during a demonstration occurring during an armed conflict, based purely on their membership in an armed group, is also prohibited.⁷³

From an operational perspective, this proposal Arguably disregards the State security and debilitates the efficacy of military operations, to defeat an opponent.⁷⁴ However, in the SBPs context, such population is not an adversary to be defeated. Rather they are stakeholders, who should be capable of envisioning co-habiting in the community. Violence in the SBPs can and should be contained by the law enforcement measures. The application of IHL imposes unnecessary risks to civilians, disguises summary executions that foster retaliation and perpetuate vicious cycle of violence.

3.2 The Right to Liberty and Security Detention

The substance and binding character of NIAC internment regime is contentious. Conventional IHL neither contains the legal basis for internment in NIAC, its modalities nor termination.⁷⁵ Arguably, an inherent power and a legal basis to detain in NIAC for

⁷¹ Yoram Dinstein, "Concluding Remarks on Non-International Armed Conflicts", in **International Law Studies, U.S Naval War College**, 88 (2012), p.403.

⁷² The High Court of Justice of England and Wales, *Mohamet Bici Skender v Ministry of Defence*, 2004 EWHC 786(QB)

⁷³ Report of the detailed findings of the independent international Commission of inquiry on the protests in the Occupied Palestinian Territory (18 March 2019) A/HRC/40/CRP.2, Para. 106.

⁷⁴ Geoffrey S. Corn, "Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict", in **Journal of International Humanitarian Legal Studies**, (November 2009), p.1-51.

⁷⁵ Lawrence Hill-Cawthorne, **International Law and the Procedural Regulation of Internment in Non-International Armed Conflict**, (Oxford University, 2014), p.78-120; Els Debuf, **Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict**, (Editions Pedone/Hart, 2013), p.470; See also Pavle Kilibarda and Gloria Gaggioli, "Detention of Suspected Terrorists in Connection with Armed Conflict: A Focus on Release and Repatriation", in **Prisoners of War in Contemporary Conflict**, eds. Michael N. Schmitt and Christopher J. Koschnitzky (Oxford University Press, 2023)

‘imperative security reasons’, exists in custom.⁷⁶ However, the British High Court of Justice held that IHL does not confer a legal basis for detention in NIACs.⁷⁷ State practices also generally rely neither on customary nor IHL treaties but on domestic law, for providing a legal basis to intern in NIACs.⁷⁸ The Human Rights Committee’s jurisprudence also consistently applies Article 9 to detentions in NIACs.⁷⁹ Thus, the State’s human rights obligations remain intact.

The legal basis for internment can be found in Thai security legislation. The Martial Law enables the military to detain a person without charge, if there is a reasonable ground to suspect him/her.⁸⁰ The Emergency Decree also prescribes sweeping grounds for arrest and security detention e.g., suspected of being an accomplice, a perpetrator, an instigator or a supporter of an incident.⁸¹ Under these provisions, the detaining authorities are exempted from providing reasonable evidence, as would normally be required to issue an arrest warrant.⁸² It is controversial whether these legislations conform to the principle of legality and proportionality, according to IHRL. Even though customary IHL considers that arbitrary deprivation of civilians or persons *hors de combat*, is not

⁷⁶ ICRC, Commentary to the Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in the Armed Force in the Field, Para. 728 (2d ed. 2016); ICRC, Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges, Opinion Paper, November 2014.

⁷⁷ The High Court of Justice of England and Wales (EWHC), *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, [2014] EWHC 1369 (QB), 2 May 2014, Paras. 243, 287.

⁷⁸ UN Commission on Human Rights, ‘Report of the Working Group on Involuntary or Enforced Disappearances: Mission to Nepal’, E/CN.4/2005/65/Add.1 (28 January 2005) Para. 45; Harold Hongju Koh, Legal Adviser, U.S. Department of State, “Remarks at the Annual Meeting of the American Society of International Law: The Obama Administration and International Law,” [online] Available from : <https://2009-2017.State.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm> [25 March 2010]; See also “Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: Geneva 1974-1977 - Vol.VII,” p.333 [online] Available from : https://tile.loc.gov/storage-services/service/lv/lmlp/RC-records_Vol-7/RC-records_Vol-7.pdf [3 February 2025]; Gabor Rona, “Is There a Way Out of the Non-International Armed Conflict Detention Dilemma?”, in *International Law Studies*, 91 (2015), p.37-42.

⁷⁹ U.N. Human Rights Committee, General Comment No. 35: Article 9 (Liberty and Security of Person), Para. 15, U.N.Doc. CCPR/GC/35 (16 December 2014); Human Rights Committee, ‘Concluding Observations: Sri Lanka’, CCPR/CO/79/LKA, 1 December 2003, Para. 13; Human Rights Committee, Concluding Observations: United Kingdom, CCPR/C/GBR/CO/6, 30 July 2008, Para. 14.

⁸⁰ Section 15*bis* of Martial Law, B.E. 2457 (1914)

⁸¹ Section 11(1) of Emergency Decree on Public Administration in Emergency Situations, B.E. 2548 (2005)

⁸² Section 66 of The Criminal Procedure Code

compatible with the principle of humane treatment in Common Article 3.⁸³ IHL as *lex specialis* modifies IHRL standard, in determining the arbitrariness of the detention, to take account of the existence of a NIAC.⁸⁴ To some extent, IHL legitimizes the implementation of security laws based solely on national security, which undermines the human right to liberty and security of persons.

Regarding procedural requirements, although Common Article 3 provides a safeguard on the right to a fair trial, the degree to which it regulates internment is limited e.g., without *habeas corpus*.⁸⁵ The UN human rights bodies held that '[t]he right to bring proceedings before a court to challenge the lawfulness of detention ... is not derogable under international law and is not restricted even in times of armed conflict or public emergency'.⁸⁶ The obligation to bring an arrested person promptly before a judge, requires that the delay must not exceed a few days.⁸⁷ However, the Martial law authorizes security detention for up to 7 days without a judicial warrant.⁸⁸ The Emergency Decree also permits an arrest without charge and internment for an additional maximum of 30 days, without trial. During this period (37 days in total), a suspect must be detained in designated places, other than the official detention facilities.⁸⁹ These provisions are silent on an internee's access to legal counsel and *habeas corpus*. Normal criminal procedure would be applicable, only to detention beyond this point.

⁸³ J-M Henckaerts and L Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules**, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p.344 (Rule 99)

⁸⁴ UN Commission on Human Rights, 'Situation of Detainees at Guantanamo Bay', E/CN.4/2006/120, 27 February 2006, Para. 19; See also ICRC, "Expert Meeting on Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflict: Chatham House & ICRC, London, 22-23 September 2008," [online] Available from : www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/security-detention-chatham-icrc-report-091209.pdf [3 February 2025]

⁸⁵ Gloria Gaggioli and Pavle Kilibarda, "Counterterrorism and the Risk of over-Classification of Situations of Violence", in **International Review of the Red Cross**, p.203-236.

⁸⁶ Human Rights Committee, General Comment No 29, Para. 11; Human Rights Committee, 'Concluding Observations: United States of America', CCPR/C/USA/CO/3, 15 September 2006, Para. 18; Human Rights Committee, "General Comment No. 35, Article 9: Liberty and security of person, Para. 67; See also Report of the Working Group on Arbitrary Detention, 'United Nations Basic Principles and Guidelines on the right of anyone deprived of their liberty to bring proceedings before a court' WGAD/CRP.1/2015, (4 May 2015), Paras. 22-23; Human Rights Committee, 'Concluding Observations: Israel' CCPR/CO/78/ISR, 21 August 2003, Paras. 12-13; Human Rights Committee, 'Concluding Observations: Israel' CCPR/C/ISR/CO/3, 3 September 2010, Para. 7.

⁸⁷ Human Rights Committee, General Comment No. 8, Right to liberty and security of person, 30 June 1982.

⁸⁸ Section 15*bis* of Martial Law, B.E. 2457 (1914)

⁸⁹ Section 12 of Emergency Decree on Public Administration in Emergency Situations, B.E. 2548 (2005)

Furthermore, juvenile justice procedures, i.e., assistance by a multi-disciplinary team,⁹⁰ a child must be brought to the juvenile court within 24 hours of arrest,⁹¹ recourse to detention as a measure of last resort,⁹² etc., are overruled by security laws. The displacement of normal criminal procedure could result in *incommunicado* detention. Without proper judicial review, internees are significantly susceptible to torture or other ill-treatment. However, these restrictions of the right to liberty may be justified from the perspective of IHL, where it may not be practicable to apply human rights guarantees, to those interned for ‘imperative reasons of security’.⁹³

As for release, IHL permits internment for so long as there is justification necessitated by armed conflict. Although the longer the internment period, the more stringent the necessity test will be. As discussed above, it is difficult to determine the end of hostilities in the SBPs. Consequently, the State can perceive insurgency as a security threat which justifies the internment of the armed group’s members, for an overly excessive period.

Despite the equal application of IHL to all parties to the conflict, there is no available report of internment by the BRN. Besides, it does not exert governmental functions or control over any part of the territory, so as to give rise to its human rights obligations.⁹⁴ Therefore, internment by a non-State armed group in the SBPs, will not be discussed.

⁹⁰ Section 13*bis* of The Criminal Procedure Code

⁹¹ Section 72 of Juvenile and Family Court and Procedure Act B.E. 2553 (2010)

⁹² Section 74 of Juvenile and Family Court and Procedure Act B.E. 2553 (2010)

⁹³ Sean Aughey and Aurel Sari, “Targeting and Detention in Non-International Armed Conflict: Serdar Mohammed and the Limits of Human Rights Convergence”, in **International Law Studies**, p.60.

⁹⁴ Human Rights Council, ‘Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic’, UN Doc A/HRC/21/50, 16 August 2012, 47, Annex II [10]; UN Commission on Human Rights, ‘Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions: Report of the Special Rapporteur, Philip Alston’, E/CN.4/2005/7, 22 December 2004, Para. 76; See also Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, “Rules of Engagement Protecting Civilians through Dialogue with Armed Non-State Actors,” [online] Available from : <https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Research%20documents/Rules-of-Engagement-EN.pdf> [3 February 2025]; See Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya’, UN Human Rights Council, UN Doc A/HRC/17/44, 1 June 2011, Para. 72; Andrew Clapham, “The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement,” [online] Available from : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569636 [17 March 2010]

The State administration and judicial system in the SBPs has not been disrupted. There are alternative measures e.g., criminal procedure to effectively address security threats. IHL should not be invoked to justify the impairment of IHRL detention safeguards. Instead, in a NIAC the government is expected to ensure human rights guarantees to all conflict-related detainees.⁹⁵ For instance, the Israeli Supreme Court held that it is ‘particularly practical under the conditions of belligerent occupation, where the arrest, investigation, and trial are at times realizable possibilities’.⁹⁶

3.3 The Right to an Effective Remedy and the State’s Obligation to Investigate

Under IHRL, the duty of the State to investigate every alleged violation of the right to life by State authorities is inherent to the right to life, which is non-derogable.⁹⁷ The obligation to investigate is also attached to a State’s positive obligation, to respect and ensure respect for IHL and IHRL.⁹⁸ In international armed conflict, IHL imposes an obligation to investigate and prosecute allegations of grave breaches⁹⁹ and death in custody.¹⁰⁰ Although there is no equivalent provision in NIAC, the obligation to investigate war crimes, is regarded as customary IHL applicable in all armed conflicts.¹⁰¹ However, only a credible allegation or reasonable suspicion of war crime, e.g., willful killing of protected persons, obliges the State to open a criminal investigation.¹⁰² Death resulting

⁹⁵ Tilman Rodenhäuser, “Strengthening IHL protecting persons deprived of their liberty: Main aspects of the consultations and discussions since 2011”, in **International Review of the Red Cross**, 98, 3 (2016), p.952.

⁹⁶ The Public Committee against Torture in Israel et al v. The Government of Israel et al, “The Supreme Court of Israel sitting as the High Court of Justice, Judgment, 11 December 2005, HCJ 769/02,” Para. 40 [online] Available from : http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Israel/Targetted_Killings_Supreme_Court_13-12-2006.pdf [3 February 2025]

⁹⁷ Human Rights Committee, Herrera Rubio v. Colombia, International Covenant on Civil and Political Rights, Communication No. 161/1983, Para. 11, U.N. Doc. CCPR/C/31/D/161/1983 (November 2, 1987)

⁹⁸ Common Article 1 to the four Geneva Conventions 1949; General Comment no 31: Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, Human Rights Committee, Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 May 2004)

⁹⁹ Article 49 of GC I; Article 50 of GC II; Articles 129 of GC III; Articles 146 of GC IV; Article 85 of AP I

¹⁰⁰ Article 121 of GC III; Article 131 of GC IV

¹⁰¹ J-M Henckaerts and L Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules**, p.607 (Rule 158); See also Michael N.Schmitt, “Investigating Violations of International Law in Armed Conflict”, in **Harvard National Security Journal**, 2 (2011), p.31-84.

¹⁰² The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010, **Israel’s Mechanisms for**

from the lawful conduct of hostilities e.g., killing civilians directly participating in hostilities or collateral civilian losses that are not excessive, compared to the direct military advantage anticipated, will not trigger an investigation under IHL. Even if it was suggested that an investigation has to be opened, to suppress other violations of IHL or where there have been civilian casualties.¹⁰³

Despite IHRL's greater normative and procedural specificity concerning the State's duty to investigate, during armed conflict it was suggested that IHL is the *lex specialis*.¹⁰⁴ If IHL is applicable to the SBPs conflict, the threshold for initiating an investigation will be higher. Deaths caused by the excessive use of force or disguised enforced disappearances in 'hostilities', may not trigger a criminal investigation. The human rights standard of an effective investigation, i.e., promptness, effectiveness, independence, impartiality and transparency,¹⁰⁵ will also be compromised, to take account of the armed conflict.¹⁰⁶ Even if the State must take reasonable steps and feasible measures to uphold the investigative standards. Application of IHL directly undermines the victims' enjoyment of their rights to an effective remedy.

Examining and Investigating Complaints and Claims of Violations of the Laws of Armed Conflict According to International Law (The Turkel Report, 2013), p.100, 101, 103; Michael N.Schmitt, "Investigating Violations of International Law in Armed Conflict", in **Harvard National Security Journal**, p.31; ICRC, "The Use of Force in Armed Conflicts Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms," p.49 [online] Available from : www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf [3 February 2025]

¹⁰³ Amichai Cohen and Yuval Shany, "Beyond the Grave Breaches Regime: The Duty to Investigate Alleged Violations of International Law Governing Armed Conflicts", in **Yearbook of International Humanitarian Law**, (January 2012), p.17-33; Amy M. L. Tan, "The Duty to Investigate Alleged Violations of International Humanitarian Law: Outdated Deference to an Intentional Accountability Problem", in **International Law and Politics**, 49, 181, (2016), p. 223-238.

¹⁰⁴ Gloria Gaggioli, "The Use of Force in Armed Conflicts Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms," p.53 [online] Available from : www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf [21 September 2023]; Michael N.Schmitt, "Investigating Violations of International Law in Armed Conflict", in **Harvard National National Security Journal**, p.31-84.

¹⁰⁵ Human Rights Committee, General Comment no 31; See also (Goldstone Report) Human Rights in Palestine and other Occupied Arab Territories: Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, Para. 1611, U.N. Doc. A/HRC/12/48, September 15, 2009.

¹⁰⁶ Al-Skeini and Others v. UK, ECtHR, Appl. No. 55721/07, Judgment, 7 July 2011, Para. 164; Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary executions (Philip Alston), E/CN.4/2006/53, 8 March 2006, Para. 36; The Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death (2016), Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, New York/Geneva, 2017, Paras. 20-22.

Furthermore, under the Martial Law and the Emergency Decree, State officials are immune from civil, criminal or disciplinary liabilities.¹⁰⁷ Operations performed under the Internal Security Act and the Emergency Decree, are not subject to the Administrative Court jurisdiction¹⁰⁸ which is generally more accessible. The Internal Security Act conditionally offers an accused of national security-related offences (e.g., terrorism, offence against life, liberty or property, etc.),¹⁰⁹ an alternative to a criminal proceeding. Completion of the alternative measures e.g., training programme placed by the court order, extinguishes the right to institute a criminal prosecution.¹¹⁰ Even though domestic law does not absolve the State from its international legal obligations. These provisions contradict the state's obligation to investigate and prosecute international crimes. Accountability is of the utmost importance, as the prevalence of impunity in the SBPs has never been adequately addressed. The Krue Se and Tak Bai tragic atrocities were administratively investigated,¹¹¹ compensated and publicly apologized. However, a criminal lawsuit regarding the Tak Bai massacre was filed by the victims and their relatives against 7 former high-ranking officials.¹¹² The case cannot proceed due to the defendants' absence from court and the statute of limitations has expired. Up until the present, no one has been brought to justice.

¹⁰⁷ Section 16 of Martial Law, B.E. 2457 (1914); Section 17 of Emergency Decree on Public Administration in Emergency Situations, B.E. 2548 (2005)

¹⁰⁸ Section 23 of Internal Security Act 2008; Article 16 of Emergency Decree on Public Administration in Emergency Situations, B.E. 2548 (2005)

¹⁰⁹ “ประกาศ เรื่อง กำหนดลักษณะความผิดอันมีผลกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551,” *ราชกิจจานุเบกษา*, เล่มที่ 140 ตอนพิเศษที่ 239 ง, วันที่ 27 กันยายน 2566, หน้า 21-23.

¹¹⁰ Section 21 of Internal Security Act 2008

¹¹¹ “รายงานคณะกรรมการอิสระได้สวนข้อเท็จจริงกรณีเหตุการณ์มัสยิดกรือเซะ (Report of Commission of Enquiry on Krue Se Mosque incident): ภาคแรก, 26 กรกฎาคม 2547” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://prachatai.com/sites/default/files/special/report_gresae.pdf [3 กุมภาพันธ์ 2568]; “รายงานของคณะกรรมการอิสระสอบข้อเท็จจริง กรณีมีผู้เสียชีวิตในเหตุการณ์อำเภอดากใบ จังหวัดนราธิวาส (Report of Independent Commission of Enquiry on Death Incident at Tak Bai, Narathiwat Province 25 October 2004)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://prachatai.com/sites/default/files/special/takbai.pdf> [3 กุมภาพันธ์ 2568]

¹¹² The defendants are; former Director of the 4th Army Area Commander , former 5th Infantry Division commander, former Director of the Royal Thai Police's Forward command centre, former Chief of Provincial Police Region 9, former Superintendent of Tak Bai Police Station, former Deputy Director of the Division of Southern Border Provinces Peace Building Centre, former Governor of Narathiwat Province, face charges under the Criminal Code for jointly committing offenses, including murder, attempted murder, and unlawful detention according to Section 288, 83, Section 288, 80, 83, and Section 310 paragraph two in conjunction with Section 290, 83 of the Thai Criminal Code.

Criminal prosecution for atrocity crimes serves as a mechanism for achieving peace in post-conflict societies and deterring future violations.¹¹³ The Minnesota Protocol on the Investigation on Potentially Unlawful Death, recommends that the State conduct a full investigation and prosecute those responsible. Even though the death resulted from a violation of IHL may not amount to a war crime, or where an investigation is not specifically required under IHL.¹¹⁴ Ensuring accountability is crucial not only to uphold the victims' right to an effective remedy. It nurtures peace and reconciliation as well. The State must fulfill its duty to investigate and uphold the rule of law, in accordance with IHRL standards, regardless of the implementation of security laws or the presence of a low-intensity conflict.

4. Conclusion: Restoring and Sustaining the Rule of Law as a Way Forward

Even though the SBPs conflict has been regarded as a NIAC and fallen within the scope of IHL. In light of situational developments, it is high time that the two-decade conflict was objectively reappraised, to determine the applicable international law. Despite the common characteristics of IHL and IHRL in protecting human life and dignity. Their concurrent application in a NIAC, does not guarantee multi-layered protection.

Therefore, it is crucial to carefully calibrate military necessity against humanitarian considerations. IHL application in the SBPs can be (ab)used to broaden the State's capabilities, to contain the situation that could be handled by law-and-order operations. Most importantly, it should not adversely affect victims, resulting in impaired humanitarian protection. This proposition also undermines the legitimacy of the enforcement of Thai security laws, while emphasizing that there can be no national security without human security.

¹¹³ M. Cherif Bassiouni, "Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability", in **Law and Contemporary Problems**, 59 (1996), p.9; Hunjoon Kim and Kathryn Sikkink, "Explaining the Deterrence Effect of Human Rights Prosecutions for Transitional Countries", in **International Studies Quarterly**, 54 (2010), p.939.

¹¹⁴ The Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death (2016), Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, New York/Geneva, 2017, Para. 21; Office of the UN High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Commissions of Inquiry and Fact-Finding Missions on International Human Rights and Humanitarian Law, Guidance and Practice, New York and Geneva, 2015; Geneva Academy and ICRC, Guidelines on Investigating Violations of International Humanitarian Law, Geneva, September 2019.

Indeed, respect for human rights and the rule of law address the root causes of the SBPs conflict. Deviation from these principles i.e., excessive use of force, unlawful deprivation of liberty and impunity, exacerbates hardships for the victims and hinders peace. With this in mind, should the law enforcement paradigm be fully implemented, to pave the way toward normalcy? Those are, *inter alia*;

- Recourse to lethal force as a last resort when arrest cannot be effected
- Detention in accordance with IHRL and upholding judicial guarantees.
- Repeal the legislation that grants State officials immunity and effectively investigate all alleged human rights violations, to hold those responsible to account.

To address the underlying grievances that foster violence, to which IHL alone may not provide the answer.

กระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัยของประเทศไทย: การริเริ่มให้ความคุ้มครองแก่
ประชากรพลัดถิ่นในรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาผู้ลี้ภัย*
Thailand's National Screening Mechanism: Initiating 'Asylum'
Procedures in a Non-Signatory to the 1951 Refugee Convention

พริมา สุขมานพ
Prima Sukmanop

นักวิชาการอิสระ
ถนนสีพระยา แขวงมหาพฤฒาราม เขตบางรัก กรุงเทพฯ 10500
Independent Scholar
Si Phraya Road, Maha Phruttharam, Bang Rak, Bangkok 10500
Corresponding author Email: prima.sukmanop@gmail.com
(Received: April 24, 2024; Revised: June 17, 2024; Accepted: November 20, 2024)

บทคัดย่อ

ประเทศไทยมิได้มีกฎหมายภายในประเทศที่รับรองคุ้มครองสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัยจากการ
ประหัตประหาร (Right to Seek Asylum from Persecution) ของผู้พลัดถิ่น (Forcibly Displaced
Persons) ซึ่งรวมถึงผู้ลี้ภัย (Refugees) เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ เมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2566 สำนักงาน
ตรวจคนเข้าเมืองได้เริ่มคัดกรอง “ผู้ได้รับการคุ้มครอง” ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ
คัดกรองคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรและไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาได้
พ.ศ. 2562 หรือที่รู้จักกันในนาม National Screening Mechanism (NSM) โดยคนต่างด้าวที่ผ่านการ
คัดกรองจะได้รับการคุ้มครองจากการถูกบังคับส่งกลับไปยังประเทศต้นทางที่อาจมีภัยอันตราย (Protection
Against Refoulement) แม้ประเทศไทยจะมิได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951
และพิธีสารที่เกี่ยวข้องก็ตาม แต่กระบวนการคัดกรอง NSM ปรากฏลักษณะสำคัญที่คล้ายคลึงกับ
กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (Refugee Status Determination: RSD) ซึ่งสำนักงานข้าหลวง
ใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR) ได้ดำเนินการในประเทศไทยมาหลายทศวรรษ อย่างไรก็ตาม

* ผู้เขียนจบการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และมีประสบการณ์ทำงาน
ในองค์กรไม่แสวงหาผลกำไรที่ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่กลุ่มประชากรผู้พลัดถิ่นในพื้นที่เขตเมืองของประเทศไทยผ่านการเป็น
ผู้แทนทางกฎหมายให้แก่ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย (Asylum Seekers) ภายใต้กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (Refugee Status
Determination: RSD) ซึ่งดำเนินการโดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR) ในประเทศไทย และให้คำปรึกษา
ทางกฎหมายแก่ผู้พลัดถิ่นในกระบวนการคัดกรองภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการคัดกรองคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาใน
ราชอาณาจักรและไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาได้ พ.ศ. 2562 ซึ่งดำเนินการโดยสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง
ความคิดเห็นในบทความนี้เป็นของผู้เขียน และอาจมิได้สะท้อนแนวคิดขององค์กรใด ๆ ซึ่งผู้เขียนอาจมีความเกี่ยวข้องด้วย

เมื่อกระบวนการคัดกรอง NSM ถูกดำเนินงานโดยหน่วยงานภาครัฐ อีกทั้งเป็นกระบวนการภายใต้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองซึ่งยึดโยงกับความมั่นคงของชาติและผลประโยชน์ทางการเมืองในระดับภูมิภาค จึงอาจมีข้อพิจารณาอื่นนอกเหนือไปจากความเสี่ยงต่อการประหัตประหาร แตกต่างไปจากบริบทความคุ้มครองระหว่างประเทศ อันเป็นเจตนารมณ์ของกระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัยโดยทั่วไป ดังนั้น จึงเกิดข้อถกเถียงว่ากระบวนการคัดกรอง NSM อาจมิใช่กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยในระดับชาติตามความคาดหวังของประชาคมโลก แต่เป็นเพียงข้อโต้แย้งภายใต้กระบวนการตรวจคนเข้าเมืองที่ยังคงปรากฏข้อจำกัดแก่การเข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐาน และอาจยังมีวิธีการแก้ไขปัญหาลี้ภัยอย่างยั่งยืน

คำสำคัญ: ผู้ลี้ภัย, คัดกรอง, คนต่างด้าว, ประเทศไทย, สหประชาชาติ

Abstract

Thailand does not have a domestic legal framework that specifically recognizes the right of forcibly displaced individuals to seek asylum from persecution. Nonetheless, in September 2023, Thailand's Immigration Bureau has implemented an immigration procedure to screen and provide domestic legal protection against refoulement for those granted "Protected Person" status under the Regulation of the Office of the Prime Minister on the Screening of Aliens Who Enter into the Kingdom and are Unable to Return to the Country of Origin B.E. 2562, nicknamed the National Screening Mechanism (NSM). Despite being a non-signatory to the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and relevant protocols, various aspects of Thailand's NSM resemble the Refugee Status Determination (RSD) procedure that has been operated by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)'s in Thailand within the last few decades. However, Thailand's NSM is part of the state-run immigration process, which is closely linked with its national security as well as political interests within the Southeast Asian region. As such, the screening mechanism may consider criteria other than an individual's risk of harm from persecution, and thus may differ from the general context of international protection that lies essence to most refugee screening mechanisms. Therefore, a debate arises as to whether Thailand's recent screening mechanism is a national asylum system as anticipated by the international community, or whether the promised legal protection is rather a technical argument to minimize deportation within a larger yet problematic legal framework – the latter of which still presents various restrictions to fulfillment of fundamental human rights and may not constitute a durable solution for forcibly displaced individuals.

Keywords: Refugee, Screening, NSM, Thailand, United Nations

1. บทนำ

เมื่อวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2562 ประเทศไทยได้ประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการคัดกรองคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรและไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาได้ พ.ศ. 2562 (“ระเบียบสำนักนายกฯ”) หรือที่รู้จักกันในนาม National Screening Mechanism (NSM) แต่กระบวนการคัดกรองคนต่างด้าวภายใต้ระเบียบดังกล่าวได้มีการเลื่อนการบังคับใช้ออกไป จนกระทั่งในเดือนกันยายน พ.ศ. 2566 ที่ผ่านมากองกำกับการ 4 กองบังคับการสืบสวนสอบสวน สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้เริ่มปฏิบัติงานคัดกรองคนต่างด้าวซึ่งรวมถึงผู้ลี้ภัยในเขตเมือง (Urban Refugees) ของกรุงเทพมหานครจำนวนไม่น้อย โดยบุคคลที่ผ่านการคัดกรองจะได้รับสถานะ “ผู้ได้รับการคุ้มครอง” และจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจากการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางที่บุคคลดังกล่าวอาจถูกประหัตประหาร (Protection Against Refoulement) ตามหลักการไม่ผลักดันกลับ (Non-Refoulement) อันมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี ภูมิทัศน์ทางกฎหมายของประเทศไทยทั้งในอดีตและปัจจุบันอาจมิได้สอดคล้องกับบริบททั่วไปของกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ (International Refugee Law) ที่ประชาคมโลกอาจคุ้นเคยกันดี เนื่องจากประเทศไทยมิได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และพิธีสารที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งมิได้มีกฎหมายภายในประเทศในระดับพระราชบัญญัติที่รับรองคุ้มครองสิทธิของผู้พลัดถิ่น (Forcibly Displaced Persons) ในการแสวงหาที่ลี้ภัยจากการประหัตประหาร (Right to Seek Asylum from Persecution) เป็นการเฉพาะ ที่ผ่านมากกรอบกฎหมายและช่องว่างทางกฎหมายนำไปสู่การกำหนดโทษทางอาญาให้แก่การโยกย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติ (Criminalization of Irregular Migration) ซึ่งเป็นต้นเหตุของการละเมิดสิทธิมนุษยชนและจำกัดการเข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐานหลายประการของประชากรพลัดถิ่น เช่น ปัญหาการกักขังแบบไม่มีกำหนด (Indefinite Detention) ในสถานกักกันคนต่างด้าว

ในปัจจุบัน กรอบกฎหมายใหม่ประกอบไปด้วยทั้งระเบียบสำนักนายกฯ และกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองยังคงเป็นกระบวนการที่เป็นพลวัตและมีข้อสังเกตที่น่าสนใจหลายประการ ทั้งในเชิงวิชาการและเชิงปฏิบัติ เช่น ในบทบัญญัติและการใช้ถ้อยคำ ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย แนวทางการตีความของผู้บังคับใช้กฎหมาย ความสอดคล้องกับบริบทระหว่างประเทศ และแนวทางสู่วิธีการแก้ไขปัญหาอย่างยั่งยืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกระบวนการคัดกรอง NSM อยู่ภายใต้บริบทของกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองซึ่งยึดโยงกับความมั่นคงของชาติหลายประการ ดังนั้น เมื่อวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบ แม้กระบวนการคัดกรอง NSM ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจะมีความคล้ายคลึงกับกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (Refugee Status Determination: RSD) ของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR) แต่ทั้งสองยังคงเป็นกระบวนการที่แยกต่างหากจากกัน และอาจเหมาะสมกับผู้สมัครที่มีจุดมุ่งหมายแตกต่างกันไป

พัฒนาการของกฎหมายไทยในปัจจุบันสะท้อนถึงแนวโน้มการริเริ่มให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยโดยรัฐที่มีได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ จึงทำให้ประเทศไทยกลายเป็นหนึ่งในกรณีศึกษาที่น่าจับตามองในสายตาของประชาคมโลก อาทิว่า แนวโน้มนี้จะนำไปสู่การแปรเปลี่ยนกระบวนทัศน์ ในระดับมหภาคของบริบทการโยกย้ายถิ่นฐานในระดับภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรือไม่

2. บริบท “กฎหมายผู้ลี้ภัย” และการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองในประเทศไทย

2.1 การขัดกันของหลักการสากลและกรอบกฎหมายภายในของประเทศไทย

หลักกฎหมายระหว่างประเทศให้นิยามแก่ “ผู้ลี้ภัย” ไว้ดังที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 ด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้¹

1. เป็นบุคคลที่อยู่นอกอาณาเขตรัฐแห่งสัญชาติตน (Country of Nationality) หรือในกรณีเป็นบุคคลไร้สัญชาติ อยู่นอกอาณาเขตรัฐเดิมที่ตนมีถิ่นฐานพำนักประจำ (Country of Habitual Residence)
2. เป็นบุคคลที่ไม่สามารถ (Unable) หรือไม่สมัครใจ (Unwilling) ที่จะเดินทางกลับรัฐต้นทางข้างต้น เนื่องจากความหวาดกลัวซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่าจะได้รับการประหัตประหาร (Well-Founded Fear of Persecution) ด้วยสาเหตุใดอย่างน้อยสาเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้
 - เชื้อชาติ (Ethnicity)
 - ศาสนา (Religion)
 - สัญชาติ (Nationality)
 - สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม (Membership of a Particular Social Group)
 - ความคิดเห็นทางการเมือง (Political Opinion)

¹ United Nations General Assembly, “Convention Relating to the Status of Refugees: United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137 (28 July 1951),” p.152 [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/agreements/unga/1951/en/39821> [23 April 2024] (“อนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ”), Article 1(A)(2): “owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.”
 ดูเพิ่มเติม สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR), “คำแปลภาษาไทยฉบับ พฤษภาคม ค.ศ. 2020” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.unhcr.org/th/wp-content/uploads/sites/91/2020/07/THAI-translation-of-1951-Convention-1MAY2020.pdf> [23 เมษายน 2567] “ด้วยความหวาดกลัวซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่าจะได้รับการประหัตประหารด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง เป็นบุคคลที่อยู่นอกอาณาเขตรัฐแห่งสัญชาติตน และไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติตนเนื่องจากความหวาดกลัวดังกล่าว หรือนอกจากนี้ เป็นบุคคลไร้สัญชาติซึ่งอยู่นอกอาณาเขตรัฐเดิมที่ตนมีถิ่นฐานพำนักประจำแต่ไม่สามารถ หรือไม่สมัครใจที่จะกลับไปเพื่อพำนักในรัฐดังกล่าว ด้วยเหตุแห่งความหวาดกลัวข้างต้น”

3. เป็นบุคคลที่ไม่สามารถ (Unable) หรือไม่สมัครใจ (Unwilling) ที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐดังกล่าว (Avail State Protection)

ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศไทยมิได้เป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 หรือพิธีสารว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967 และมีได้มีกฎหมายภายในประเทศในระดับพระราชบัญญัติที่รับรองสถานะของผู้พลัดถิ่น หรือคุ้มครองสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัยจากการประหัตประหาร² ด้วยเหตุดังกล่าว หลักการภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัยและการปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยหลายประการ เช่น หลักการไม่ผลักดันกลับ จึงมิได้ปรากฏอย่างชัดเจนภายใต้ระบบกฎหมาย นโยบายของภาครัฐ และแนวปฏิบัติของหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ ของประเทศไทยในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา

หลักการไม่ผลักดันกลับ มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³ และเป็นหัวใจของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัย ซึ่งศาลภายในของนานาประเทศและกลไกคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลได้ปรับใช้หลักการดังกล่าวแก่การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในหลายกรณี เช่น การถูกกระทำทารุณ การถูกกระทำการที่

² United Nations General Assembly, “The Universal Declaration of Human Rights: General Assembly Resolution 217 A (20 December 1948),” [online] Available from : <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [23 April 2024], Article 14: “(1) Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution. (2) This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.”

³ UNHCR Executive Committee 33rd Session, “General Conclusion on International Protection No. 25 (XXXIII) – 1982,” [online] Available from : <https://www.unhcr.org/publications/general-conclusion-international-protection-17> [23 May 2024], Para. (b) “Reaffirmed the importance of the basic principles of international protection and in particular the principle of non-refoulement which was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law;” 1951 Refugee Convention, Article 33(1): “No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion;” Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), “Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees,” [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/resolution/aalco/1966/en/18604> [23 May 2024], Article III(3): “No-one seeking asylum in accordance with these Principles should, except for over-riding reasons of national security or safeguarding the population, be subjected to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion which would result in compelling him to return to or remain in a territory if there is a well-founded fear of persecution endangering his life, physical integrity or liberty in that territory;” UN General Assembly, “Declaration on Territorial Asylum: A/RES/2312(XXII) (14 December 1967),” [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/resolution/unga/1967/en/10415> [23 May 2024], Article 3(1): “No person referred to in Article 1, paragraph 1, shall be subjected to measures such as rejection at the frontier or, if he has already entered the territory in which he seeks asylum, expulsion or compulsory return to any State where he may be subjected to persecution.”

โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การปฏิเสธสิทธิในการได้รับการพิจารณาอย่างยุติธรรม ความเสี่ยงของการละเมิดสิทธิในชีวิตและ/หรือเสรีภาพของบุคคล ความรุนแรงทางเพศที่ร้ายแรง โทษประหารชีวิต การขลิบอวัยวะเพศหญิง หรือการกักขังเดี่ยวเป็นเวลานาน อีกทั้งมีการตีความให้รวมถึงการละเมิดสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมที่นำไปสู่การละเมิดสิทธิในชีวิตหรือเสรีภาพที่ร้ายแรง เช่น สภาพความเป็นอยู่ที่ไม่เอื้ออำนวย การขาดแคลนการรักษาพยาบาล หรือภาวะป่วยทางจิต⁴

เมื่อประเทศไทยมิได้มีกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับแก่ผู้พลัดถิ่น ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย (Asylum Seeker) และผู้ลี้ภัย (Refugee)⁵ ที่เดินทางเข้ามาในเขตเมือง (Urban Area) ของประเทศไทยจึงอยู่ใต้บังคับของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ “คนต่างด้าว” โดยทั่วไปอย่างเหมารวม กล่าวคือ บุคคลใด ๆ ที่มีได้มีสัญชาติไทยและเดินทางเข้ามาในประเทศไทย ล้วนมีสิทธิหน้าที่ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว

พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ มีบทบัญญัติที่กำหนดโทษทางอาญาให้แก่ “คนต่างด้าว” ที่ “เข้ามา” หรือ “อยู่ใน” ประเทศไทยโดยไม่ได้รับอนุญาต อีกทั้งยังให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองในการส่งตัวคนต่างด้าวนั้นออกไปนอกราชอาณาจักรไทย⁶ โดยมีได้มีการกำหนดข้อยกเว้นการบังคับใช้

⁴ OHCHR, “Technical note: The principle of non-refoulement under international human rights law (2018),” Para. 4 [online] Available from : <https://www.ohchr.org/en/documents/tools-and-resources/technical-note-principle-non-refoulement-under-international-human> [23 May 2024]

⁵ ผู้ลี้ภัย (Refugee) ได้แก่ บุคคลที่เข้าลักษณะตามนิยามของผู้ลี้ภัยภายใต้อนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ โดยเป็นผู้ที่ได้รับรองสถานะเป็นผู้ลี้ภัย (Recognized Refugee Status) ผ่านกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (Refugee Status Determination: RSD) ของหน่วยงานที่รับผิดชอบในรัฐที่บุคคลนั้นแสวงหาที่ลี้ภัย (Country of Asylum) ซึ่งอาจดำเนินการโดยหน่วยงานภาครัฐหรือสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR)

ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย (Asylum Seeker) ได้แก่ ผู้ที่เดินทางออกนอกประเทศของตนเพื่อแสวงหาความคุ้มครองจากการถูกประหัตประหารหรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง โดยอาจอยู่ในขั้นตอนกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย แต่ยังไม่ได้รับสถานะผู้ลี้ภัยภายใต้กระบวนการดังกล่าว กล่าวคือ เบื้องต้นบุคคลหนึ่งจะมีสถานะเป็นผู้แสวงหาที่ลี้ภัย (Asylum Seeker) จนกว่าจะได้รับรองสถานภาพเป็น “ผู้ลี้ภัย” (Recognized Refugee)

⁶ มาตรา 54 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 “คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวนั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้ ถ้ามีกรณีต้องสอบสวนเพื่อส่งตัวกลับตามวรรคหนึ่ง ให้นำมาตรา 19 และมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่มีคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้วในระหว่างรอการส่งกลับ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอนุญาตให้ไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ใด โดยคนต่างด้าวนั้นต้องมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด โดยต้องมีประกันหรือมีทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวนั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้ ค่าใช้จ่ายในการกักตัวนี้ให้คนต่างด้าวนั้นเป็นผู้เสีย

บทบัญญัติในมาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรก่อนวันที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2480 ใช้บังคับ”

มาตรา 58 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 “คนต่างด้าวผู้ใดไม่มีหลักฐานการเข้ามาในราชอาณาจักรโดยถูกต้องตามมาตรา 12 (1) หรือไม่มีใบสำคัญถิ่นที่อยู่ตามพระราชบัญญัตินี้และทั้งไม่มีใบสำคัญประจำตัวตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนคนต่างด้าวให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าคนต่างด้าวนั้นเข้ามาในราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้”

มาตรา 81 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 “คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรการทางอาญาและมาตรการส่งกลับแก่บุคคลที่มีความจำเป็นที่จะต้องเดินทางเข้ามาในประเทศไทย ด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมต่าง ๆ เช่น เพื่อขอลี้ภัยจากเหตุประหัตประหาร

ในทางปฏิบัติ บทบัญญัติอันกำหนดโทษทางกฎหมายดังกล่าวทำให้ผู้ลี้ภัยจำนวนหนึ่งที่ไม่มีเอกสารแสดงตน (Undocumented) หรือที่เดินทางเข้าสู่ประเทศไทยผ่านช่องทางธรรมชาติ มีสถานะเป็นบุคคลที่ “เข้ามา” ในประเทศไทยโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ในทางกลับกัน โทษตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนั้นยังคงทำให้ผู้ลี้ภัยที่อาจเดินทางเข้าสู่ประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วแต่ไม่สามารถเดินทางกลับประเทศต้นทางของตนได้เนื่องจากความหวาดกลัวหรือเหตุอันตรายบางประการ จึงพำนักอยู่ในประเทศไทยเกินระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตตามวีซ่า⁷ มีสถานะเป็นผู้ที่ “อยู่ใน” ประเทศไทยโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้ลี้ภัยในทั้งสองกรณีดังกล่าวอาจถูกจับกุมโดยเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง ดำเนินคดีทางอาญาภายใต้ศาลไทย กักกันในสถานกักกันคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง และถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางได้ ถึงแม้ว่าผู้ลี้ภัยจะมีสถานภาพผู้ลี้ภัยแล้วก็ตาม⁸ จะเห็นได้ว่าปรากฏการณ์ข้างต้นเข้าลักษณะเป็นการกำหนดโทษทางอาญาให้แก่การโยกย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติ เป็นกรณีที่เกิดขึ้นจริงในประเทศไทย⁹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อประชากรพลัดถิ่นในกรุงเทพมหานคร ยิ่งไปกว่านั้น นอกเหนือไปจากความเสี่ยงต่อการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของตนแล้ว การไม่มีสถานะทางกฎหมายยังจำกัดการเข้าถึงสิทธิต่าง ๆ ที่ผู้ลี้ภัยพึงได้รับ เช่น การเข้าถึงระบบสาธารณสุข

⁷ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง, “การตรวจลงตรา” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.immigration.go.th/?page_id=2763 [21 พฤษภาคม 2567], “1. คนต่างชาติที่ประสงค์จะเดินทางเข้าประเทศไทยจะต้องขอรับการตรวจลงตราหรือขอวีซ่าจากสถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลใหญ่ของไทยซึ่งตั้งอยู่ในประเทศที่ตนมีถิ่นพำนัก หรือจากสถานเอกอัครราชทูตไทยที่ได้รับมอบหมายให้ดูแลประเทศที่คนต่างชาติดังกล่าวมีถิ่นพำนัก ...

2. คนต่างชาติบางสัญชาติสามารถเดินทางเข้าประเทศไทยได้โดยไม่ต้องมีวีซ่า หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ซึ่งมี 2 กลุ่มดังนี้

(1) ประเทศที่ได้รับยกเว้นการตรวจลงตราเพื่อการท่องเที่ยว และสามารถพำนักอยู่ในไทยได้ไม่เกิน 30 วัน ...

(2) ประเทศที่มีความตกลงยกเว้นการตรวจลงตรากับประเทศไทย ...

3. คนต่างชาติบางสัญชาติสามารถมาขอรับการตรวจลงตราที่ด่านตรวจคนเข้าเมืองของไทยบางแห่งที่กำหนดไว้ เมื่อเดินทางมาถึงประเทศไทยได้ (Visa on Arrival) ...”

⁸ อ่านต่อที่บทที่ 4.2 และ 4.3

⁹ Caleb Quinley, “Life in the shadows: Thailand’s urban refugees,” [online] Available from : <https://www.thenewhumanitarian.org/news/2019/09/11/Thailand-refugee-policies-asylum-seekers-immigration-detention> [21 May 2024]; UNHCR in Thailand, “Detention & Deportation,” [online] Available from : <https://help.unhcr.org/thailand/protection/detention-deportation/> [21 May 2024]

และประกันสุขภาพ¹⁰ การศึกษา¹¹ เสรีภาพในการเดินทาง¹² การทำงาน¹³ การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม สิทธิในทรัพย์สิน อีกทั้งยังมีความเสี่ยงต่อการค้ามนุษย์ การบังคับบุคคลให้สูญหาย¹⁴ และการละเมิดสิทธิมนุษยชนประการอื่น ๆ

สำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: OHCHR) ได้ให้ความเห็นแก่ปัญหาการกำหนดโทษทางอาญา ให้แก่การโยกย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติไว้ดังนี้

“เจตนารมณ์ของกฎหมายอาญา ได้แก่ การกำหนดโทษให้แก่บุคคลที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือสังคมโดยรวม การเข้าเมืองหรือการพำนักในประเทศโดยมิชอบด้วยกฎหมายไม่ใช่อาชญากรรมโดยแท้ต่อบุคคล ทรัพย์สิน หรือความมั่นคงของรัฐ และไม่ควรถูกปฏิบัติเสมือนเป็นอาชญากรรมเช่นนั้น ภายใต้กฎหมายมนุษยชนระหว่างประเทศ การกำหนดโทษทางอาญาให้แก่การโยกย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติเป็นการกระทำเกินกว่าผลประโยชน์อันชอบธรรมของรัฐในการปกป้องคุ้มครองดินแดนและในการควบคุมการย้ายถิ่นฐาน”¹⁵

¹⁰ Rapeepong Suphanchaimat et al, “A cross sectional study of unmet need for health services amongst urban refugees and asylum seekers in Thailand in comparison with Thai population, 2019”, in **International Journal for Equity in Health**, 19, 205 (2020), p.2; Asia Pacific Refugee Rights Network et al, “Refugee Rights Network in Thailand: Joint Submission Universal Periodic Review of Thailand, Thailand Cycle 3, 39th Sessions,” [online] Available from : <https://asylumaccess.org/refugee-rights-network-in-thailand/> [21 May 2024]

¹¹ Asia Pacific Refugee Rights Network et al, “Refugee Rights Network in Thailand: Joint Submission Universal Periodic Review of Thailand, Thailand Cycle 3, 39th Sessions,” [online] Available from : <https://asylumaccess.org/refugee-rights-network-in-thailand/> [21 May 2024]; Sheraz Akhtar. **Urban Refugees and Education in the Contemporary World: A Case Study of Pakistani Christian Refugees in Bangkok, Thailand**. Doctoral dissertation of Philosophy, University of Auckland, 2020 ; p.95-97.

¹² Ana Salva, “The reality of life for a refugee family hiding in Bangkok,” [online] Available from : <https://www.bangkokpost.com/thailand/special-reports/690748/the-reality-of-life-for-a-refugee-family-hiding-in-bangkok> [21 May 2024]

¹³ Ibid; Asia Pacific Refugee Rights Network et al, “Refugee Rights Network in Thailand: Joint Submission Universal Periodic Review of Thailand, Thailand Cycle 3, 39th Sessions,” [online] Available from : <https://asylumaccess.org/refugee-rights-network-in-thailand/> [21 May 2024]

¹⁴ Caleb Quinley, “We Thought We Were Safe: Repression and Forced Return of Refugees in Thailand,” [online] Available from : <https://www.hrw.org/feature/2024/05/16/we-thought-we-were-safe/repression-and-forced-return-of-refugees-in-thailand> [21 May 2024]

¹⁵ OHCHR, “Technical note related to issues contained in the Global Compact for Migration: Criminalisation of irregular immigration,” [online] Available from : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/CriminalisationIrregularImmigration.pdf> [23 April 2024], “Criminal law is designed to punish individuals who harm other individuals or society at large. Irregular entry and stay by migrants should not be treated as a criminal offence, because the mere fact of crossing a border or staying in a country irregularly is not a crime per se against persons, property or national security and should not be treated as such (A/HRC/20/24, Para. 13; WGAD, Deliberation No. 5). Under international human rights law, the

“สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่มิได้อยู่แต่กำเนิตต่อมนุษย์ทั้งปวง ที่สำคัญ สิทธิดังกล่าวไม่ได้ยึดโยงกับความเป็นพลเมืองหรือสัญชาติของบุคคล การปรากฏของผู้ย้ายถิ่นในเขตอำนาจของรัฐ ไม่ว่าด้วยสถานะที่ชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมาย กำหนดพันธกรณีแก่รัฐนั้นในการรับรองการมีอยู่ และอนุญาตให้ผู้ย้ายถิ่นนั้นกล่าวอ้างสิทธิมนุษยชนของตนได้ ... โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐมีพันธกรณีในการเคารพ ปกป้อง และเติมเต็มซึ่งสิทธิมนุษยชนของผู้อพยพทั้งปวงในดินแดนของรัฐหรือดินแดนภายใต้การควบคุมของรัฐ ซึ่งรวมถึงผู้ย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติ”¹⁶

2.2 ปัญหาการกักขังผู้ลี้ภัยแบบไม่มีกำหนด (Indefinite Detention) ในสถานกักกันคนต่างด้าว

ปัญหาการกักขังแบบไม่มีกำหนดเป็นหนึ่งในผลกระทบที่สืบเนื่องมาจากการกำหนดโทษทางอาญาให้แก่การโยกย้ายถิ่นฐานแบบไม่ปกติในประเทศไทย กล่าวคือ ผู้ลี้ภัยมักถูกดำเนินคดีทางอาญาดำเนินการโดยข้อหาที่เกี่ยวข้องกับการเดินทางเข้าราชอาณาจักรโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Illegal Entry) หรือการอยู่อาศัยในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต (Illegal Stay) จนกระทั่งได้รับคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร (Deportation Order) และภายหลังกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ผู้ลี้ภัยจะถูกส่งตัวไปยังสถานกักกันคนต่างด้าวเป็นการ “ชั่วคราว” เพื่อรอการส่งกลับไปยังประเทศต้นทางหรือเพื่อรอการเดินทางไปยังประเทศที่สาม ตามมาตรา 54 วรรคสามของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง¹⁷

อย่างไรก็ดี ผู้ลี้ภัยจำนวนไม่น้อยมักพบเจอกับสถานะหนีเสือปะจระเข้ภายหลังกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทำให้ต้องใช้ชีวิตในสถานกักกันคนต่างด้าวเป็นเวลานานอย่างไม่มีการกำหนด และส่งผลให้สถานกักกันคนต่างด้าวในหลายพื้นที่มีสภาพความเป็นอยู่แออัด ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

criminalization of irregular migration exceeds the legitimate interests of States in protecting their territories and regulating migration (A/HRC/13/30, Para. 58)."

¹⁶ Ibid: "Human rights are inherent to all human beings. Importantly, these rights are not tied to one's citizenship or nationality. The very presence of migrants within a State's jurisdiction—whether in a regular or irregular status—imposes obligations on the State to acknowledge their presence, and allow them to claim their human rights. ... More specifically, States are obliged to respect, protect and fulfil the human rights of all migrants on their territory or under their effective control, including irregular migrants."

¹⁷ มาตรา 54 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 “คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้ ถ้ามีกรณีต้องสอบสวนเพื่อส่งตัวกลับตามวรรคหนึ่ง ให้นำมาตรา 19 และมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่มิคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแล้วในระหว่างรอการส่งกลับ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอนุญาตให้ไปพักอาศัยอยู่ ณ ที่ใด โดยคนต่างด้าวผู้นั้นต้องมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด โดยต้องมีประกัน หรือมีทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างด้าวผู้นั้นไว้ ณ สถานที่ใดเป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้ ค่าใช้จ่ายในการกักตัวนี้ให้คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นผู้เสีย

บทบัญญัติในมาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรก่อนวันที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2480 ใช้บังคับ”

1. ผู้ลี้ภัยไม่อาจเดินทางกลับไปยังประเทศต้นทางได้เนื่องด้วยความเสี่ยงต่อการประหัตประหารโดยหากหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของรัฐผู้รับ (Host Country) เช่น ประเทศไทย ส่งผู้ลี้ภัยกลับไปยังประเทศต้นทางก็อาจเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยขัดต่อหลักการไม่ผลักดันกลับ ซึ่งผูกพันต่อรัฐในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงอาจเกิดความรับผิดชอบของรัฐขึ้นได้¹⁸
2. เจ้าหน้าที่รัฐ (เช่น เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง) ที่ส่งผู้ลี้ภัยกลับไปยังประเทศต้นทาง อาจมีความผิดตามมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุญคนสูญหาย พ.ศ. 2565¹⁹ ซึ่งวางหลักมิให้เจ้าหน้าที่ส่งบุคคลไปยังอีกรัฐหนึ่ง หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะไปตกอยู่ในอันตรายที่จะถูกกระทำทรมาน ถูกกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือถูกกระทำให้สูญหาย²⁰
3. โอกาสการเดินทางไปตั้งถิ่นฐานในประเทศที่สาม (Resettlement) ของผู้ลี้ภัยค่อนข้างจำกัดด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น นโยบายการต่างประเทศของประเทศปลายทางที่อาจแปรเปลี่ยนไปตามแต่ละรัฐบาล²¹ ซึ่งเป็นปัจจัยที่นอกเหนือการควบคุมของปัจเจกบุคคลหรือองค์กรให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย โดยจากสถิติของ UNHCR ในปี ค.ศ. 2019 รายงานว่าจากจำนวนผู้ลี้ภัยทั่วโลกจำนวน 19.9 ล้านคน มีผู้ลี้ภัยจำนวนน้อยกว่าร้อยละ 1 เท่านั้นที่ได้รับโอกาสดังกล่าว²²

¹⁸ International Law Commission, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts” Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1 (November 2001). See Article 1: “Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State;” and Article 3: “The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.”

¹⁹ Patrick Phongsathorn, “Thailand’s anti-torture bill could finally end refugee push-backs,” [online] Available from: <https://southeastasiaglobe.com/thailands-anti-torture-bill-could-finally-end-refugee-push-backs/> [21 May 2024]

²⁰ มาตรา 13 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นุญคนสูญหาย พุทธศักราช 2565 “ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐขับไล่ ส่งกลับ หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะไปตกอยู่ในอันตรายที่จะถูกกระทำทรมาน ถูกกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือถูกกระทำให้สูญหาย”

²¹ Benedicta Solf and Katherine Rehberg, “The Resettlement Gap: A Record Number of Global Refugees, but Few Are Resettled,” [online] Available from : <https://www.migrationpolicy.org/article/refugee-resettlement-gap> [21 May 2024], “Increased politicization of immigration in major immigrant-destination countries over the last decade has also hampered resettlement programs. The United States — historically the global leader in refugee resettlement — reduced its refugee allotments to record lows during the Trump administration. Although President Joe Biden pledged to reverse course amid considerable pressure from his Democratic Party, the fewer than 11,500 refugees resettled in fiscal year (FY) 2021 were the lowest since the country’s resettlement program formally began in 1980. Many other countries have had similar challenges sustaining resettlement programs.”

²² UNHCR, “Briefing Notes: Less than 5 per cent of global refugee resettlement needs met last year,”

นอกจากนี้ ผู้ต้องกัก ณ สถานกักกันคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองถูกไล่ออกจากสิทธิมนุษยชนในหลายประการ อาทิ ข้อจำกัดในการเข้าถึงสถานทูต หน่วยงาน บริการทางการแพทย์ อาหาร และน้ำสะอาด สภาพความเป็นอยู่แออัดและไม่ถูกสุขลักษณะ และความรุนแรงระหว่างผู้ต้องกัก²³ อีกทั้งสภาพความเป็นอยู่ภายในสถานกักกันดังกล่าวอาจเข้าลักษณะเป็นการกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ²⁴ และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคสสุญหาย พ.ศ. 2565

จึงอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า การขัดกันระหว่างหลักการสากลว่าด้วยหลักสิทธิมนุษยชนและกรอบกฎหมายภายในของประเทศไทย ช่องว่างในระบบกฎหมายไทย รวมถึงแนวทางการบังคับใช้กฎหมายที่อาจไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและบริบทของโลกปัจจุบัน เป็นที่ปรากฏอยู่อย่างชัดเจนในบริบทการอพยพย้ายถิ่นโดยถูกบังคับ (Forced Migration) ของประเทศไทย จนเป็นกรอบความคิดที่นำไปสู่การประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการคัดกรองคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรและไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาได้ พ.ศ. 2562 หรือที่รู้จักกันในนาม National Screening Mechanism (NSM)

3. กระบวนการคัดกรอง “ผู้ลี้ภัย” ของประเทศไทย

ในเดือนกันยายน พ.ศ. 2566 ประเทศไทยได้เริ่มบังคับใช้ “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการคัดกรองคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรและไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาได้ พ.ศ. 2562” หรือ National Screening Mechanism (NSM) โดยคนต่างด้าวที่ผ่านกระบวนการพิจารณา

[online] Available from: <https://www.unhcr.org/news/briefing-notes/less-5-cent-global-refugee-resettlement-needs-met-last-year> [23 April 2024]

²³ United Nations Human Rights Council Working Group on the Universal Period Review, Thirty-ninth session (1-12 November 2021), “National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21: Thailand” (A/HRC/WG.6/39/THA/1), 17 August 2021, Para. 68: “*The Human Rights Committee expressed concern about reports indicating that undocumented migrants, asylum seekers and refugees were detained for long periods and without contact with their embassies, counsel or civil society organizations. It was also concerned about reports of overcrowded cells, lack of adequate health services, poor sanitation facilities, inadequate food and water and incidents of violence in immigration detention centres. It further expressed concern about reports of children being detained and separated from their relatives without access to school and placed in cells with adult detainees.*”

²⁴ Human Rights Law Centre et al, “Torture and cruel treatment in Australia’s refugee protection and immigration detention regimes: Submission to the UN Committee Against Torture’s sixth periodic review of Australia, 75th Session, 2022 – NGO response to State party report (3 October 2022),” [online] Available from : <https://static1.squarespace.com/static/580025f66b8f5b2dabbe4291/t/634915e41772a348045b5d13/1665734118238/20221003+HRLC%2C+RCOA%2C+Kaldor+Centre++Submission+to+the+Committee+Against+Torture.pdf> [21 May 2024]

คัดกรองจะได้รับสถานะเป็น “ผู้ได้รับการคุ้มครอง”²⁵ (Protected Person) ซึ่งจะได้รับคุ้มครองจากการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางที่อาจมีอันตรายต่อการประหัตประหาร²⁶ และสามารถเข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ได้บางประการ

UNHCR ได้ให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดกรอง NSM ในกระบวนการทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชน (Universal Periodic Review) สมัยที่ 39 โดยอธิบายว่ากระบวนการคัดกรองดังกล่าวมิใช่กฎหมายว่าด้วยการแสวงหาที่ลี้ภัยตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ แต่เป็นกรอบการกำกับดูแลเพื่อให้รัฐบาลไทยจำแนกบุคคลที่ต้องการความคุ้มครองระหว่างประเทศออกจากผู้อพยพด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจ²⁷

3.1 สิทธิของผู้ได้รับการคุ้มครอง

“ผู้ได้รับการคุ้มครอง” จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของประเทศไทย และสามารถเข้าถึงสิทธิต่าง ๆ ตามระเบียบสำนักนายกฯ อันรวมถึงการคุ้มครองจากการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทาง การได้รับเอกสารแสดงตน การเข้าถึงการศึกษา และการเข้าถึงการสาธารณสุข ดังนี้

²⁵ ข้อ 3 ระเบียบสำนักนายกฯ: “ผู้ได้รับการคุ้มครอง” หมายความว่า คนต่างด้าวที่เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักร และไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะเดินทางกลับไปยังประเทศอันเป็นภูมิลำเนาของตน เนื่องจากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหารตามที่คณะกรรมการกำหนด และได้รับสถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองตามระเบียบนี้”

²⁶ ข้อ 25 ระเบียบสำนักนายกฯ: “เมื่อคนต่างด้าวรายใดได้รับสถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองแล้ว ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการกับผู้ได้รับการคุ้มครอง ดังต่อไปนี้

(1) ไม่ส่งตัวผู้ได้รับการคุ้มครองกลับไปยังประเทศอันเป็นภูมิลำเนา เว้นแต่เป็นกรณีที่มีผู้ได้รับการคุ้มครองนั้นประสงค์จะกลับไปออกนอกราชอาณาจักรด้วยความสมัครใจ หรือมีเหตุที่จะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ

(2) ให้ความช่วยเหลือในการกลับไปยังประเทศอันเป็นภูมิลำเนาตามความสมัครใจเมื่อเหตุแห่งการที่ไม่สามารถเดินทางกลับได้สิ้นสุดลง หรือพิจารณาให้ความช่วยเหลือในการติดต่อประสานงานเพื่อให้ผู้ได้รับการคุ้มครองสามารถเดินทางไปประเทศที่จะพำนักต่อไปได้

(3) ให้ผู้ได้รับการคุ้มครองอยู่ในราชอาณาจักรได้เป็นกรณีพิเศษ หรืออนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว แล้วส่งให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองต่อไป ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงผลของการคัดกรองตามระเบียบนี้

(4) ดำเนินการตามสมควรเกี่ยวกับการให้การศึกษาแก่ผู้ได้รับการคุ้มครองที่เป็นเด็ก และการสาธารณสุข ทั้งนี้ ตามกฎหมายพันธกรณีระหว่างประเทศ มติคณะรัฐมนตรี และนโยบายของรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง”

²⁷ UNHCR, “Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights’ Compilation Report Universal Periodic Review: 3rd Cycle, 39th Session: Thailand,” [online] Available from : <https://www.refworld.org/policy/upr/unhcr/2021/en/123963> [24 May 2024], “While not a conventional asylum law, the Regulation provides a regulatory framework for the RTG to differentiate individuals in need of protection from economic migrants through the development of a National Screening Mechanism (NSM). The Regulation also provides for those screened in as Protected Persons, i.e. those unable or unwilling to return to his/her country of origin due to a reasonable ground that they would suffer danger due to persecution, to be permitted to stay in the Kingdom temporarily, under special circumstances and in conformity with the Immigration Act. Further, the Regulation provides for additional rights for Protected Persons, including inter alia, the right to education and healthcare, in conformity with existing laws and policies. Once implemented, the Regulation will hopefully regularize and enhance the protection space for persons in need of international protection.”

สิทธิ	ข้อสังเกต
1. การคุ้มครองจากการถูกส่งกลับ (Protection Against Refoulement)	- มีการกำหนดข้อยกเว้นสำหรับการคุ้มครองให้แก่ความมั่นคงของประเทศ (ระเบียบสำนักนายกฯ ข้อ 25(1))²⁸ - ยังคงต้องเข้าทำสัญญาประกันและวางหลักประกันต่อสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง หากผู้ได้รับการคุ้มครองต้องการอยู่อาศัยนอกสถานกักกันคนต่างด้าว²⁹
2. เอกสารแสดงตน (Documentation)	- เอกสารแสดงสถานะผู้ได้รับการคุ้มครอง (คค.) มีอายุ 5 ปี³⁰ - เอกสารแสดงสถานะผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะ (คค.6) มีอายุ 1 ปี³¹ - สามารถต่ออายุเอกสารแสดงตนได้ โดยสถานะทางกฎหมายยังคงมีอยู่จนกว่าเหตุแห่งการที่ไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาจะสิ้นสุดลง หรือเมื่อสถานะดังกล่าวถูกเพิกถอน
3. เข้าถึงการสาธารณสุข (Access to Healthcare)	ขึ้นอยู่กับนโยบายของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงสาธารณสุข (ระเบียบสำนักนายกฯ ข้อ 25(4))
4. เข้าถึงการศึกษา (Access to Education)	- สำหรับผู้ได้รับการคุ้มครองที่เป็นเด็ก - ขึ้นอยู่กับนโยบายของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงศึกษาธิการ (ระเบียบสำนักนายกฯ ข้อ 25(4))

²⁸ อ่านต่อที่บทที่ 4.5²⁹ อ่านต่อที่บทที่ 4.2³⁰ “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง กำหนดแบบเอกสารแสดงสถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 35. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000003500.pdf>]³¹ “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง กำหนดเอกสารแสดงสถานะเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะ แบบการพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง และแบบพิมพ์ลายนิ้วมือ,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 34. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000003400.pdf>]

3.2 ภาพรวมกระบวนการคัดกรอง

ระเบียบสำนักนายกฯ และกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกำหนดขั้นตอนตอนการคัดกรองคนต่างด้าวไว้ 2 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้

ในขั้นตอนแรก คนต่างด้าวที่ประสงค์ขอรับความคุ้มครองภายใต้กระบวนการ NSM จะต้องยื่น “คำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.1)” เพื่อเข้าสู่กระบวนการประเมินคุณสมบัติเบื้องต้น (Pre-Screening)³² โดยกระบวนการดังกล่าวจะรวมถึงการสัมภาษณ์รายบุคคลกับเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองเพื่อตรวจสอบว่าผู้สมัครคุณสมบัติต้องห้ามตามที่กำหนดหรือไม่ และพิจารณามูลเหตุในการขอรับความคุ้มครองเบื้องต้น

ในขั้นตอนที่สอง หากเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองพิจารณาว่าคนต่างด้าวนั้นมีคุณสมบัติครบถ้วน และมีมูลเหตุที่เหมาะสม คนต่างด้าวจะได้รับสิทธิในการยื่น “คำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.5)” และจะต้องยื่นคำขอดังกล่าวภายใน 60 วัน โดยผู้สมัครจะต้องอธิบายถึงเหตุผลในการขอรับความคุ้มครองเป็นลายลักษณ์อักษรให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ พร้อมให้รายละเอียดอย่างครบถ้วนในการสัมภาษณ์อีกครั้งหนึ่งกับเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง (Full Screening) อีกทั้งยังสามารถส่งหลักฐานและข้อมูลประเทศต้นทาง (Country of Origin Information) ที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมได้

อนึ่ง แม้เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองจะเป็นผู้สัมภาษณ์คนต่างด้าว ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาให้สถานะตามคำขอฯ ได้แก่ คณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง โดยอ้างอิงข้อมูลที่เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองผู้สัมภาษณ์ได้ให้ไว้ใน “แบบการพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.7)” และเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

ภายใต้ระเบียบสำนักนายกฯ ผู้สมัครมีสิทธิในการเข้าถึงล่ามแปลภาษา ความช่วยเหลือทางกฎหมาย และผู้แทนทางกฎหมาย³³ อย่างไรก็ดี เนื่องจากองค์กรที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ลี้ภัยในปัจจุบันส่วนมากมักเป็นองค์กรไม่แสวงหาผลกำไรจากภาคประชาสังคม การเข้าถึงสิทธิดังกล่าวจึงยังคงมีข้อจำกัดในทางปฏิบัติเป็นอย่างมากเนื่องด้วยข้อจำกัดด้านทรัพยากร ความเข้าใจในกระบวนการ ข้อจำกัดด้านภาษา และนโยบายภายในของแต่ละองค์กร

³² ข้อ 16-18 ระเบียบสำนักนายกฯ

³³ “ข้อ 4 ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการพิจารณาคัดกรองคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 72 ง, วันที่ 27 มีนาคม 2566, หน้า 35. [แหล่งที่มา : https://drive.google.com/file/d/18R23BSEIfpxF18avDNRH2GY_6dpufik/view], “ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ร่วมกับสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติประจำประเทศไทย องค์การระหว่างประเทศเพื่อการโยกย้ายถิ่นฐานประจำประเทศไทย และภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง ให้การสนับสนุนและความช่วยเหลือที่จำเป็นให้ผู้ยื่นคำร้องขอรับสิทธิสามารถเข้าใจและเข้าสู่กระบวนการยื่นคำร้องขอได้ในภาษาต่าง ๆ รวมถึงการเข้าถึงความช่วยเหลือทางกฎหมายและการมีผู้แทนทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ยื่นคำร้องขอเป็นผู้เยาว์ที่อยู่โดยลำพังตลอดจนความช่วยเหลือพิเศษแก่ผู้ยื่นคำร้องขอที่มีความต้องการเฉพาะ เช่น ผู้เยาว์ที่อยู่โดยลำพัง ผู้ไม่รู้หนังสือ ผู้พิการ หรือผู้เจ็บป่วย”

1. คำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง

วัตถุประสงค์: เพื่อตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครและมูลเหตุแห่งการร้องขอ

- คนต่างด้าวยื่นแบบคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.1) (Eligibility Application Form for Person Seeking Protection: KG.1)³⁴ ต่อเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง เพื่อลงทะเบียนเข้าสู่กระบวนการคัดกรอง
- เจ้าหน้าที่จะสัมภาษณ์ผู้สมัครรายบุคคลเบื้องต้นและพิจารณาคำร้องฯ ภายใน 30 วันนับแต่วันที่รับคำร้อง
- หากได้รับสิทธิตามคำร้องฯ - คนต่างด้าวจะมีสิทธิยื่นคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง ภายใน 60 วัน
- หากถูกปฏิเสธตามคำร้องฯ - คนต่างด้าวจะมีสิทธิอุทธรณ์ภายใน 15 วันนับแต่วันที่รับแจ้งผลการพิจารณา

2. คำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง

วัตถุประสงค์: เพื่อพิจารณาเหตุประหัตประหารและการคุ้มครอง

- คนต่างด้าวยื่นแบบคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.5) (Application Form for Person Seeking Protection: KG.5)³⁵ ต่อคณะกรรมการฯ ภายใน 60 วันนับแต่วันที่รับแจ้งผลคำร้องฯ
- เจ้าหน้าที่จะสัมภาษณ์ผู้สมัครรายบุคคลโดยลงรายละเอียดตามหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง บันทึกข้อมูลในแบบการพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.7) (Assessment Form for Person Seeking Protection: KG.7)³⁶ และนำเสนอแบบการพิจารณาดังกล่าวให้แก่คณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง³⁷
- คนต่างด้าวอาจพิจารณานำส่งข้อมูล เอกสารหรือหลักฐานอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด
- ขณะพิจารณาคำขอฯ - คนต่างด้าวมีสถานะเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะ (Person Under Screening)
- หากได้รับสิทธิตามคำขอฯ - คนต่างด้าวมีสถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (Protected Person)

³⁴ “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง กำหนดแบบคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 30. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000003000.pdf>]

³⁵ “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง กำหนดแบบคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 33. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000003300.pdf>]

³⁶ “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง กำหนดเอกสารแสดงสถานะเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะ แบบการพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง และแบบพิมพ์ลายนิ้วมือ,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 34. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000003400.pdf>]

³⁷ อ่านต่อที่บทที่ 3.3.2

3.3 หลักเกณฑ์การพิจารณาคำร้องและคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง

3.3.1 คำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง

เมื่อคนต่างด้าวยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองที่มีอำนาจจะสัมภาษณ์ผู้สมัครรายบุคคลเบื้องต้น โดยกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกำหนดองค์ประกอบดังต่อไปนี้แก่เจ้าหน้าที่เพื่อพิจารณาคำร้องดังกล่าว³⁸

องค์ประกอบ	รายละเอียด
1. ไม่เป็นคนต่างด้าวที่กระทรวงมหาดไทยมีมาตรการหรือกระบวนการดำเนินการรองรับเป็นการเฉพาะ	ในทางปฏิบัติ อาจรวมถึงประชากรดังต่อไปนี้ ● ผู้หนีภัยการสู้รบในพื้นที่พิกังชั๋วคราวระหว่างพรมแดนไทย-เมียนมา จำนวน 9 แห่งในจังหวัดตาก แม่ฮ่องสอน กาญจนบุรี และราชบุรี³⁹ ● ผู้หนีภัยความไม่สงบชาวเมียนมาในพื้นที่ปลอดภัยชั่วคราวจำนวน 5 แห่งในจังหวัดแม่ฮ่องสอน
2. ไม่เป็นแรงงานต่างด้าวสัญชาติเมียนมา ลาว กัมพูชา และเวียดนาม ที่คณะรัฐมนตรีมีมติกำหนดมาตรการหรือกระบวนการดำเนินการรองรับเป็นการเฉพาะ หรือที่คณะรัฐมนตรีมีมติกำหนดเพิ่มเติม	ในทางปฏิบัติ อาจรวมถึงประชากรแรงงานข้ามชาติ (Migrant Worker) ที่อยู่อาศัยและทำงานในประเทศไทย ยกตัวอย่างเช่น ● แรงงานข้ามชาติจากประเทศเมียนมา ลาว กัมพูชา และเวียดนาม ภายใต้บันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding: MOU) ระหว่างรัฐบาลไทยและประเทศต้นทางว่าด้วยความร่วมมือด้านแรงงาน ● แรงงานข้ามชาติที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานตามมติคณะรัฐมนตรีรวมถึงแรงงานข้ามชาติซึ่งได้รับการผ่อนผันให้อยู่และทำงานในประเทศไทยได้ชั่วคราวตามมติคณะรัฐมนตรี

³⁸ ข้อ 16-17 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการพิจารณาคัดกรองคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 72 ง, วันที่ 27 มีนาคม 2566, หน้า 35-37. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D072S0000000003500.pdf>]

³⁹ UNHCR, “UNHCR ในประเทศไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.unhcr.org/th/unhcr-in-thailand> [27 พฤษภาคม 2567], “ในปี พ.ศ. 2541 รัฐบาลไทยได้ร้องขอให้ UNHCR เข้ามาให้ความช่วยเหลือในการมอบความคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยจากเมียนมา ในพื้นที่ชายแดนไทย-เมียนมา ปัจจุบัน ประเทศไทยให้ที่พักพิงที่ปลอดภัยแก่ผู้ลี้ภัยจากประเทศเมียนมา 90,337 คน (อยู่ระหว่างการตรวจสอบ ข้อมูล ณ เดือนมิถุนายน พ.ศ. 2566) ในพื้นที่พิกังชั๋วคราวซึ่งดำเนินการโดยรัฐบาลไทยจำนวน 9 แห่งบริเวณแนวชายแดนไทย-เมียนมา นอกจากนี้ ยังมีผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัยในเขตเมืองประมาณ 5,000 คนจาก 40 ประเทศทั่วโลก และบุคคลไร้รัฐไร้สัญชาติที่ได้ขึ้นทะเบียนกับรัฐบาลไทยอีกราว 480,000 คน”

องค์ประกอบ	รายละเอียด
3. แบบคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.1)	เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองจะพิจารณาว่าเหตุที่กล่าวอ้างในแบบคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.1) มีความชัดเจนเพียงพอหรือไม่ โดยยังไม่พิจารณาหรือตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงในเนื้อหาของเหตุที่กล่าวอ้าง ⁴⁰

3.3.2 คำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง

หากคนต่างด้าวผ่านขั้นตอนคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง จะมีสถานะเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะ (Person Under Screening) ซึ่งต้องยื่นคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองภายใน 60 วัน และสัมภาษณ์กับเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองรายบุคคลโดยลงรายละเอียดเกี่ยวกับเหตุผลที่เดินทางออกจากประเทศต้นทาง การประหัตประหาร และความหวาดกลัวต่อการเดินทางกลับประเทศต้นทาง โดย “คณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง” เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาให้สถานะผู้ได้รับการคุ้มครอง (Protected Person) ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งกำหนดองค์ประกอบไว้ดังต่อไปนี้⁴¹

องค์ประกอบ	รายละเอียด
1. อยู่นอกประเทศต้นทาง	• กรณีมีสัญชาติ อยู่นอกอาณาเขตรัฐแห่งสัญชาติตน • กรณีเป็นบุคคลไร้รัฐ อยู่นอกรัฐที่มีถิ่นพำนักประจำ
2. ไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะเดินทางกลับประเทศต้นทาง	• กรณีมีสัญชาติ ไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะเดินทางกลับรัฐแห่งสัญชาติ และไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะได้รับการคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติ

⁴⁰ “ข้อ 2 วรรคสอง ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการพิจารณาคัดกรองคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 72 ง, วันที่ 27 มีนาคม 2566, หน้า 35. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D072S0000000003500.pdf>] “การพิจารณาคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาจากเหตุที่กล่าวอ้างในคำร้องขอว่ามีความชัดเจนเพียงพอที่ผู้ยื่นคำร้องขอจะได้รับสิทธิเช่นนั้นหรือไม่ โดยยังไม่ต้องพิจารณาหรือตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงในเนื้อหาของเหตุที่กล่าวอ้างนั้น”

⁴¹ ข้อ 6 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี, “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง กำหนดเอกสารแสดงสถานะเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะ แบบการพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง และแบบพิมพ์ลายนิ้วมือ,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 34. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000003400.pdf>]; “ข้อกำหนดคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง เหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหาร,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 42. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000004200.pdf>]

องค์ประกอบ	รายละเอียด
	• กรณีเป็นบุคคลไร้รัฐ ไม่สามารถหรือไม่สนใจที่จะเดินทางกลับรัฐที่มีถิ่นพำนักประจำ • ไม่เป็นผู้มีสิทธิและหน้าที่ในประเทศอื่นและสามารถใช้ชีวิตอยู่ในประเทศอื่นนั้นได้อยู่แล้ว ➤ ในทางปฏิบัติ อาจหมายถึงผู้สามารถเข้าถึงวิธีการแก้ไขปัญหายั่งยืน (Durable Solution) อย่างใดอย่างหนึ่ง⁴² ➤ แนวทางดีความในปัจจุบันรวมถึงผู้มีสิทธิอาศัยในประเทศไทย กล่าวคือ ผู้ที่ยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองจะต้องเป็นคนต่างด้าวที่มีสถานะเข้าเมืองหรืออยู่อาศัยโดยมิชอบด้วยกฎหมายและผ่านการดำเนินคดีทางอาญาแล้ว⁴³
3. มีความหวาดกลัวจากการประหัตประหาร	• มีความหวาดกลัวอันมีข้อเท็จจริงปรากฏหรือมีเหตุการณ์เกิดขึ้นอันทำให้เชื่อได้ว่ามีโอกาสอย่างแท้จริงที่คนต่างด้าวนั้นจะได้รับอันตรายจากการประหัตประหาร การคุกคามชีวิตหรือเสรีภาพ การทรมาน การกระทำให้สูญหาย หรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรูปแบบอื่นอย่างร้ายแรง • พิจารณาเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหารโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงและบริบททั้งปวงที่เกี่ยวข้องในประเทศต้นทางประกอบด้วย เช่น ➤ การมีรูปแบบที่ต่อเนื่องของการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐนั้นอย่างร้ายแรง โดยซึ่งหน้าหรืออย่างกว้างขวาง ➤ การรุกรานจากรัฐอื่น การยึดครองดินแดน การถูกยึดอำนาจโดยต่างชาติ ➤ เหตุการณ์ที่ส่งผลให้เกิดความไม่สงบอย่างรุนแรงไม่ว่าในพื้นที่ทั้งหมดหรือบางส่วนของรัฐ

⁴² อ่านต่อที่บทที่ 4.4⁴³ อ่านต่อที่บทที่ 4.2

องค์ประกอบ	รายละเอียด
4. การประหัตประหารมีสาเหตุมาจากฐานทางกฎหมายที่กำหนด	การประหัตประหาร มาจากอย่างน้อยหนึ่งสาเหตุดังต่อไปนี้ ➤ เชื้อชาติ (Ethnicity) ➤ ศาสนา (Religion) ➤ สัญชาติ (Nationality) ➤ ความคิดเห็นทางการเมือง (Political opinion) ➤ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม (Membership of a Particular Social Group) ➤ สถานการณ์รุนแรงที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน คุณค่าต่อชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพอย่างร้ายแรง และอย่างไม่เจาะจง (Violent Situation Affecting Public Order or Serious and Indiscriminate Threats to Life, Physical or Freedom) ➤ อื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
5. ความเป็นไปได้ในการย้ายถิ่นฐานภายในประเทศต้นทาง	ไม่สามารถย้ายถิ่นฐานไปที่อื่นภายในประเทศโดยจะไม่ถูกประหัตประหาร (Reasonable Live Without Fear of Persecution) หรือมีความลำบากยากแค้นเกินควร (Undue Hardship)
6. ไม่เป็นผู้มีเหตุอันสมควรได้รับการคุ้มครอง	• ไม่มีส่วนร่วมในอาชญากรรมต่อสันติภาพ (Crime Against Peace) อาชญากรรมสงคราม (War Crime) หรือ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crime Against Humanity) ตามที่ได้บัญญัติไว้ในพิธีสารระหว่างประเทศ • ไม่ได้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงซึ่งมิใช่อาชญากรรมการเมือง (Serious, Non-Political Crime) ก่อนเดินทางเข้าราชอาณาจักร

องค์ประกอบ	รายละเอียด
7. ผ่านการตรวจสอบพื้นหลังด้านความมั่นคง	- ผ่านการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมจากกองทะเบียนประวัติอาชญากร สำนักงานตำรวจแห่งชาติ - ผ่านการตรวจสอบพฤติการณ์บุคคลและทางการเมืองจากกองบัญชาการตำรวจสันติบาล - ผ่านการตรวจสอบพฤติการณ์เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติจากสำนักงานข่าวกรองแห่งชาติ - ผ่านการตรวจสอบหมายจับจากกองการต่างประเทศ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ
8. ผ่านการตรวจสอบสุขภาพ	มีใบรับรองแพทย์เพื่อแสดงว่าไม่มีโรคอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดโรคต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรหรือเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร พ.ศ. 2563
9. เอกสารที่ใช้ประกอบการพิจารณา	- แบบคำขอเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.5) - แบบการพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง (คก.7) - ข้อมูล เอกสาร หรือหลักฐานอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด เช่น บันทึกจากการสัมภาษณ์

4. บทวิเคราะห์

ในบริบทสากลทั่วไปในประเทศที่ได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ ระบบคัดกรองคนต่างด้าวที่พิจารณาเหตุประหัตประหารเป็นสำคัญ เช่น กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย ที่ดำเนินงานโดยหน่วยงานภาครัฐหรือโดย UNHCR มักมีพื้นฐานมาจากกฎหมายมนุษยธรรมและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ดี ภายใต้บริบทปัจจุบันของประเทศไทย ซึ่งมีได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ และได้มีกฎหมายภายในที่รับรองสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัย กระบวนการคัดกรอง NSM มีรากฐานโดยตรงมาจากกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและดำเนินการโดยกองกำกับการ 4 กองบังคับการสืบสวนสอบสวน สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง

เมื่ออยู่ในบริบทของกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองซึ่งยึดโยงกับความมั่นคงของชาติในหลายประการ กระบวนการคัดกรอง NSM จึงมีข้อพิจารณาอื่นที่นอกเหนือไปจากเหตุผลด้านความเสี่ยงต่อการประหัตประหาร ซึ่งแตกต่างไปจากบริบทของความคุ้มครองระหว่างประเทศ ที่เป็นเจตนารมณ์หลักของกระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัยโดยทั่วไป

ผู้เขียนในฐานะผู้มีประสบการณ์เป็นผู้แทนทางกฎหมายแก่ผู้ลี้ภัยซึ่งเป็นผู้แสวงหาที่ลี้ภัยภายใต้กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย ที่ UNHCR ได้ดำเนินการในประเทศไทยมานานหลายทศวรรษ และผู้ให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่ผู้ลี้ภัยซึ่งเป็นผู้ลี้ภัยภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่เป็นกระบวนการใหม่ จะวิเคราะห์ถึงแก่นสารของทั้งสองกระบวนการข้อท้าทายทั้งในเชิงนโยบายและเชิงปฏิบัติ รวมถึงข้อถกเถียงว่ากระบวนการคัดกรอง NSM อาจมิใช่กระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยในระดับชาติ ตามความคาดหวังของประชาคมโลกก็เป็นได้

4.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาที่เปิดกว้างสำหรับสถานะ “ผู้ได้รับความคุ้มครอง”

ในบริบทสากลทั่วไป ผู้ลี้ภัย ได้แก่ บุคคลที่เข้าลักษณะตามนิยามของผู้ลี้ภัยภายใต้อนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁴⁴ และกฎเกณฑ์อื่นที่เกี่ยวข้อง⁴⁴ โดยเป็นผู้ที่ผ่านการรับรองสถานภาพเป็นผู้ลี้ภัย ผ่านกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยของหน่วยงานที่รับผิดชอบในรัฐที่บุคคลนั้นแสวงหาที่ลี้ภัย ซึ่งอาจดำเนินการโดย UNHCR หรือหน่วยงานภาครัฐ อนึ่ง ในประเทศไทย UNHCR เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการดำเนินการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย⁴⁵

กระบวนการคัดกรอง NSM เป็นกระบวนการภายใต้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของประเทศไทย ซึ่งมีใช้กระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัยในระดับชาติ แต่เป็นเพียงการคัดกรองเพื่อพิจารณาให้ความคุ้มครองผู้พลัดถิ่นจากการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางตามหลักไม่ผลักดันกลับ อันเป็นพันธกรณีภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ การที่ประเทศไทยเริ่มกระบวนการคัดกรอง NSM เป็นการพัฒนากฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองให้สอดคล้องกับหลักไม่ผลักดันกลับ แต่ยังมีใช้การปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁴⁵ เนื่องจากประเทศไทยยังมิได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาดังกล่าว

ดังนั้น เมื่อประเทศไทยมีกระบวนการคัดกรองผู้ลี้ภัย แต่มิได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁴⁵ ประเทศไทยจึงมิได้มีพันธกรณีอย่างชัดเจนในการกำหนดนิยามและหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะ “ผู้ได้รับการคุ้มครอง” ให้เสมือนหนึ่งไปกับอนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁴⁵ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่านิยามและหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองมีความเปิดกว้างและยืดหยุ่นไปกว่าองค์ประกอบ “ความหวาดกลัวซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่าจะถูกประหัตประหาร” ตามนิยามของอนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁴⁵

⁴⁴ นอกเหนือไปจากอนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁴⁵ อาจมีกฎเกณฑ์อื่นที่เกี่ยวข้องสำหรับการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย ซึ่งกฎเกณฑ์อื่นนี้อาจแปรเปลี่ยนไปตามบริบทของกฎหมายภายใน ตราสารในระดับภูมิภาค (Regional Instruments) และพันธกรณีระหว่างประเทศของแต่ละรัฐผู้รับ (Country of Asylum) นั้น รวมถึงอาณัติ (Mandate) ของ UNHCR หรือหน่วยงานอื่นที่ดำเนินการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย

⁴⁵ อ่านต่อที่บทที่ 4.3; UNHCR เริ่มทำงานในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2518 ผ่านบันทึกความเข้าใจ (MOU) กับรัฐบาลไทย โดยริเริ่มทำงานด้านมนุษยธรรมในช่วงวิกฤตผู้ลี้ภัยโดยทางเรือจากสงครามอินโดจีน ดูเพิ่มเติม UNHCR and Government of the Kingdom of Thailand, “Agreement between the United Nations High Commissioner for Refugees and the Government of the Kingdom of Thailand,” [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/agreements/unhcr/1975/en/13339> [27 May 2024]

กล่าวคือ กระบวนการคัดกรอง NSM นั้น นอกจากจะเป็นการคัดกรองเพื่อพิจารณาให้ความคุ้มครองแก่ผู้พลัดถิ่นจากการบังคับส่งกลับแล้ว ยังเป็นการบูรณาการพันธกรณีระหว่างประเทศของประเทศไทย ภายใต้พิธีสารอื่น ๆ อีกด้วย

กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องวางองค์ประกอบของสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองไว้ว่าเป็นบุคคลที่ “มีความหวาดกลัวอันมีข้อเท็จจริงปรากฏหรือมีเหตุการณ์เกิดขึ้นอันทำให้เชื่อได้ว่ามีโอกาสอย่างแท้จริงที่คนต่างด้าวนั้นจะได้รับอันตรายจากการประหัตประหาร การคุกคามชีวิตหรือเสรีภาพ การทรมาน การกระทำให้สูญหาย หรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรูปแบบอื่นอย่างร้ายแรง”⁴⁶ เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำดังกล่าว อาจเข้าใจได้ว่ากระบวนการคัดกรอง NSM มีได้พิจารณาครอบคลุมการประหัตประหารแต่เพียงอย่างเดียว แต่ครอบคลุมไปถึงการสิทธิในชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) รวมถึงการทรมาน และการกระทำให้สูญหายตามอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) และอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) ตามพันธกรณีภายใต้ตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ผูกพันประเทศไทย⁴⁷

นอกเหนือไปจากการประหัตประหาร “ด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง”⁴⁸ ที่สอดคล้องกับฐานทางกฎหมาย 5 ประการตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ แล้ว กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องยังกำหนดให้คณะกรรมการคัดกรองผู้ได้รับความคุ้มครอง “พิจารณาเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหารโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงและบริบททั้งปวงที่เกี่ยวข้องในประเทศต้นทางประกอบด้วย”⁴⁹ โดยกล่าวถึงตัวอย่างเช่น “การมีรูปแบบที่ต่อเนื่องของการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐนั้นอย่างร้ายแรง โดยซึ่งหน้าหรืออย่างกว้างขวาง การรุกราน

⁴⁶ ข้อ 2 ข้อกำหนดคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง เหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหาร,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 42. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000004200.pdf>]

⁴⁷ Zsombor Peter, “Rights Groups, Refugees Wary of Thailand’s New Asylum Program,” [online] Available from : <https://www.voanews.com/a/rights-groups-refugees-wary-of-thailand-s-new-asylum-program/7276358.html> [27 May 2024]

⁴⁸ “ข้อ 2 ข้อกำหนดคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง เหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหาร,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 42. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000004200.pdf>]

⁴⁹ “วรรคสาม ข้อกำหนดคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง เหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะได้รับอันตรายจากการถูกประหัตประหาร,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 42. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000004200.pdf>]

จากรัฐอื่น การยึดครองดินแดน การถูกยึดอำนาจโดยต่างชาติ เหตุการณ์ที่ส่งผลให้เกิดความไม่สงบอย่างรุนแรงไม่ว่าในพื้นที่ทั้งหมดหรือบางส่วนของรัฐ”⁵⁰ ซึ่งสอดคล้องกับองค์ประกอบเพิ่มเติมของนิยามผู้ลี้ภัย⁵¹ ที่พิจารณาความรุนแรงที่เกิดขึ้นแก่ประชาชนโดยทั่วไป ดังที่ปรากฏในทวีปแอฟริกา⁵² และในภูมิภาคละตินอเมริกา⁵³

ในทวีปแอฟริกาและภูมิภาคละตินอเมริกา ผู้พลัดถิ่นอาจอ้างถึงเหตุผลในการพลัดถิ่นจากประเทศต้นทางที่เปิดกว้างไปกว่าฐานทางกฎหมายตามอนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ โดยอาจรวมถึงความขัดแย้งทางดินแดน เช่น การแทรกแซงทางการทหารของกองทัพประเทศเคนยาในดินแดนประเทศโซมาเลีย ความขัดแย้งเรื่องเขตแดนระหว่างซูดานและซูดานใต้ การยึดครองดินแดนทางตะวันตกเฉียงเหนือของทวีปแอฟริกาโดยกองทัพประเทศโมร็อกโก⁵⁴ ความรุนแรงที่เกิดขึ้นแก่ประชาชนโดยทั่วไป เช่น สงครามกลางเมืองในประเทศแองโกลา ประเทศโกตดิวัวร์ สาธารณรัฐแอฟริกากลาง สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก ประเทศ

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน

⁵¹ Cathryn Costello, Michelle Foster, and Jane McAdam, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, (Oxford University Press, 2021), p.625-626: “The most widely recognized regional refugee definitions are found in Africa and Latin America, where multilateral arrangements between regional State groupings have extended refugee protection beyond those with a well-founded fear of being persecuted to people fleeing other, more widespread situations and harms, such as generalized violence, massive human rights violations and serious disturbances to public order.”

⁵² Organisation of African Unity (OAU), “Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa: United Nations, Treaty Series, No. 14691 (20 June 1974),” [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/agreements/oau/1969/en/13572> [23 April 2024], Article I(1)-(2): “(1) For the purposes of this Convention, the term “refugee” shall mean every person who, owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it. (2) The term “refugee” shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality.”

⁵³ Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, “Cartagena Declaration on Refugees,” [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/resolution/rri/1984/en/64184> [23 April 2024], Conclusion III(3) “...the definition or concept of a refugee to be recommended for use in the region is one which, in addition to containing the elements of the 1951 Convention and the 1967 Protocol, includes among refugees persons who have fled their country because their lives, safety or freedom have been threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order.”

⁵⁴ Cathryn Costello, Michelle Foster, and Jane McAdam, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, p.631.

โซมาเลีย และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศรวันดา⁵⁵ อีกทั้งมีความเห็นว่าอาชกรรมถึงความยากจน การถดถอยทางเศรษฐกิจ เงินเฟ้อ ความรุนแรง โรคระบาด ความไม่มั่นคงทางอาหาร ภาวะทุพโภชนาการ และการพลัดถิ่น⁵⁶

จึงอาจเข้าใจได้ว่า หลักเกณฑ์การพิจารณาภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM มีความเปิดกว้าง และยืดหยุ่นไปกว่านิยามผู้ลี้ภัยสากล ภายใต้อนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ เนื่องจากเป็นการรับรองพันธกรณีระหว่างประเทศทางสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยภายใต้ตราสารหลายฉบับ อีกทั้งมีการอ้างอิงแนวคิดดังที่ปรากฏในตราสารภูมิภาคอื่น ๆ ด้วย ดังนั้น คณะกรรมการคัดกรองผู้ได้รับความคุ้มครองควรพิจารณาให้สถานะ “ผู้ได้รับความคุ้มครอง” ได้โดยการประเมินเหตุผลการพลัดถิ่นที่รวมถึงทั้งอัตลักษณ์เฉพาะตัวบุคคลและเหตุการณ์ความไม่สงบต่าง ๆ ในประเทศต้นทาง เพื่อความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศในเชิงปฏิบัติและพันธกรณีระหว่างประเทศทั้งหลายของประเทศไทย

4.2 ลำดับศักดิ์ของกฎหมายและการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ

ข้อ 25(3) ของระเบียบสำนักนายกฯ วางหลักให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการ “ให้ผู้ได้รับการคุ้มครองอยู่ในราชอาณาจักรได้เป็นกรณีพิเศษ หรืออนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว แล้วส่งให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองต่อไป”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้างต้นแล้ว อาจเข้าใจได้ว่าคนต่างด้าวที่ยื่นคำร้องและคำขอ ภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM จะยังไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการตรวจคนเข้าเมืองและมีสิทธิพำนักในราชอาณาจักรไทยเป็นการชั่วคราว ขณะพิจารณาสถานะ และเมื่อได้รับสถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองแล้ว จะมีสิทธิพำนักต่อไปได้จนกว่าเหตุประเทศต้นทางจะปลอดภัยหรือจนกว่าจะมีโอกาสเดินทางไปยังประเทศที่สามเพื่อตั้งถิ่นฐาน อย่างไรก็ตาม แนวทางการตีความนั้นได้แปรเปลี่ยนไปเมื่อมีการบังคับใช้ระเบียบสำนักนายกฯ ข้างเคียงไปกับกรอบกฎหมายอื่นที่มีอยู่

ระเบียบสำนักนายกฯ มิใช่กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติแต่เป็นกฎหมายลำดับรอง ฉะนั้นแล้ว พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ จึงยังคงเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าและใช้บังคับแก่คนต่างด้าวทั้งหลาย เป็นการทั่วไปแบบเหมารวม ซึ่งรวมถึงผู้ลี้ภัยในเขตเมืองของประเทศไทยด้วย กล่าวคือ ในทางปฏิบัติแล้ว คนต่างด้าวที่ประสงค์จะยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง จะต้องผ่านกระบวนการที่เกี่ยวข้อง ภายใต้พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ ก่อน จึงจะสามารถเข้าสู่กระบวนการคัดกรอง NSM เพื่อขอรับการคุ้มครองภายใต้ระเบียบสำนักนายกฯ ได้

สืบเนื่องจากเหตุผลข้างต้น และอ้างอิงจากการสังเกตการณ์แนวปฏิบัติว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมือง ของประเทศไทยโดยองค์กรจากภาคประชาสังคมที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ลี้ภัยในกรุงเทพมหานคร

⁵⁵ Ibid., p. 632.

⁵⁶ Ibid., p. 635.

ภายในระยะที่ผ่านมานั้น เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองยังกำหนดให้คนต่างด้าวส่วนมากที่ประสงค์จะสมัครขอรับการคุ้มครองภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM อาจต้องเป็นเป็นคนต่างด้าวที่มีสถานะเข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ ผ่านการดำเนินคดีทางอาญาจนถึงที่สุด ได้รับโทษทางอาญาโดยการชำระค่าปรับหรือได้กักขังแทนค่าปรับจนครบถ้วนแล้ว และกำลังอยู่ในขั้นตอนดำเนินการตามคำสั่งส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 54 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ จึงจะสามารถใช้สิทธิโต้แย้งการดำเนินการส่งกลับนั้นได้โดยอ้างเหตุประหัตประหารและยินยอมเข้าสู่กระบวนการคัดกรอง NSM⁵⁷

ฉะนั้น ภายใต้แนวทางการตีความปัจจุบัน ผู้ยื่นคำร้องภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM จะต้องเป็นคนต่างด้าวที่มีสถานะเข้าเมืองหรืออยู่อาศัยโดยมิชอบด้วยกฎหมายและผ่านการดำเนินคดีทางอาญาแล้ว โดยอาจหมายรวมถึงผู้ที่เดินทางเข้าราชอาณาจักรโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ผู้ที่ไม่มีหนังสือเดินทาง ผู้ที่หนังสือเดินทางหมดอายุแล้วและไม่สามารถติดต่อสถานทูตเพื่อขอทำหนังสือเดินทางใหม่ได้ หรือผู้ที่พำนักในราชอาณาจักรหลังจากที่วีซ่าของตนได้หมดอายุแล้ว ในทางกลับกัน จากการสังเกตการณ์แนวปฏิบัติว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมืองของประเทศไทย ยังพบว่าคนต่างด้าวใดที่ยังมีสถานะที่มิชอบด้วยกฎหมายใด ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เช่น วีซ่าท่องเที่ยว (อาทิ กรณีได้รับ Visa on Arrival) วีซ่าเพื่อการศึกษา เป็นแรงงานข้ามชาติ หรือมีใบอนุญาตทำงาน แม้โดยข้อเท็จจริงจะเป็นผู้ที่เดินทางเข้าสู่ประเทศไทยเพื่อแสวงหาที่พักพิงจากการประหัตประหาร ก็ยังคงเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติในการยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง เนื่องจากมิได้มีสถานะผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ และยังไม่ได้ผ่านการดำเนินคดี กล่าวคือ ผู้ลี้ภัยที่อาศัยอยู่ในเขตเมืองที่ยังไม่เคยถูกจับกุมหรือดำเนินคดีจะยังคงขาดคุณสมบัติที่จำเป็นในการยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง⁵⁸

⁵⁷ Asylum Access Thailand et al., “Joint Letter to Prime Minister Srettha Thavisin Re: Implementation of the National Screening Mechanism,” [online] Available from : <https://www.hrw.org/news/2023/12/13/letter-prime-minister-srettha-thavisin-re-implementation-national-screening> [23 April 2024], “Although Clause 15 of the NSM Regulation defers the repatriation of individuals claiming protected person status, the regulation does not exempt NSM applicants from other actions taken under the Immigration Act. Moreover, given the legally subordinate nature of the NSM Regulation compared to the Immigration Act, in the current situation the majority of NSM applicants would face arrest, detention, and prosecution under the Immigration Act prior to even being considered under the NSM process. This situation not only goes against the stated aims and intentions of the NSM, but also discourages and disincentivizes potential NSM applicants, and places an unnecessary burden on Thailand’s courts and system of immigration detention to cope with NSM applicants.”

⁵⁸ ประชากรพลัดถิ่นในเขตเมืองของประเทศไทยอาจมีสถานะทางกฎหมายที่หลากหลายและเข้าลักษณะเป็นบริบทการโยกย้ายถิ่นฐานแบบผสม (Mixed Migration) กล่าวคือ ด้วยข้อจำกัดทางกฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศไทย ผู้ลี้ภัยและผู้แสวงหาผู้ลี้ภัยที่มีทุนทรัพย์เพียงพออาจเลือกที่จะเดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมายผ่านวีซ่านานาประเภท เช่น วีซ่าท่องเที่ยว หรือวีซ่าเพื่อการศึกษา เนื่องจากประเทศไทยไม่ได้มีวีซ่าเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหาที่ลี้ภัย (Asylum Visa) เป็นการเฉพาะ ดังนั้นข้อกำหนดให้ผู้สมัครทุกคนต้องผ่านการดำเนินคดีนั้นอาจเป็นการบังคับทางอ้อมให้ผู้สมัครทุกคนต้องจงใจฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อขอรับการคุ้มครองตามกฎหมายในภายหลัง

หากคนต่างด้าวที่ต้องการยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองยังมีได้ผ่านกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จะมีความเสี่ยงสูงต่อการถูกจับกุมและดำเนินคดีตามกฎหมายคนเข้าเมือง⁵⁹ เนื่องจากการติดต่อเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองเพื่อแสดงความประสงค์เข้าสู่กระบวนการคัดกรองอาจเสมือนเป็นการรายงานตัวต่อเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง และเมื่อสิ้นสุดกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้วก็มีความเสี่ยงสูงต่อการถูกส่งตัวไปที่สถานกักกันคนต่างด้าว

ปัจจุบัน คนต่างด้าวที่อยู่ในขั้นตอนดำเนินการตามคำสั่งส่งกลับตามมาตรา 54 (ซึ่งมีคุณสมบัติยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง) ส่วนมากจะเป็นผู้ต้องกัก ณ สถานกักกันคนต่างด้าวของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง หรือในบางกรณีผู้ต้องกักอาจเข้าทำสัญญาประกันเพื่ออยู่อาศัย ณ สถานที่อื่นในเขตเมืองได้โดยการวางเงินเป็นหลักประกัน อนึ่ง ผู้เขียนมีความเห็นว่าผู้สมัครบุคคลในทั้งสองกรณีควรมีโอกาสเลือกที่จะยื่นคำร้องขอรับสิทธิเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองเพื่อเข้าสู่กระบวนการคัดกรอง NSM ได้โดยความสมัครใจจากทั้งภายในสถานกักกันคนต่างด้าวหรือโดยติดต่อกองกำกับการ 4 โดยตรงหลังได้สิทธิอยู่อาศัยนอกสถานกักกันได้ผ่านการทำสัญญาประกัน (ณ เดือนมีนาคม พ.ศ. 2567 จำนวนวงเงินประกันกำหนดไว้ที่ไม่น้อยกว่า 20,000 บาท⁶⁰ ซึ่งเป็นจำนวนเงินที่สูงมากเมื่อคำนึงว่าผู้ลี้ภัยไม่มีสิทธิในการทำงานอย่างถูกต้องตามกฎหมาย)

นอกจากนี้ เมื่อเทียบกับกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง แนวปฏิบัติในปัจจุบันยังมีความไม่แน่ชัดเกี่ยวกับสิทธิพำนักในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว ของผู้ได้รับการคุ้มครอง เนื่องจากแนวทางปฏิบัติในปัจจุบันยังคงกำหนดถึงกรณีผู้ต้องกักเข้าสู่กระบวนการคัดกรองและได้รับสถานะเป็นผู้ได้รับความคุ้มครองขณะอยู่ในสถานกักกันคนต่างด้าว หากประสงค์ที่จะอยู่อาศัยในประเทศไทยนอกสถานกักกันคนต่างด้าวก็ยังจำเป็นที่จะต้องเข้าทำสัญญาประกันและวางเงินเป็นหลักประกันแก่สถานกักกันคนต่างด้าวเช่นกัน

ดังนั้น ในภาพรวม แม้ประเทศไทยมีการดำเนินการตามกระบวนการคัดกรอง NSM แล้ว ระบบกฎหมายและแนวปฏิบัติว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมืองของประเทศไทยจึงยังคงเป็นการบังคับใช้มาตรการทางอาญาแบบเหมารวมและกำหนดให้โทษทางอาญาแก่ผู้หนีภัยประหัตประหารที่ต้องการความคุ้มครองด้วยการกำหนดให้ผู้ลี้ภัยต้องถูกดำเนินคดีเสียก่อนจึงจะขอรับความคุ้มครองได้ และต้องเข้าทำสัญญาประกันพร้อมวางหลักประกันเป็นเงินจำนวนมากเพื่ออาศัยอยู่ในประเทศไทยนอกสถานกักกันคนต่างด้าว ซึ่งสร้างความหวาดกลัวและไม่ไว้วางใจต่อประชากรผู้ลี้ภัยจำนวนมาก อีกทั้งเป็นการสร้างมุมมองสาธารณะในเชิงลบแก่ประชากรผู้ลี้ภัยว่าเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญาหรือเป็นภัยต่อสังคม

⁵⁹ Waritsara Rungthong and Caroline Stover, "Thailand's National Screening Mechanism: Key Issues," [online] Available from : <https://opiniojuris.org/2020/01/28/thailands-national-screening-mechanism-key-issues/> [23 April 2024] ("Rungthong and Stover"), "The regulation further fails to rule out detention. Those seeking protected person status may be permitted to stay in a location as determined by immigration authorities, but this seems hardly different from Thailand's current system of bail and detention, which is granted on a discretionary basis and has often been denied."

⁶⁰ คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่ 45/2567 เรื่อง มอบหมายการพิจารณาเกี่ยวกับการประกันตัวคนต่างด้าวที่รอการส่งกลับไปนอกราชอาณาจักรตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 และหลักเกณฑ์การประกันตัว

เนื่องจากต้นเหตุปัญหาการให้โทษทางอาญานั้นมาจากลำดับศักดิ์ของกฎหมาย แนวทางการแก้ไข ปัญหาที่ยั่งยืนมากที่สุดอาจเป็นการออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่รับรองสิทธิในการแสวงหาที่ ลี้ภัย และยกเว้นการดำเนินคดีทางอาญาแก่ผู้พลัดถิ่น อันรวมถึงผู้แสวงหาที่ลี้ภัย ผู้ลี้ภัย ผู้อยู่ในระหว่าง การคัดกรองสถานะ และผู้ได้รับการคุ้มครอง

ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการนิติบัญญัติสำหรับพระราชบัญญัติฉบับใหม่อาจใช้ระยะเวลานาน แนวทางการแก้ไขปัญหายังชั่วคราวในระยะเบื้องต้นอาจเป็นการอนุญาตให้ผู้พลัดถิ่นที่อยู่ภายใต้ กระบวนการพิจารณาสถานะภาพผู้ลี้ภัย (RSD) และกระบวนการคัดกรอง NSM มีสิทธิพำนักในประเทศไทย ได้เป็นการชั่วคราวตามมาตรา 17 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง⁶¹

4.3 การบังคับใช้สิทธิและการอยู่ร่วมกันของกระบวนการคัดกรองสองระบบ

ปัจจุบัน กระบวนการคัดกรองคนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้พลัดถิ่น ในเขตเมืองของประเทศไทยแบ่งออก ได้เป็น 2 กระบวนการหลัก ได้แก่ 1) กระบวนการพิจารณาสถานะภาพผู้ลี้ภัย ที่ดำเนินการในประเทศไทย มานานหลายทศวรรษภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและอาณัติของ UNHCR ในประเทศไทย และ 2) กระบวนการคัดกรอง NSM ภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการคัดกรองคนต่างด้าวที่เข้ามา ในราชอาณาจักรและไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาได้ พ.ศ. 2562 ซึ่งเริ่มดำเนินการ เมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2566 โดยทั้งสองกระบวนการดำเนินการแยกต่างหากจากกัน และคนต่างด้าว สามารถเลือกขอรับความคุ้มครองจากเพียงกระบวนการใดกระบวนการหนึ่งหรือทั้งสองกระบวนการก็ได้

ทั้งสองกระบวนการคัดกรองมีสาระสำคัญที่คล้ายคลึงกัน ได้แก่ เจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครอง ผู้พลัดถิ่นที่ไม่สามารถเดินทางกลับประเทศต้นทางได้เพราะมีความหวาดกลัวต่อการประหัตประหาร โดยหลักการสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่คุ้มครองผู้พลัดถิ่นโดยการไม่บังคับส่งกลับ บุคคลนั้นไปยังประเทศต้นทางที่มีความเสี่ยงต่อการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ซึ่งสะท้อนมา จากหลักการไม่ผลักดันกลับ อันเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงผูกพันต่อรัฐทั้งปวงรวมถึง รัฐที่มีได้เป็นภาคีต่ออนุสัญญาผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951

ทั้งสองกระบวนการมีความแตกต่างกันที่การบังคับใช้โดยหน่วยงานภาครัฐและการบังคับใช้ใน บริบทระหว่างประเทศ ดังนี้

สถานภาพผู้ลี้ภัย

สถานภาพผู้ลี้ภัย จาก UNHCR ในประเทศไทยเป็นสถานะภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ ผู้ลี้ภัยสามารถอ้างอิงสถานะดังกล่าวเพื่ออ้างสิทธิต่อรัฐทั้งหลายที่รับรองสถานะทางกฎหมายของ

⁶¹ มาตรา 17 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 “ในกรณีพิเศษเฉพาะเรื่อง รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรี จะอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดหรือจำพวกใดเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรภายใต้เงื่อนไขใด ๆ หรือจะยกเว้นไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราช บัญญัตินี้ ในกรณีใด ๆ ก็ได้”

ผู้ลี้ภัย เช่น รัฐที่เป็นภาคีต่ออนุสัญญาผู้ลี้ภัยฯ หรือรัฐที่มีกฎหมายภายในคุ้มครองสิทธิในการแสวงหาที่ลี้ภัย อาทิ สถานภาพผู้ลี้ภัยอาจให้ประโยชน์ในการสมัครเข้าร่วมโครงการตั้งถิ่นฐานในประเทศที่สาม ผ่านองค์การระหว่างประเทศ หรือทางเลือกข้างเคียงอื่น ๆ (Complementary Pathways) เช่น โครงการวีซ่ามนุษยธรรม (Humanitarian Visa) โครงการอุปถัมภ์ (Private Sponsorship) หรือโครงการเพื่อการอยู่ร่วมกันแบบครอบครัว (Family Reunification) แล้วแต่ข้อกำหนดของแต่ละประเทศปลายทาง

อย่างไรก็ดี เนื่องจากสถานภาพผู้ลี้ภัยเป็นสถานะภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีความซับซ้อนในการบังคับใช้โดยตรงต่อหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทย และได้ให้ความคุ้มครองจากการถูกดำเนินคดีทางอาญาตามกฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศไทย กล่าวคือ หากคนต่างด้าวที่ได้รับสถานภาพผู้ลี้ภัยจาก UNHCR นั้นเป็นผู้ที่เดินทางเข้าประเทศไทยโดยมีขอบด้วยกฎหมายคนเข้าเมือง จะยังคงมีความเสี่ยงต่อการจับกุมโดยเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองและดำเนินคดีทางอาญา รวมถึงความเสี่ยงต่อการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางภายหลังกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อีกทั้งเมื่อกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยและกระบวนการตั้งถิ่นฐานในประเทศที่สามอาจใช้เวลาทั้งสิ้นประมาณ 5 ถึง 10 ปี จึงอาจอนุมานได้ว่าผู้ลี้ภัยส่วนมากจะเข้าลักษณะเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยโดยมีขอบด้วยกฎหมายคนเข้าเมือง เนื่องจากเป็นผู้พำนักในราชอาณาจักรเกินระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตจากวีซ่าจึงมีความเสี่ยงในลักษณะคล้ายคลึงกันกับผู้เดินทางเข้าประเทศไทยโดยมีขอบด้วยกฎหมาย

สถานะผู้ได้รับการคุ้มครอง

สถานะผู้ได้รับการคุ้มครองภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM เป็นสถานะที่ได้รับตามกฎหมายคนเข้าเมืองไทย จึงสามารถบังคับใช้ได้โดยตรงต่อหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทย กล่าวคือ ผู้ได้รับการคุ้มครองจะมีความเสี่ยงที่น้อยลงต่อการถูกเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองส่งกลับไปยังประเทศต้นทาง (เว้นแต่มีพฤติการณ์ที่อาจกระทบต่อความมั่นคงของชาติหรือมีการเพิกถอนสถานะ) อีกทั้งเนื่องจากผู้สมัครแต่ละรายจะต้องผ่านการดำเนินคดีก่อนทางอาญาตามกฎหมายคนเข้าเมืองก่อนเข้าสู่กระบวนการคัดกรอง ผู้ได้รับการคุ้มครองจะมีอาจถูกดำเนินคดีซ้ำได้อีกตามหลักห้ามดำเนินคดีซ้ำ (Double Jeopardy)

อนึ่ง แนวทางปฏิบัติในปัจจุบันยังคงมิได้ยกเว้นการดำเนินคดีทางอาญาให้แก่ผู้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่อแสวงหาความคุ้มครองภายใต้ทั้งกระบวนการ NSM หรือ RSD ฉะนั้นแล้วในทางปฏิบัติผู้แสวงหาที่ลี้ภัยที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทย ไม่ว่าจะเข้าสู่กระบวนการ NSM หรือ RSD นั้นล้วนมีความเสี่ยงต่อการจับกุม กักกัน และการรับโทษทางอาญาทั้งสิ้น

ทั้งนี้ สถานะผู้ได้รับการคุ้มครองเป็นสถานะที่แตกต่างหากและมิได้เทียบเท่ากับจากสถานภาพผู้ลี้ภัยในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ คนต่างด้าวจึงไม่อาจอ้างสิทธิตามสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM ต่อองค์การระหว่างประเทศหรือรัฐบาลต่างประเทศ เช่น เพื่อสมัครเข้าร่วมโครงการตั้งถิ่นฐานต่าง ๆ ที่กำหนดคุณสมบัติให้ผู้สมัครต้องเป็นผู้มีสถานภาพผู้ลี้ภัยตามกระบวนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (RSD) ได้

4.4 ความคุ้มครองชั่วคราวและวิธีการแก้ไขปัญหายั่งยืน (Durable Solution)

ด้วยเหตุผลที่จะกล่าวถึงถัดไป ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองอาจมีหนึ่งในวิธีการแก้ไขปัญหายั่งยืน แก่การพลัดถิ่นของผู้ลี้ภัย ตามที่ UNHCR ได้กำหนดไว้ 3 ประการ ดังนี้⁶²

1. การสมัครใจเดินทางกลับรัฐต้นทาง (Voluntary Repatriation) อย่างปลอดภัยและมีศักดิ์ศรี โดยได้รับความคุ้มครองจากรัฐต้นทาง
2. การตั้งถิ่นฐานในประเทศผู้รับ (Local Integration) โดยผู้ลี้ภัยสามารถเป็นหนึ่งเดียวกันกับบริบททางกฎหมาย เศรษฐกิจ และสังคมในประเทศผู้รับ และได้รับความคุ้มครองจากรัฐผู้รับ
3. การตั้งถิ่นฐานในประเทศที่สาม (Resettlement)

หากมองโดยเบื้องต้น กระบวนการคัดกรอง NSM อาจเสมือนเป็นการ “ให้สถานะทางกฎหมาย” แก่ประชากรพลัดถิ่นในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนการตั้งข้อสังเกตว่าสถานะ “ผู้ได้รับการคุ้มครอง” ภายใต้ระเบียบสำนักนายกฯ นั้นเป็นเพียงแนวทางการแก้ปัญหาชั่วคราวที่ยังมิได้ให้การคุ้มครองที่เด็ดขาดหรือยั่งยืนแก่ผู้พลัดถิ่น⁶³ และไม่อาจเข้าลักษณะเป็นการตั้งถิ่นฐานในประเทศไทยอันเป็นผู้อยู่ได้ เนื่องจากสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองมิได้นำไปสู่พัฒนาการด้านสถานะทางกฎหมายที่ถาวร เช่น การเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวร หรือการได้มาซึ่งสัญชาติ และยังเป็นเพียงสถานะทางกฎหมายอย่างชั่วคราวซึ่งสามารถสิ้นสุดลงได้เนื่องจากสถานะดังกล่าวเป็นการอ้างอิงกับสถานการณ์อันเป็นเหตุประหัตประหารในประเทศต้นทาง⁶⁴

⁶² UNHCR, “UNHCR Resettlement Handbook,” [online] Available from : <https://www.unhcr.org/in/sites/en-in/files/legacy-pdf/46f7c0ee2.pdf> [23 April 2024], “The three durable solutions are:

- Voluntary repatriation, in which refugees return in safety and with dignity to their country of origin and re-avail themselves of national protection;
- Local integration, in which refugees legally, economically and socially integrate in the host country, availing themselves of the national protection of the host government;
- Resettlement, in which refugees are selected and transferred from the country of refuge to a third State which has agreed to admit them as refugees with permanent residence status.”

⁶³ Rungthong and Stover: “With increased attention on “complementary pathways” during the drafting of the Global Compact on Refugees, attempts to create new legal pathways for refugees are viewed with heightened anticipation. However, recognizing the screening mechanism as a refugee screening mechanism would be premature. There is no current indication that the regulation conforms to the robust definition of a “refugee” that has been developed and implemented for decades by states around the globe, and the concomitant rights.”

⁶⁴ ข้อ 27 ระเบียบสำนักนายกฯ “หากกระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงมหาดไทย สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ หรือสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เห็นว่าเหตุแห่งการที่ไม่สามารถเดินทางกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนาของผู้ได้รับการคุ้มครองรายใดหรือกลุ่มใดสิ้นสุดลง หรือเห็นสมควรส่งคนต่างด้าวรายใดหรือกลุ่มใดไปยังประเทศที่สาม ให้ประสานกับสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเพื่อเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาส่งกลับประเทศอันเป็นภูมิลำเนา หรือส่งไปยังประเทศที่สาม หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งกับผู้ได้รับการคุ้มครองรายนั้นหรือกลุ่มนั้นตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศและนโยบายตามมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง”; “ข้อ 3(5)-(6) กำหนดคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง เงื่อนไขและการดำเนิน

แม้บทบัญญัติของ NSM กำหนดถึงสิทธิในการเข้าถึงการศึกษาและการสาธารณสุข ยังคงมีอุปสรรคทั้งทางนโยบายและทางปฏิบัติที่จำกัดผู้ได้รับการคุ้มครองจากการเข้าถึงสิทธิดังกล่าวได้ในความเป็นจริง เช่น การเข้าเรียนในโรงเรียนรัฐบาลหรือการเข้ารับการรักษาในสถานพยาบาลของภาครัฐ เนื่องจากยังมิได้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ผู้ได้รับความคุ้มครองยังไม่สามารถเข้าถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม การเมือง และมาตรฐานการครองชีพในลักษณะเดียวกับพลเมืองสัญชาติไทย หรือคนต่างด้าวประเภทอื่นในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อสิทธิของผู้ได้รับการคุ้มครองภายใต้กลไกปัจจุบันมิได้รวมถึงสิทธิในการทำงาน ประชากรส่วนมากจึงยังคงมีความยากลำบากในการใช้ชีวิตเนื่องจากขาดแหล่งรายได้ที่ยั่งยืน และยังคงต้องพึ่งพาการสนับสนุนด้านความต้องการพื้นฐานจากองค์กรภาคประชาสังคมซึ่งมีความสามารถในการช่วยเหลือที่ค่อนข้างจำกัด

ฉะนั้นแล้ว ประชากรผู้พลัดถิ่นที่ได้รับสถานะผู้ได้รับความคุ้มครองจึงยังคงมีความต้องการสำหรับการเข้าถึงวิธีการแก้ไขปัญหาย่างยั่งยืน รวมถึงยังคงเป็นบุคคลที่ต้องการความคุ้มครองในระดับระหว่างประเทศ

4.5 ช่องว่างของการใช้ดุลพินิจและบทเรียนจากคดีซูเรซ (Suresh) ประเทศแคนาดา

เมื่อกระบวนการคัดกรอง NSM เกิดขึ้นภายใต้บริบทของกฎหมายคนเข้าเมืองซึ่งยึดโยงกับความมั่นคงของชาติ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี และกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องก็ได้กำหนด “แนวทางอุดช่องว่าง” ผ่านข้อยกเว้นเพื่อเหตุความมั่นคงของชาติใน 3 ระดับภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM ได้แก่ 1) ขณะพิจารณาให้สถานะผู้ได้รับความคุ้มครอง 2) ขณะพิจารณาส่งกลับผู้ได้รับความคุ้มครองไปยังประเทศต้นทางเมื่อมีเหตุผลด้านความมั่นคง และ 3) เพื่อเพิกถอนสถานะผู้ได้รับความคุ้มครอง ดังนี้

ประการแรก เมื่อคณะกรรมการคัดกรองฯ พิจารณาให้สถานะผู้ได้รับการคุ้มครอง ข้อ 9 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ได้วางหลักไว้ว่า “คนต่างด้าวรายใดแม้มีลักษณะครบถ้วนตามหลักเกณฑ์การพิจารณาให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองตามข้อ 5 แต่ถ้าคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าการให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองแก่คนต่างด้าวยุคนั้นอาจเป็นเหตุที่จะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ คณะกรรมการอาจมีมติไม่ให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองแก่ผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะได้”

การเพิกถอนสถานะผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะหรือผู้ได้รับการคุ้มครอง,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 140 ตอนพิเศษ 166 ง, วันที่ 11 กรกฎาคม 2566, หน้า 45. [แหล่งที่มา : <https://ratchakitcha.soc.go.th/documents/140D166S0000000004500.pdf>], “... (5) ไม่อาจปฏิเสธที่จะใช้สิทธิลี้ภัยเนื่องจากความคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติตน เนื่องจากสถานการณ์ที่ทำให้ถือได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะหรือผู้ได้รับการคุ้มครองได้สิ้นสุดลงแล้ว เว้นแต่สามารถอ้างเหตุจำเป็นตามที่เคยมีการประหัตประหารมาก่อนหน้านั้นเพื่อปฏิเสธที่จะใช้สิทธิลี้ภัยเนื่องจากความคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติตน (6) เป็นบุคคลไร้สัญชาติซึ่งสามารถกลับสู่รัฐเดิมที่ตนมีถิ่นพำนักประจำได้ เนื่องจากสถานการณ์ที่ทำให้ถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะหรือผู้ได้รับการคุ้มครองแล้ว เว้นแต่สามารถอ้างเหตุจำเป็นตามที่เคยมีการประหัตประหารมาก่อนหน้านั้นเพื่อปฏิเสธที่จะใช้สิทธิลี้ภัยเนื่องจากความคุ้มครองจากรัฐเดิมที่ตนมีถิ่นพำนักเป็นประจำ ...”

ประการที่สอง เมื่อบุคคลใดได้รับสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองแล้ว แม้จะได้รับความคุ้มครองจากการถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางที่มีเหตุประหัตประหาร ข้อ 25(1) ของระเบียบสำนักนายกฯ ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับความคุ้มครองไว้เมื่อผู้ได้รับการคุ้มครองประสงค์จะกลับออกไปนอกราชอาณาจักรด้วยความสมัครใจของตนเอง และเมื่อมีเหตุที่จะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ⁶⁵

ประการที่สาม แม้บุคคลใดได้รับสถานะผู้ได้รับการคุ้มครองแล้ว สถานะดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้ในบางกรณี ซึ่งรวมถึงในกรณีที่ “มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นภัยต่อความมั่นคงหรือขัดต่อผลประโยชน์แห่งราชอาณาจักรหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหลังจากที่ได้รับสถานะผู้ได้รับการคุ้มครอง”⁶⁶

ทั้งระเบียบสำนักนายกฯ และพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฯ มิได้กำหนดนิยามสำหรับ “ความมั่นคงของประเทศ” ไว้อย่างชัดเจนสำหรับในบริบทของการโยกย้ายถิ่นฐาน จึงอาจเข้าใจได้ว่าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอาจมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างเพื่อพิจารณาพฤติการณ์ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศตามความเหมาะสมตามความเสียงรายบุคคล

นอกจากนี้ ข้อกำหนดของระเบียบสำนักนายกฯ กำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครองประกอบไปด้วยผู้แทนจากทั้งหน่วยงานราชการและผู้ทรงคุณวุฒิจากหน่วยงานอิสระ อนึ่ง ยังคงมีการกำหนดสัดส่วนให้แก่หน่วยงานรัฐซึ่งรวมถึงหน่วยงานด้านความมั่นคงเป็นส่วนมาก⁶⁷

⁶⁵ ข้อ 25 ระเบียบสำนักนายกฯ “เมื่อคนต่างด้าวรายใดได้รับสถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครองแล้ว ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการกับผู้ได้รับการคุ้มครอง ดังต่อไปนี้

(1) ไม่ส่งตัวผู้ได้รับการคุ้มครองกลับไปยังประเทศอันเป็นภูมิลำเนา เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ได้รับการคุ้มครองนั้นประสงค์จะกลับออกไปนอกราชอาณาจักรด้วยความสมัครใจ หรือมีเหตุที่จะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ

(2) ให้ความช่วยเหลือในการกลับไปยังประเทศอันเป็นภูมิลำเนาตามความสมัครใจเมื่อเหตุแห่งการที่ไม่สามารถเดินทางกลับได้สิ้นสุดลง หรือพิจารณาให้ความช่วยเหลือในการติดต่อประสานงานเพื่อให้ผู้ได้รับการคุ้มครองสามารถเดินทางไปประเทศที่จะพำนักต่อไปได้

(3) ให้ผู้ได้รับการคุ้มครองอยู่ในราชอาณาจักรได้เป็นกรณีพิเศษ หรืออนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว แล้วส่งให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองต่อไป ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงผลของการคัดกรองตามระเบียบนี้

(4) ดำเนินการตามสมควรเกี่ยวกับการให้การศึกษาแก่ผู้ได้รับการคุ้มครองที่เป็นเด็ก และการสาธารณสุข ทั้งนี้ ตามกฎหมายพันธกรณีระหว่างประเทศ มติคณะรัฐมนตรี และนโยบายของรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง”

⁶⁶ ข้อ 1 ข้อกำหนดคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง เรื่อง เงื่อนไขและการดำเนินการเพิกถอนสถานะผู้อยู่ระหว่างคัดกรองสถานะหรือผู้ได้รับการคุ้มครอง “ข้อมูลเกี่ยวกับเหตุที่จะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ซึ่งเป็นเหตุควรยกเว้นการไม่ส่งตัวผู้ได้รับการคุ้มครองกลับไปยังประเทศอันเป็นภูมิลำเนา ตามข้อ 25 (1) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ”

⁶⁷ ข้อ 5 ระเบียบสำนักนายกฯ “ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครอง” ประกอบด้วย

(1) ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติที่ได้รับมอบหมายเป็นประธานกรรมการ
(2) รองปลัดกระทรวงมหาดไทยที่ปลัดกระทรวงมหาดไทยมอบหมาย เป็นรองประธานกรรมการ
(3) ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนกระทรวงการพัฒนาลังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ผู้แทนกระทรวงมหาดไทย ผู้แทนกระทรวงยุติธรรม ผู้แทนกระทรวงแรงงาน ผู้แทนสำนักข่าวกรองแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้บัญชาการตำรวจสันติบาลเป็นกรรมการ
(4) ผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนไม่เกินสี่คน ซึ่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติแต่งตั้งจากผู้ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์

ในมุมมองของการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ช่องว่างที่เปิดกว้างสำหรับการตีความดังกล่าว อาจถูกบังคับใช้โดยเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมแก่ประชากรบางกลุ่มได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่บุคคลที่มา จากประเทศต้นทางซึ่งประเทศไทยมีความสัมพันธ์ทางการทูตที่แน่นแฟ้น บุคคลที่อยู่ในกระแสสังคม หรือนักเคลื่อนไหวทางการเมือง⁶⁸ ซึ่งนอกจากจะรวมถึงบุคคลที่เป็นนักเคลื่อนไหวทางการเมืองอย่างแท้จริง แล้ว อาจครอบคลุมไปถึงบุคคลที่อาจถูกกล่าวหาว่ามีความคิดเห็นทางการเมือง (Imputed Political Opinion) เช่น กลุ่มชาติพันธุ์หรือชนกลุ่มน้อยจากบางประเทศด้วย⁶⁹

ข้อยกเว้นเพื่อเหตุความมั่นคงของชาติในประการข้างต้นอาจได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 33 ของ อนุสัญญาผู้ลี้ภัย⁷⁰ ซึ่งยกเว้นหน้าที่ไม่ผลักดันกลับของรัฐไว้แก่ “ผู้ลี้ภัยที่มีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าเป็นภัย

ด้านสิทธิมนุษยชนหรือด้านอื่นที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการซึ่งต้องไม่เป็นข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือน ประจำ พนักงานหรือลูกจ้างของส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เว้นแต่เป็นผู้สอนในสถาบัน อุดมศึกษาของรัฐ เป็นกรรมการให้ข้อมูลข่าวสารแก่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเป็นกรรมการและเลขานุการ และให้คณะกรรมการแต่งตั้ง ผู้ช่วยเลขานุการจำนวนไม่เกินสองคนจากข้าราชการของกระทรวงมหาดไทย สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือของส่วนราชการอื่นที่เกี่ยวข้อง”

⁶⁸ Rungthong and Stover: “Refugees, particularly those from countries in the region including Cambodia, Vietnam, and China, have feared for their safety while in Thailand after recent abductions and assaults by agents of their country of origin operating in Thailand. There have been allegations of Thai cooperation, or at least acquiescence, in these abuses. In this context, the regulation raises questions as to whether a Committee that is staffed by members from the National Intelligence Agency, National Security Council, and Special Branch Bureau, among others, will protect refugee rights over other interests, including political ones, on a nondiscriminatory basis.” See also Bangkok Post, “Refugee screening ‘ripe for abuse’,” [online] Available from : <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/2643905/refugee-screening-ripe-for-abuse> [23 April 2024]; Zsombor Peter, “Thailand Sets Long-Awaited Rules for Vetting Asylum Seekers,” [online] Available from : <https://www.voanews.com/a/thailand-sets-long-awaited-rules-for-vetting-asylum-seekers/6801600.html> [23 April 2024]

⁶⁹ Rungthong and Stover: “The Royal Thai Government has also at times prevented the registration of certain ethnicities or nationalities for protection in Thailand, a worrying precedent now that it’s poised to take over responsibility for identifying those in need. Indeed, the drafting history of the regulation envisages that those that the Royal Thai Government deems has “special security issues” and may seriously impact “international relationships” including “people fleeing fighting from Myanmar, Rohingya, Uighur, and North Koreans,” could be excluded.”

⁷⁰ 1951 Refugee Convention, Article 33: “1. No Contracting State shall expel or return (‘refouler’) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.”

ดูเพิ่มเติม คำแปลภาษาไทย “1. รัฐภาคีไม่สามารถขับไล่ หรือส่งตัวผู้ลี้ภัยกลับ (ผลักดันกลับ) ไม่ว่าด้วยวิธีใดก็ตาม ไปยัง พรหมแดนแห่งอาณาเขตที่ชีวิต หรือเสรีภาพของผู้ลี้ภัยจะตกอยู่ภายใต้ภัยคุกคาม เพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพ ของกลุ่มทาง สังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง

ต่อความความมั่นคงของรัฐที่ผู้ลี้ภัยนั้นพำนักอยู่” ทั้งนี้ ผู้มีอำนาจภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM ควรต้องคำนึงถึงกฎหมายภายในประเทศและพันธกรณีระหว่างประเทศอื่น ๆ ด้วย กล่าวคือ เจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทรมาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ได้วางหลัก “ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐขับไล่ ส่งกลับ หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะไปตกอยู่ในอันตรายที่จะถูกกระทำการทรมาน ถูกกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือถูกกระทำให้สูญหาย” ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาาระหว่างประเทศในประเด็นเดียวกัน⁷¹ และความเห็นของคณะกรรมการสหประชาชาติประจำอนุสัญญาทรมาน⁷²

ผู้มีอำนาจภายใต้กระบวนการคัดกรอง NSM ควรคำนึงว่าการใช้อำนาจภายใต้ข้อยกเว้นเพื่อเหตุความมั่นคงของชาติที่อนุโลมให้รัฐผลักดันคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางนั้น อาจเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายได้หากการใช้อำนาจดังกล่าวทำให้คนต่างด้าวนั้นมีความเสี่ยงต่อการถูกกระทำการทรมาน กล่าวคือ แม้รัฐอาจมีอำนาจในการส่งคนต่างด้าวที่เป็นภัยต่อความมั่นคงกลับไปยังประเทศต้นทางภายใต้บริบทของกฎหมายคนเข้าเมือง หากการส่งกลับนั้นทำให้คนต่างด้าวดังกล่าวมีความเสี่ยงต่อการถูกกระทำการทรมาน ก็จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทรมาน ซึ่งผูกพันประเทศไทยทั้งในฐานะกฎหมายภายในประเทศและอนุสัญญาาระหว่างประเทศ

2. ผลประโยชน์ของบทบัญญัติข้อนี้ ไม่สามารถใช้อ้างโดยผู้ลี้ภัยที่มีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐที่ผู้ลี้ภัยนั้นพำนักอยู่ หรือ ผู้ที่ได้รับการตัดสินเป็นที่สุดว่าได้ก่ออาชญากรรมร้ายแรงที่เป็นภัยต่อประชาคมแห่งรัฐนั้น”

⁷¹ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Article 3: “1. No State Party shall expel, return (“refouler”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.”

ดูเพิ่มเติม คำแปลภาษาไทยโดยกระทรวงการต่างประเทศ อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ข้อ 3: “1. รัฐภาคีต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะไปตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน

2. เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะวินิจฉัยว่ามีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้นหรือไม่ เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาทั้งปวงที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการที่มีรูปแบบที่ต่อเนื่องของการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐนั้นอย่างร้ายแรง โดยซึ่งหน้า หรืออย่างกว้างขวางด้วยหากมี”

⁷² United Nations Committee Against Torture (CAT), “General Comment No. 1 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22 – Draft prepared by the Committee” CAT/C/60/R.2 (2 February 2017) Para. 8: “The principle of “non-refoulement” of persons in danger of being tortured in the State to which they are to be expelled, returned or extradited is similarly absolute.” See also Para. 12: “Any person found to be at risk of torture if deported to a given State should be allowed to remain in the territory under the jurisdiction or factual control and authority of the State party concerned so long as the risk persists. Furthermore, he or she should never be deported to another State where he/she would face deportation to a third State in which he/she would be subjected to torture.”

ศาลของประเทศไทยยังมิได้มีโอกาสนิยามและวางบรรทัดฐานแก่หลักการไม่ผลักดันกลับที่ปรากฏภายใต้มาตรา 13 ทั้งนี้ อาจพิจารณาเทียบเคียงประสบการณ์ของสมาชิกประชาคมโลกจำนวนหนึ่งที่เคยพิจารณาการขังนักโทษระหว่างความเสี่ยงต่อการถูกกระทำทรมานและความเสี่ยงต่อความมั่นคงของชาติภายใต้บริบทของผู้ลี้ภัยที่ได้รับคำสั่งส่งกลับ จากศาลภายในประเทศที่สามที่ผู้ลี้ภัยนั้นได้ไปตั้งถิ่นฐาน ได้แก่ ในคดีซูเรช (Suresh) จากประเทศแคนาดา⁷³ และอีกหลายคดีที่สืบเนื่อง

คดีซูเรชถือเป็นคดีสำคัญที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากโดยนักวิชาการจากทั่วโลก⁷⁴ เนื่องจากโจทก์ซึ่งเป็นผู้ลี้ภัยจากประเทศศรีลังกาได้สู้คดีจนมีการพิพากษากลับในชั้นศาลฎีกา (Supreme Court) ของประเทศแคนาดา โดยศาลฎีกาวินิจฉัยว่าแม้มาตรา 33 ของอนุสัญญาผู้ลี้ภัยได้กำหนดยกเว้นเหตุความมั่นคงของชาติไว้สำหรับหลักการทั่วไปว่าด้วยการไปส่งบุคคลกลับไปยังประเทศที่อาจเกิดการทรมาน หลักการห้ามกระทำการทรมานมีสถานะเป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Peremptory Norm)⁷⁵ ที่มีอำนาจบังคับสูงกว่าในระดับสากล (Prevailing International Norm)⁷⁶ ดังที่คณะกรรมการภายใต้กติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) เคยได้ให้ความเห็นไว้⁷⁷ อีกทั้งอนุสัญญาผู้ลี้ภัยไม่ควรนำมาใช้เพื่อปฏิเสธสิทธิที่พิสัยทางกฎหมายอื่นได้วางหลักไว้ให้แก่ประชาชนทั้งปวง⁷⁸ จึงห้ามการส่งบุคคลกลับไปยังความเสี่ยงต่อการทรมานแม้ในกรณีที่มีความมั่นคงของชาติเป็นเดิมพัน⁷⁹

⁷³ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, 1 S.C.R. 3 (“**Suresh Decision**”).

⁷⁴ Obiora Chinedu Okafor and Pius Lekwuwa Okoronkwo, “Re-Configuring Non-Refoulement? The Suresh Decision, ‘Security Relativism’, and the International Human Rights Imperative”, in **International Journal of Refugee Law**, 15, 1 (2003), p.30-67; David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in **Alberta Law Review**, 47, 1 (2009), p.125-160. (“**Jenkins**”).

⁷⁵ Para. 62-64 of Suresh Decision

⁷⁶ Para. 72 of Suresh Decision: “In our view, the prohibition in the ICCPR and the CAT on returning a refugee to face a risk of torture reflects the prevailing international norm. Article 33 of the Refugee Convention protects, in a limited way, refugees from threats to life and freedom from all sources. By contrast, the CAT protects everyone, without derogation, from state-sponsored torture. Moreover, the Refugee Convention itself expresses a “profound concern for refugees” and its principal purpose is to “assure refugees the widest possible exercise of . . . fundamental rights and freedoms” (Preamble). This negates the suggestion that the provisions of the Refugee Convention should be used to deny rights that other legal instruments make universally available to everyone.”

⁷⁷ United Nations Human Rights Committee (HRC), “CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment),” [online] Available from : <https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1992/en/11086> [25 May 2024]

⁷⁸ Para. 72 of Suresh Decision

⁷⁹ David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in **Alberta Law Review**, p.130-131.

ทั้งนี้ ศาลฎีกาของประเทศแคนาดาก็ได้กล่าวถึงความเป็นไปได้ในการส่งกลับผู้ลี้ภัยไปยังประเทศต้นทาง หากมีพฤติการณ์พิเศษ (Exceptional Circumstances)⁸⁰ แต่ก็มิได้ให้คำอธิบายว่าเหตุการณ์ใดจะเข้าลักษณะเป็นพฤติการณ์พิเศษดังกล่าว ซึ่งความไม่ชัดเจนของศาลฎีกาของแคนาดานั้นทำให้หน่วยงานรัฐของแคนาดาอ้างเหตุที่กว้างเกินไปกว่าเจตนารมณ์ของหลักการเดิมเพื่อพยายามส่งกลับผู้ลี้ภัย⁸¹ จนอาจเข้าลักษณะเป็นการเปิดช่องว่างให้กับการใช้อำนาจโดยมิชอบได้ อนึ่ง เมื่อคดีความอื่นได้ขึ้นสู่ชั้นศาลในภายหลัง ศาลแคนาดาเองก็ได้ตั้งข้อสังเกตว่าพฤติการณ์พิเศษดังที่เคียอ้างอิงไว้ในคดีซูเรชนั้นอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁸² และไม่สามารถยกเว้นหน้าที่ภายใต้หลักการไม่ผลักดันกลับและการป้องกันและปราบปรามการทรมานได้อย่างแท้จริง

⁸⁰ Para. 129 of Suresh Decision: “We conclude that generally to deport a refugee, where there are grounds to believe that this would subject the refugee to a substantial risk of torture, would unconstitutionally violate the Charter’s s.7 guarantee of life, liberty and security of the person. This said, we leave open the possibility that in an exceptional case such a deportation might be justified either in the balancing approach under ss. 7 or 1 of the Charter.” See also at Para. 78: “We do not exclude the possibility that in exceptional circumstances, deportation to face torture might be justified, either as a consequence of the balancing process mandated by s. 7 of the Charter or under s. 1.”

⁸¹ *Dadar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1381, 42 Imm. L.R. (3d) 260; David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in **Alberta Law Review**, p.133: “...the *Dadar* (Can. F.C.) case highlights concerns that the Suresh exception might be widened beyond a truly extraordinary case of national security to include “ordinary” criminal cases.”

Abdulaziz Al-Kafage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FC 815, 63 Imm. L.R. (3d) 234; *Al-Kafage with Krishnan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 846, 63 Imm. L.R. (3d) 38; David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in **Alberta Law Review**, p.133: “In another case, *Al-Kafage*, the Federal Court seemed to leave open the possibility that, should a reviewing court indeed find a serious risk of torture upon return, it might still engage in the s. 7 balancing test even where an individual is declared inadmissible on grounds of serious criminality (such as sexual assault), rather than national security.”

Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FC 262, [2005] 3 F.C.R. 530; David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in **Alberta Law Review**, p.133: “The case of *Sogi* shows how the Canadian government might be tempted to underestimate or downplay a risk of torture in light of pressing national security concerns, and therefore attempt to avoid the Suresh balancing test altogether.”

⁸² *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 156, [2005] 3 F.C.R. 334, Para. 64: “There are ... powerful indicia that deportation to face torture is conduct fundamentally unacceptable; conduct that shocks the Canadian conscience and therefore violates fundamental justice in a manner that cannot be justified under section 1 of the Charter.” *Re Jaballah*, 2006 FC 1230, 58 Imm. L.R. (3d) 267; David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in **Alberta Law Review**, p.135: “It [The Court in *Jaballah*] emphasized the truly extraordinary nature of the Suresh exception, and recognized the countervailing principle of non-refoulement in both international and Canadian law. The Court not only signalled a restrictive approach to the scope of any exception, but, as in *Mahjoub*, took a skeptical view of whether such an exception was constitutionally acceptable in the first place.”

ในลักษณะเดียวกัน สหราชอาณาจักรเคยได้กล่าวอ้างถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างความมั่นคงของชาติและความเสี่ยงต่อการถูกกระทำทรมานเพื่อส่งกลับคนต่างด้าวในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป⁸³ แต่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ได้ยืนยันบรรทัดฐานเดิมที่เคยวางไว้ถึงความคุ้มครองแบบเด็ดขาด (Absolute Protection) จากการผลักดันคนต่างด้าวกลับไปยังการถูกกระทำทรมาน⁸⁴ จึงมีคำพิพากษาวิจารณ์อย่างมากว่าการกำหนด “พฤติการณ์พิเศษ” โดยคลุมเครือในคดีซูเรชนั้นเป็นข้อบกพร่องประการหนึ่งของศาลฎีกาแคนาดา อีกทั้งยังเป็นตัวอย่างที่ไม่ดีต่อประชาคมโลก⁸⁵

ดังนั้น แม้กระบวนการคัดกรอง NSM อาจกำหนดช่องว่างที่กว้างสำหรับการใช้ดุลพินิจ หากคณะกรรมการพิจารณาคัดกรองผู้ได้รับการคุ้มครองหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีมติไม่ให้สถานะเป็นผู้ได้รับการคุ้มครอง เพิกถอนการคุ้มครองจากการส่งกลับ หรือเพิกถอนสถานะผู้ได้รับการคุ้มครอง อันเป็นเหตุให้คนต่างด้าวรายใดรายหนึ่งอาจต้องถูกส่งกลับไปยังประเทศต้นทางภายใต้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง (อาทิ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง) ก็ยังมีอาจส่งคนต่างด้าวผู้นั้นกลับไปยังประเทศต้นทางได้อยู่ดี หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าคนต่างด้าวผู้นั้นจะตกอยู่ในอันตรายที่จะ 1) ถูกกระทำทรมาน 2) ถูกกระทำการที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือ 3) ถูกกระทำให้สูญหาย เนื่องจากการดำเนินการดังกล่าวแม้ถูกอนุโลมโดยกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองก็ยังคงขัดต่อกฎหมายไทยและอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทรมาน

⁸³ *Saadi v. Italy*, (2008), 49 E.H.R.R. 30; *Ramzy v. The Netherlands*, No. 25424/05 (dec.) (24 May 2005).

⁸⁴ David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in *Alberta Law Review*, p.126: “In both *Saadi* and *Ramzy*, the U.K. argued that the Court should overturn *Chahal* and permit Council of Europe member states to balance the risk of torture to the individual against national security considerations. In exceptional circumstances, the U.K. submitted, those security concerns could outweigh a serious risk that an individual might be tortured by authorities in the receiving third country.⁶ However, in *Saadi*, the Eur. Ct. H.R. unanimously reaffirmed *Chahal* and art. 3’s absolute prohibition on refoulement to torture, thereby categorically rejecting British arguments for a balancing test.”

⁸⁵ David Jenkins, “Rethinking Suresh: Refoulement to Torture under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, in *Alberta Law Review*, p.133.

การปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550
เพื่อรองรับและส่งเสริมการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน*

Legislative Proposals for Amendments to the Energy Industry Act
B.E. 2550 (2007) for Supporting and Promoting Energy Transition

ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ
Piti Eiamchamroonlarp

ผู้ช่วยศาสตราจารย์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Assistant Professor
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: piti.e@chula.ac.th

บุญญภัทร์ ชูเกียรติ
Bunyapatt Chukiat

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
Lecturer
Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University
Corresponding author E-mail: bunyapatt.bt@gmail.com
(Received: May 14, 2024; Revised: June 14, 2024; Accepted: June 14, 2024)

* บทความวิจัยที่พัฒนาขึ้นมาจาก รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ (Final Report) ของ “โครงการประเมินผลสัมฤทธิ์พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550” และ “โครงการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550” จัดทำโดย สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กุมภาพันธ์ 2567) โดยมี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ เป็นหัวหน้าโครงการ และมีนักวิจัย ได้แก่ ศาสตราจารย์ วุฒิสาร ตันไชย รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียต ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ รองศาสตราจารย์ ดร.อิศเรศ รัชกาลยา ดร.สตีธร ธนานิธิโชติ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชโลธร แก่นสันติสุขมงคล และอาจารย์ ดร.บุญญภัทร์ ชูเกียรติ เป็นเลขานุการโครงการ (“คณะผู้วิจัย”) โดยสำนักคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานได้มีหนังสือที่ สกพ 5502/14621 ลงวันที่ 25 ตุลาคม 2567 อนุญาตให้เผยแพร่บทความวิจัยนี้ได้

บทคัดย่อ

คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) มีข้อจำกัดในการกำกับดูแลการประกอบกิจการไฟฟ้าเพื่อรองรับและส่งเสริมการเปลี่ยนผ่านด้านพลังงานสู่สังคมคาร์บอนต่ำตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 (“พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงาน”) ฉบับปัจจุบัน เนื่องจากยังไม่อาจออกใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าสำหรับกิจการที่เกิดขึ้นใหม่ เช่น การประกอบกิจการนำเข้าและการส่งออกไฟฟ้า การรวบรวมโหลดไฟฟ้า การจัดการระบบจัดเก็บไฟฟ้า การประกอบกิจการโรงไฟฟ้าเสมือน และการประกอบกิจการไฟฟ้าและการให้บริการไฟฟ้าโดยผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขนิยามของกิจการไฟฟ้าตามกฎหมายให้ครอบคลุมการประกอบกิจการเหล่านี้ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ควรถูกแก้ไขเพื่อรองรับสถานะของผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองให้ชัดเจนและมีบทบัญญัติที่รองรับสิทธิของบุคคลเหล่านี้ในการผลิต ใช้ และขายไฟฟ้าส่วนให้ผู้ซื้อไฟฟ้ารายอื่นได้นอกจากนี้ เพื่อให้กฎหมายมีศักยภาพในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อการส่งผ่านไฟฟ้าที่ผลิตจากพลังงานหมุนเวียนเพื่อรองรับการซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชนซึ่งมิได้เป็นเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้าเอง กฎหมายจึงควรเพิ่มบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการไฟฟ้าที่มีระบบโครงข่ายให้คำนึงถึงการใช้ระบบโครงข่ายของผู้ผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนอีกด้วย โดยยังคงรักษาความเชื่อถือได้ของระบบโครงข่ายไฟฟ้าเอาไว้ เมื่อการเปลี่ยนผ่านด้านพลังงานอาศัยการมีปฏิสัมพันธ์และการทำธุรกรรมแบบกระจายศูนย์ซึ่งผู้ผลิตและผู้ซื้อไฟฟ้าซื้อขายและส่งมอบไฟฟ้ากันโดยแบบที่มีการแข่งขันกัน กกพ. จึงควรมีอำนาจเพิ่มเติมในการเสนอให้คณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติให้ความเห็นชอบการตั้งตลาดพลังงาน และเพื่อส่งเสริมตลาดไฟฟ้าในประเทศไทย พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ และควรเพิ่มบัญญัติซึ่งกำหนดห้ามมิให้ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้ามีพฤติกรรมหรือการประกอบกิจการอันมีลักษณะเป็นอุปสรรคต่อการจัดตั้งและพัฒนาของตลาดไฟฟ้าเพื่อให้การกำกับดูแลการประกอบกิจการไฟฟ้าสามารถก้าวตามพลวัตการเปลี่ยนผ่านด้านพลังงานในระดับสากล กกพ. จึงควรมีอำนาจกำกับกิจการพลังงานให้เป็นไปตามมาตรฐานตามกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศด้านพลังงานและสิ่งแวดล้อมที่มีผลผูกพันประเทศไทย ในมิติของอัตราค่าบริการ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ควรถูกแก้ไขให้เป็นฐานทางกฎหมายให้ กกพ. สามารถกำกับดูแลอัตราค่าบริการให้เหมาะสมกับกิจการไฟฟ้าแต่ละประเภท นอกจากนี้ กฎหมายควรกำหนดให้สัญญาเพื่อจัดหาไฟฟ้าโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่รัฐรับซื้อไฟฟ้าจากเอกชนข้อสัญญาที่ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการคิดอัตราค่าไฟฟ้าซึ่งอาจลดต่ำลงจากการเปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจ สังคม การลงทุน หรือเทคโนโลยีในมาตรฐานของสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการพลังงาน

คำสำคัญ: พลังงานหมุนเวียน, การเปลี่ยนผ่านด้านพลังงาน, ระบบไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์

Abstract

The Energy Regulatory Commission (ERC) has faced challenges in exercising its regulatory powers under the current Energy Industry Act B.E. 2550 (2007) (“EIA Act”) in advancing the energy transition toward a low-carbon society. This challenge arises from the lack of a legal framework to issue energy licenses for new electricity operation activities, such as electricity import and export, load aggregation, energy storage management, virtual power plants, and electricity transactions via IT systems. To address this, the definition of the “electricity industry” under the EIA Act should be expanded to include these activities as licensable. Furthermore, the legislation needs to be amended to explicitly recognize “self-consumption electricity producers” and their rights to generate, use, and sell excess electricity from their own consumption to other users. The EIA Act should also enhance its ability to acknowledge and enforce the rights of electricity producers and users to connect to and utilize electricity grids owned by other operators for electricity wheeling services related to private power purchase agreements. This would require electricity grid operators to consider these wheeling activities while ensuring the reliability of the grid. As distributed energy generation and direct commercial transactions between producers and users are closely linked to the energy transition, the ERC’s authority should be expanded to propose the formulation and development of electricity markets to the National Energy Policy Council for approval. To foster electricity markets in Thailand, the EIA Act should mandate grid operators to avoid abusive or unfair practices that may hinder market development. To align regulatory powers with the evolving international energy transition landscape, the ERC’s authority under the EIA Act should be strengthened to support Thailand’s commitments under legally binding international energy and environmental agreements. Regarding price control, the EIA Act should provide a legal foundation that enables the ERC to effectively regulate the prices of various electricity operations. It should also incorporate price flexibility to allow for adjustments in electricity pricing that reflect changes in economic conditions, societal needs, investments, and technological advancements, particularly in power purchase agreements where the state procures electricity from private producers.

Keywords: Renewable Energy, Energy Transition, Distributed Power System

1. บทนำ

การผลิต จัดหา ส่ง จำหน่าย ตลอดจนการใช้งานระบบโครงข่ายพลังงานเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการเปลี่ยนแปลงไปตามเทคโนโลยี¹ และบริบทของโลกโดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ด้านสิ่งแวดล้อมและความต้องการใช้พลังงานหมุนเวียนมากยิ่งขึ้น² ในปัจจุบัน การผลิตไฟฟ้านั้นไม่เพียงเกิดขึ้นเฉพาะในโรงไฟฟ้าพลังความร้อนขนาดใหญ่ที่ต้องอาศัยการเผาไหม้เชื้อเพลิงฟอสซิลเท่านั้น หากแต่สามารถเกิดขึ้นแบบกระจายศูนย์โดยแผงโซลาร์ที่ติดตั้งอยู่บนหลังคาที่อยู่อาศัยของผู้ใช้ไฟฟ้าอีกด้วย ผู้ใช้ไฟฟ้าที่กลายมาเป็นผู้ผลิตไฟฟ้าด้วยในเวลาเดียวกันเหล่านี้อาจประสงค์จะใช้ไฟฟ้าที่ผลิตขึ้นเหล่านี้เองในครัวเรือน³ เพื่อลดค่าไฟฟ้าที่ต้องจ่ายให้ผู้จำหน่ายไฟฟ้าผ่านระบบจำหน่ายไฟฟ้า และอาจขายส่วนที่เหลือใช้ให้กับผู้ใช้ไฟฟ้ารายอื่นโดยทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชน (Private Power Purchase Agreement)⁴ โดยไม่ได้ขายไฟฟ้าดังกล่าวให้รัฐและไม่ได้ขายไฟฟ้าเหล่านี้ตามราคารับซื้อไฟฟ้าที่รัฐกำหนดขึ้นโดยมีรับประกันราคา การซื้อขายไฟฟ้าหรืออาจเรียกได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาเพื่อทำสัญญาระหว่างบุคคลเอกชนในลักษณะนี้สามารถดำเนินการผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถทำให้คำเสนอซื้อไฟฟ้าถูกตอบสนองขายได้ตามการตั้งค่าเอาไว้ล่วงหน้า⁵ ซึ่งจะทำให้เกิดสัญญาซื้อขายหรือจัดหาไฟฟ้าในรูปแบบของสัญญาอัจฉริยะ (Smart Contract)⁶ ผู้ผลิตและผู้ใช้ไฟฟ้าเอกชนเหล่านี้สามารถเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าของผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้าอื่นเพื่อส่งผ่านไฟฟ้าที่มีการซื้อขายโดยไม่ต้องลงทุนก่อสร้างระบบโครงข่ายไฟฟ้าเอง การผลิตและซื้อขายไฟฟ้าในลักษณะนี้แสดงให้เห็นว่ากิจการพลังงานกำลังถูกเปลี่ยนผ่านจากยุคที่เปลี่ยนจากยุคแห่งการพึ่งพาพลังงานจากเชื้อเพลิงฟอสซิลซึ่งเป็นระบบพลังงานแบบรวมศูนย์ไปสู่การใช้พลังงานหมุนเวียนที่มีการกระจายตัวซึ่งมีการผลิตจะตั้งอยู่ใกล้กับจุดที่ใช้ไฟฟ้ามากขึ้น และเป็นระบบพลังงานที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกน้อยลงซึ่งนับเป็นปัจจัยสำคัญที่จะช่วยให้รัฐบาลบรรลุเป้าหมายในการลดการเพิ่มสูงอุณหภูมิของโลกจากภาคพลังงาน⁷

¹ Alireza Akrami, Meysam Doostizadeh, and Farrokh Aminfar, “Power system flexibility: an overview of emergence to evolution”, in *Journal of Modern Power Systems and Clean Energy*, 7 (2019), p.987-988.

² United Nations General Assembly Resolution (UNGA), A/RES/70/1 (21st October 2015), Goal 7 of Sustainable Development Goals (SDGs) and ASEAN Centre for Energy, *The 6th ASEAN Energy Outlook (AEO6)*, (Jakarta Indonesia: ACE, 2020), p.37.

³ สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน, *แผนปฏิบัติการ พ.ศ. 2566*, (กลุ่มยุทธศาสตร์และแผนงาน กองยุทธศาสตร์และแผนงาน, 2565), หน้า 2-17.

⁴ Talha Bin Nadeem et al., “Distributed energy systems: A review of classification, technologies, applications, and policies”, in *Energy Strategy Reviews*, 48 (2023), p.101096-101097.

⁵ สถาบันวิจัยพลังงาน (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), *รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง โครงการการศึกษารูปแบบธุรกิจและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายไฟฟ้าของ Prosumer แบบ Peer to Peer (P2P) เสนอสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน*, (กองทุนพัฒนาไฟฟ้า สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน, 2564), หน้า 2-33.

⁶ M. Aybar-Mejia et al., “An approach for applying blockchain technology in centralized electricity markets”, in *The Electricity Journal*, 34 (2021), p.106918

⁷ Efstathios E. Michaelides, “Decarbonization of the electricity generation sector and its effects on sustainability goals”, in *Sustainable Energy Research*, 10, 10 (2023), p.2.

การผลิต จัดการ ส่ง และจำหน่ายพลังงานโดยเฉพาะอย่างยิ่งไฟฟ้าและก๊าซธรรมชาตินั้นเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค⁸ และจะต้องอาศัยระบบโครงข่ายพลังงาน⁹ ซึ่งเป็นโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ การให้บริการพลังงานส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่และการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้น รัฐจึงอาจเลือกที่จะลงมือประกอบกิจการพลังงานเอง และมักจะสร้างระบบการกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานเพื่อให้การประกอบกิจการพลังงานไม่ว่าจะเป็นการลงมือดำเนินโดยผู้ประกอบการที่เป็นรัฐหรือเอกชนให้เป็นไปอย่างมีคุณภาพ ป้องกันการใช้อำนาจผูกขาดโดยมิชอบ ทำให้การประกอบกิจการมีความมั่นคงปลอดภัย ตลอดจนให้การคุ้มครองผู้ใช้พลังงานและผู้ได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการพลังงาน¹⁰

อย่างไรก็ตาม การกำกับดูแลด้วยกฎหมายของภาครัฐตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 (“พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงาน”) ในปัจจุบันยังมีมาตรการที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสภาพข้อเท็จจริงในการประกอบกิจการพลังงานในแบบดั้งเดิมซึ่งเป็นการรวมศูนย์โดยอาศัยเชื้อเพลิงฟอสซิลเป็นหลัก และยังขาดมาตรการในการกำกับดูแลกิจการพลังงานประเภทใหม่ ๆ ที่พัฒนาขึ้นตามพัฒนาการของเทคโนโลยี ส่งผลกระทบให้กิจกรรมทางด้านพลังงานบางประเภทไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากกฎหมายกำหนดห้ามไว้ หรือกระทำไม่ได้โดยอาศัยช่องว่างทางกฎหมายที่ล้าสมัย ทำให้ไม่มีการกำหนดกติกาหรือมาตรฐานความปลอดภัยกำกับควบคุม นำมาสู่ความเสี่ยงต่อสังคมและระบบเศรษฐกิจ

ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงนำมาสู่การดำเนินโครงการวิจัยเรื่อง “การประเมินผลสัมฤทธิ์พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550” เพื่อประเมินผลสัมฤทธิ์ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 (“พ.ร.บ. หลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย”) งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณาและตรวจสอบว่า พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ นั้น ยังสอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ ซึ่งคณะผู้วิจัยฯ ได้ผลการประเมินผลสัมฤทธิ์ว่า พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ยังมีข้อจำกัดในการกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานซึ่งมีความเป็นพลวัตและมีข้อจำกัดบังคับใช้อยู่หลายประการ จึงนำมาสู่การปรับปรุง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ เพื่อขจัดข้อจำกัดดังกล่าว

เมื่อได้ดำเนินการประเมินผลสัมฤทธิ์จนเสร็จสิ้นแล้ว คณะผู้วิจัยจึงได้ดำเนินการศึกษาตามโครงการในอีกส่วนหนึ่งที่สำคัญ คือ “การศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ” ซึ่งมีวัตถุประสงค์ประการสำคัญในการจัดทำข้อเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติใน พ.ร.บ. การประกอบ

⁸ ข้อ 3 (7) และ (8) ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พุทธศักราช 2515

⁹ สถาบันวิจัยพลังงาน (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง โครงการการศึกษารูปแบบธุรกิจและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายไฟฟ้าของ Prosumer แบบ Peer to Peer (P2P) เสนอสํานักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน, หน้า 2-33.

¹⁰ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พุทธศักราช 2550, หมายเหตุท้าย.

กิจการพลังงานฯ โดยการศึกษาวิจัยในส่วนนี้ตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ มีข้อจำกัดในการสนับสนุนให้ประเทศไทยปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากภาคพลังงานและการสนับสนุนการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน เนื่องจากมีข้อจำกัดในการรองรับและกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานและใช้ระบบโครงข่ายพลังงานรูปแบบใหม่ที่มีลักษณะกระจายศูนย์มากยิ่งขึ้น ขาดศักยภาพในการส่งเสริมการแข่งขันในการประกอบกิจการพลังงานและการเกิดขึ้นตลาดพลังงาน และยังไม่มีอาจกำกับดูแลให้ราคาพลังงานเป็นธรรมต่อผู้ใช้พลังงานได้

ผลลัพธ์ของการศึกษาวิจัยในโครงการถูกจัดทำขึ้นเป็น “ร่างพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน (ฉบับที่ ..) พ.ศ.” ที่จะใช้ในการปรับปรุงแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ซึ่งคณะผู้วิจัยได้ดำเนินการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย รวมถึงการรับฟังผลกระทบจากผู้ที่เกี่ยวข้องตามหลักการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (Regulatory Impact Assessment: RIA) ที่กำหนดไว้ในมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และ พ.ร.บ. หลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ เพื่อให้ได้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เพื่อเป็นการพิจารณาผลกระทบของข้อเสนอของงานวิจัยนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่มีการเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติใน พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ก่อนการตรากฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ และสามารถแก้ไขปัญหาหรือข้อจำกัดการบังคับใช้กฎหมายของ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ให้สอดคล้องกับสภาพการประกอบกิจการพลังงานในปัจจุบันได้อย่างแท้จริง

การศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ภายใต้โครงการประเมินผลสัมฤทธิ์ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยศึกษา Documentary Research จากเอกสารปฐมภูมิ (Primary Document) ตลอดจนเอกสารทุติยภูมิ (Secondary Document) ทั้งภาษาไทยและต่างประเทศที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวข้องกับประเด็นของการศึกษา อาทิ กฎหมาย งานวิจัย หนังสือ ตำรา บทความ และเอกสารทางวิชาการ เป็นต้น รวมถึงการสัมภาษณ์ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการพลังงาน การสนทนากลุ่มย่อย รวมถึงการรับฟังความเห็นผู้มีส่วนได้เสียทั้งผ่านระบบกลาง และในรูปแบบการจัดสัมมนารับฟังความคิดเห็น (Hearing) ตามพื้นที่ต่าง ๆ เพื่อนำมาสังเคราะห์และวิเคราะห์อันจะนำไปสู่การประเมินผลกระทบของกฎหมายและการปรับปรุงแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และ พ.ร.บ. หลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ ต่อไป

การศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ มีขอบเขตของการวิจัยโดยเริ่มต้นจากการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย โดยวิเคราะห์สภาพปัญหาและเหตุผลในการปรับปรุงแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ รวมทั้งพิจารณาทางเลือกว่าอาจมีมาตรการอื่นที่สามารถใช้แก้ปัญหาแทนการออกกฎหมายด้วยหรือไม่ โดยเมื่อวิเคราะห์แล้วเห็นว่ามีความจำเป็นต้องออกกฎหมาย จะได้วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการออกกฎหมาย ตามหลักการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายและหลักเกณฑ์ตาม พ.ร.บ. หลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ

เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ที่ได้ตั้งไว้ คณะผู้วิจัยได้ดำเนินการศึกษาวิเคราะห์ในแต่ละมิติของการกำกับกิจการพลังงาน เช่น การกำกับผ่านใบอนุญาต การควบคุมดูแลให้การประกอบกิจการพลังงานเป็นไปตามมาตรฐานทางด้านวิศวกรรม ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม การกำกับอัตราค่าบริการ การกำกับคุณภาพการให้บริการ การกำกับผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบส่งและระบบโครงข่ายพลังงาน เป็นต้น โดยมีข้อมูลเปรียบเทียบกับ การกำกับดูแลกิจการพลังงานของต่างประเทศร่วมด้วย รวมทั้งนำข้อมูลในส่วนของนโยบายพลังงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลตาม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ เช่น แผนพัฒนากำลังผลิตไฟฟ้าของประเทศไทย (Power Development Plan หรือ PDP) นโยบายการรับซื้อไฟฟ้า นโยบายการส่งเสริมกิจการก๊าซธรรมชาติ การบริหารจัดการภาครัฐในการให้บริการสาธารณูปโภคแก่ประชาชนมาใช้เป็นข้อมูลประกอบการกำหนดประเด็นปรับปรุงแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ด้วย

จากการดำเนินการศึกษาดังกล่าวข้างต้น จึงนำมาซึ่งผลการศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ได้แก่ แนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ โดยมีการนำร่างกฎหมายไปรับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียและอาจได้รับผลกระทบจากร่างกฎหมายดังกล่าว และได้นำผลจากการรับฟังความคิดเห็นมาวิเคราะห์ และจัดทำรายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็น ประกอบด้วยประเด็นที่มีการแสดงความคิดเห็น สรุปความเห็นในแต่ละประเด็น และคำชี้แจงรายละเอียดพร้อมเหตุผล พร้อมทั้งเผยแพร่สรุปผลการรับฟังความคิดเห็นผ่านระบบกลางและระบบสารสนเทศของสำนักงาน กกพ.

ในบทความวิจัยนี้จะนำเสนอผลการศึกษาและวิจัยในประเด็นของศักยภาพของ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ในการรองรับและส่งเสริมการเปลี่ยนผ่านทางพลังงานจากยุคที่มีการรวมศูนย์ของระบบพลังงานไปยังระบบที่มีการกระจายตัวของการผลิตและใช้ไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียน และอธิบายถึงข้อเสนอในการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ อันเป็นผลลัพธ์ของการวิจัยเพื่อแก้ไขข้อจำกัดและเสริมศักยภาพของ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ในการรองรับและส่งเสริมการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน

2. ข้อจำกัดการบังคับใช้ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ จากผลประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย

ภาครัฐมีภารกิจในการกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานเพื่อคุ้มครองผู้ใช้พลังงาน สร้างสถานะที่เอื้ออำนวยต่อการประกอบกิจการพลังงาน รองรับการเปิดเสรีของกิจการพลังงานตามนโยบายพลังงานในแต่ละยุค ตลอดจนแก้ไขพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบกิจการ¹¹

¹¹ วัตถุประสงค์ของ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ปรากฏตามมาตรา 7 วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลกิจการพลังงานโดยหน่วยงานรัฐนั้นเป็นสิ่งที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการพลังงานของต่างประเทศ เช่น มาตรา 3 แห่ง Electricity Act 1989 ของสหราชอาณาจักร มาตรา 4 แห่ง Gas Act 1986 ของสหราชอาณาจักร มาตรา 4 แห่ง Electricity Supply

การใช้อำนาจกำกับดูแลข้างต้นจะต้องอาศัยฐานของอำนาจตามกฎหมาย รัฐจึงได้ตรากฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการพลังงานขึ้น¹² โดยกำหนดมาตรการกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานผ่านระบบใบอนุญาต ประกอบกับการกำหนดมาตรฐานและวิธีการประกอบกิจการพลังงาน เพื่อให้มั่นใจว่าการประกอบกิจการพลังงานนั้นดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ มีการแข่งขันในตลาดพลังงานที่สามารถแข่งขันกันได้อย่างเป็นธรรม สามารถจัดส่งไฟฟ้าเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของผู้ใช้ในประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในราคาที่ เป็นธรรมต่อผู้บริโภค และลดผลกระทบทางลบต่อสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการผลิตไฟฟ้า¹³

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวบังคับใช้เป็นระยะเวลานานโดยมิได้มีการแก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่องค์กรกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานนั้นกำลังเผชิญกับความท้าทายจากการต้องกำกับดูแลการประกอบกิจการไฟฟ้าที่มีการกระจายตัวมากขึ้น มีตลาดไฟฟ้าที่เกิดขึ้นใหม่และมีการแข่งขันกันมากขึ้น ตลอดจนการกำกับดูแลการประกอบกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้าให้รองรับการซื้อขายระหว่างเอกชน บทบัญญัติใน พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ กลับกลายเป็นอุปสรรคของการใช้อำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานซึ่งมีโทษหรือความท้าทายที่แตกต่างออกไปจากวันที่กฎหมายได้ถูกตราขึ้น ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ จึงมีความจำเป็น

คณะผู้วิจัยได้เก็บรวบรวมข้อมูลเชิงประจักษ์เกี่ยวกับสภาพปัญหาอันนำมาสู่การแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ จากการศึกษาวิจัยเพื่อการประเมินผลสัมฤทธิ์ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ประกอบกับการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง โดยสามารถแบ่งประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกำกับกิจการพลังงานในประเด็นของศักยภาพของกฎหมายในกำกับดูแลกิจการพลังงานในช่วงการเปลี่ยนผ่านไปสู่สังคมคาร์บอนต่ำได้เป็น 5 ประเด็น ดังต่อไปนี้

2.1 กิจการผลิตและซื้อขายไฟฟ้าที่ผลิตจากพลังงานหมุนเวียนแบบกระจายศูนย์โดยเอกชนผ่านแพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์

การผลิตไฟฟ้าในปัจจุบันไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะในโรงไฟฟ้าขนาดใหญ่ที่หากแต่สามารถเกิดขึ้นแบบกระจายตัว (Distributed Generation) โดยอาศัยเทคโนโลยีพลังงาน เช่น แผงโซลาร์ผลิตไฟฟ้าที่ติดตั้งอยู่ใน ณ สถานที่ที่มีการใช้ไฟฟ้า¹⁴ เช่น ผู้ประกอบกิจการโรงงานหรือผู้ใช้ไฟฟ้าในครัวเรือนที่ติดตั้ง

Act 1990 ของประเทศมาเลเซีย มาตรา 4 แห่ง Gas Supply Act 1993 ของประเทศมาเลเซีย มาตรา 3 แห่ง Electricity Law 2001 ของประเทศสิงคโปร์ มาตรา 4 แห่ง Electricity Law 2004 ของประเทศเวียดนาม

¹² OECD, *Lessons From Liberalised Electricity Markets*, (Paris France: OECD, 2005), p.57.

¹³ Lea Diestelmeier, “Changing power: Shifting the role of electricity consumers with blockchain technology – Policy implications for EU electricity law”, in *Energy Policy*, 128 (2019), p.189.

¹⁴ Monica Greer, *Electricity Cost Modeling Calculations: Regulations, Technology, and the Role of Renewable Energy*, 2nd ed. (Academic Press, 2021), p.325.

แผงโซลาร์บนหลังคาที่ผลิตไฟฟ้าจากแสงอาทิตย์เพื่อใช้เองเป็นหลัก ผู้ผลิตไฟฟ้าเหล่านี้อาจมีไฟฟ้าส่วนเกินจากการใช้เองจึงประสงค์จะขายไฟฟ้างดงกล่าวให้ผู้ใช้ไฟฟ้ารายอื่นซึ่งอาจเป็นผู้ใช้ไฟฟ้าในชุมชนเดียวกับผู้ผลิตนี้โดยมิได้มีความประสงค์ที่จะขายไฟฟ้าให้กับรัฐซึ่งเป็นเจ้าของระบบโครงข่ายไฟฟ้าซึ่งสะท้อนถึงรูปแบบลักษณะการผลิตและใช้พลังงานในลักษณะที่การผลิตและใช้นั้นตั้งอยู่ใกล้กันมากขึ้น ไฟฟ้าที่ใช้อาจไม่ได้ถูกผลิตโดยโรงไฟฟ้าพลังความร้อนขนาดใหญ่ ซึ่งตั้งอยู่ ณ สถานที่ห่างไกลและถูกส่งผ่านระบบโครงข่ายมายังผู้ใช้

การซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชนภายใต้โครงการที่มีการกระจายตัวกันมากขึ้น ผู้ผลิตอาจมิได้เป็นเจ้าของกิจการโรงไฟฟ้า และได้มุ่งที่จะขายไฟฟ้าส่วนเกินจากการใช้เองให้กับรัฐตามประกาศการรับซื้อไฟฟ้าที่ กกพ. ออกประกาศตามมาตรา 11(4) แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเข้าสู่ตลาดเพื่อตอบสนองความต้องการซื้อของผู้ใช้ไฟฟ้าโดยตรง การทำธุรกรรมหรือมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตและผู้ใช้ไฟฟ้านั้นสามารถดำเนินการผ่านแพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีศักยภาพในการรวบรวม (Aggregation) ความต้องการซื้อไฟฟ้าหรือเรียกว่า “โหลดไฟฟ้า”¹⁵ ที่ผลิตจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียน (อุปสงค์) เจอกับบุคคลที่ต้องการขายไฟฟ้างดงกล่าว (อุปทาน) ในราคาและปริมาณที่ตกลงกันเอง โดยผู้ดูแลแพลตฟอร์มดังกล่าวจะทำหน้าที่สรุปปริมาณการซื้อขายชำระค่าใช้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าซึ่งผู้ซื้อและผู้ขายไฟฟ้างดงกล่าวได้ใช้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้า แพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์นี้ทำหน้าที่เป็นโรงไฟฟ้าเสมือน (Virtual Power Plant หรือ VPP) ที่จะช่วยให้ระบบพลังงานนั้นมีความยืดหยุ่น พร้อมจะตอบสนองต่ออุปสงค์และอุปทานไฟฟ้า และเชื่อมโยงผู้ผลิตและผู้ใช้ไฟฟ้าเข้าด้วยกัน¹⁶

การซื้อขายไฟฟ้าที่ผลิตจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนดังกล่าวนี้ย่อมมีอาจหลีกเลี่ยงความผันผวนไม่แน่นอนของทรัพยากรพลังงานหมุนเวียน เช่น การที่แดดจะออกหรือลมจะพัดมากหรือน้อยกว่าที่คาดการณ์เอาไว้ส่งผลต่อปริมาณไฟฟ้าที่ผลิตได้ หากผลิตได้น้อยกว่าที่วางแผน ผู้ขายอาจไม่มีไฟฟ้าเพียงพอที่จะขายให้ ผู้ซื้อซึ่งจะไม่ลดการใช้ไฟฟ้าลงจากการที่ผู้ขายไฟฟ้าไม่อาจผลิตได้ตามปริมาณที่ตกลงและยังคงใช้ไฟฟ้าจากระบบโครงข่ายเท่าเดิมอันจะส่งผลให้ระบบโครงข่ายไฟฟ้ามีภาระอันเกิดจากความไม่สมดุลระหว่างการผลิตและการใช้ไฟฟ้า (Imbalance) หรือหากผลิตได้มากเกินไปก็อาจจะมีไฟฟ้าส่วนเกินที่ยังไม่สามารถขายได้ซึ่งควรจะถูกกักเก็บเอาไว้ขายในเวลาที่ต้องการ ดังนั้น ผู้ผลิตไฟฟ้าเหล่านี้ อาจใช้ระบบกักเก็บพลังงาน (Energy Storage System) เพื่อกักเก็บไฟฟ้าเอาไว้ใช้ในเวลาต้องการเพื่อสร้างความเชื่อถือได้ให้กับระบบโครงข่ายไฟฟ้า¹⁷

¹⁵ Malcolm Joyce, *Nuclear Engineering: A Conceptual Introduction to Nuclear Power*, (Oxford UK: Butterworth-Heinemann, 2018), p.245.

¹⁶ Hongchao Gao et al., “Review of virtual power plant operations: Resource coordination and multidimensional interaction”, in *Applied Energy*, 357 (2024), p.12284.

¹⁷ Dawid P. Hanak and Vasilije Manovic, “Linking renewables and fossil fuels with carbon capture via energy storage for a sustainable energy future”, in *Frontiers of Chemical Science and Engineering*, 14, 3 (2020), p.453.

ไฟฟ้าที่ผลิตขึ้นจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนนั้นสามารถถูกส่งผ่านระบบโครงข่ายไฟฟ้าจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งได้ ยกตัวอย่างเช่น ที่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรปโดยเครือข่ายผู้ประกอบการระบบส่งไฟฟ้า (European Network for Transmission System Operators หรือ ENTSO-E) การเชื่อมโยงพื้นที่ผลิตเข้ากับพื้นที่ที่จะมีการใช้ไฟฟ้าที่ผลิตจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนนั้นจะมีส่วนช่วยให้ระบบพลังงานสามารถรักษาสมดุลระหว่างการใช้พลังงานและการจัดพลังงานอย่างเพียงพอ มีศักยภาพในการจัดหาและส่งมอบพลังงานสะอาดแก่ผู้ใช้ไฟฟ้ามากขึ้น¹⁸ ในขณะเดียวกันก็เป็นการพัฒนาตลาดไฟฟ้ารองรับและสร้างแรงจูงใจให้มีการผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม ตามมาตรา 47 วรรคหนึ่งแห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ การประกอบกิจการพลังงานไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่จะต้องได้รับใบอนุญาตจาก กกพ. ซึ่งกฎหมายได้กำหนดนิยามของ “กิจการไฟฟ้า” ให้เป็นส่วนหนึ่งของกิจการพลังงาน และได้ให้นิยามของกิจการไฟฟ้าเอาไว้ว่า “การผลิต การจัดให้ได้มา การจัดส่ง การจำหน่ายไฟฟ้า หรือการควบคุมระบบไฟฟ้า”¹⁹ จากนิยามข้างต้น กกพ. จึงถูกจำกัดให้ออกใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าได้เฉพาะตามนิยามของกิจการไฟฟ้าที่กฎหมายกำหนดเอาไว้แล้วเท่านั้น

บุคคลที่ประสงค์จะผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรหมุนเวียนสามารถขอรับใบอนุญาตผลิตไฟฟ้าจาก กกพ. ได้แก่ กกพ. มีอาจออกใบอนุญาตให้กับบุคคลที่จะประกอบกิจการจัดเก็บไฟฟ้าโดยเฉพาะซึ่งมิได้ผลิตไฟฟ้าได้ ตามกฎหมายในปัจจุบัน กกพ. ไม่อาจกำหนดให้มีใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าเสมือนและการให้บริการเชื่อมโยงอุปสงค์และอุปทานไฟฟ้าผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัลได้ เนื่องจากประกอบกิจการนี้มีได้ถูกบัญญัติให้เป็นกิจการไฟฟ้าตามกฎหมาย อีกทั้งยังไม่อาจออกใบอนุญาตสำหรับบุคคลที่ประสงค์จะประกอบกิจการรวบรวมโหลดไฟฟ้าเพื่อสนับสนุนการทำงานของแพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์หรือโรงไฟฟ้าเสมือนได้อีกด้วย

2.2 การกำกับดูแลระบบโครงข่ายพลังงานเพื่อรองรับการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน

การใช้งานระบบโครงข่ายไฟฟ้าภายใต้โครงสร้างกิจการไฟฟ้าแบบรวมศูนย์นั้น มักจะถูกเชื่อมต่อและรับเอาไฟฟ้าจากโรงไฟฟ้าขนาดใหญ่ซึ่งจะจ่ายไฟฟ้าปริมาณมากและจะถูกส่งไปยังจุดที่มีการใช้ไฟฟ้า เช่น ผู้รับซื้อไฟฟ้ารายเดียวรับซื้อไฟฟ้าปริมาณมากแรงดันสูงมาจากโรงไฟฟ้าผ่านระบบส่งไฟฟ้าและส่งผ่านไฟฟ้างดลงมาไปยังระบบจำหน่ายไฟฟ้าเพื่อให้ผู้ประกอบการระบบจำหน่ายขายไฟฟ้าให้กับผู้ใช้ไฟฟ้าในระดับค้าปลีกต่อไป²⁰ อย่างไรก็ตาม ระบบไฟฟ้ากำลังเปลี่ยนแปลงไปจากการผลิตและใช้พลังงาน

¹⁸ Yi-Kuang Chen et al., “The role of cross-border power transmission in a renewable-rich power system – A model analysis for Northwestern Europe”, in *Journal of Environmental Management*, 261 (2020), p.110194.

¹⁹ มาตรา 5 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พุทธศักราช 2550

²⁰ Francois Bouffard and Daniel S. Kirschen, “Centralised and distributed electricity systems”, in *Energy Policy* 36 (2008), p.4504.

จากรูปแบบที่มีการรวมศูนย์ไปเป็นรูปแบบที่มีการกระจายตัวมากยิ่งขึ้น ซึ่งมีความต้องการของผู้ผลิตและใช้ไฟฟ้าที่ประสงค์จะใช้ระบบโครงข่ายเพื่อส่งผ่านไฟฟ้าระหว่างกันผู้ใช้ไฟฟ้าซึ่งเชื่อมต่อกับระบบจำหน่ายไฟฟ้าอยู่เดิมอาจรับไฟฟ้าจากระบบจำหน่ายเช่นเดิมแต่ซื้อไฟฟ้าจากผู้ขายสองราย รายแรกคือตัวเจ้าของระบบจำหน่ายและผู้ผลิตเอกชนอื่นที่ขายสัญญาไฟฟ้าให้ตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชน²¹

2.2.1 สิทธิเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าของผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เอง

การผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนแบบกระจายศูนย์ไม่ว่าจะโดยโครงการผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรหมุนเวียนขนาดใหญ่ เช่น โซลาร์ฟาร์มและวินด์ฟาร์ม หรือการผลิตโดยผู้ใช้ไฟฟ้าครัวเรือนที่ผลิตไฟฟ้าได้จากแผงโซลาร์เซลล์บนหลังคา ซึ่งผู้ผลิตสามารถขายไฟฟ้าดังกล่าวให้กับ กฟผ. กฟน. และ กฟภ. ขายให้ผู้ใช้อื่น หรือขายให้ผู้รวบรวมโหลด จะต้องมีการจ่ายหน่วยไฟฟ้าที่ผลิตได้เข้าระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อให้มีการส่งมอบไฟฟ้าตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าได้ โดยผู้ผลิตไฟฟ้าโดยไม่จำเป็นต้องลงทุนเพื่อก่อสร้างระบบโครงข่ายไฟฟ้าแต่อาศัยสิทธิเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายของผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายไฟฟ้า เช่น กฟผ. กฟน. และ กฟภ. ตามข้อกำหนดการเปิดใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าให้แก่บุคคลที่สาม (TPA Code)²²

อย่างไรก็ตาม สิทธิในการเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าตามมาตรา 81 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ในปัจจุบันยังจำกัดให้เป็นเพียงสิทธิของ “ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบการกิจการพลังงานรายอื่น” เท่านั้น หากปรากฏว่าบุคคลที่ประสงค์จะจ่ายไฟฟ้าเข้าระบบโครงข่ายไฟฟ้านั้นเป็นผู้ใช้ไฟฟ้าที่มีไฟฟ้าเหลือจากการผลิตเพื่อใช้เองในครัวเรือนโดยมิได้ประกอบธุรกิจผลิตไฟฟ้าแล้วจะเกิดประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าบุคคลเหล่านี้จะมีสิทธิเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายของ กฟผ. กฟน. และ กฟภ. เพื่อจ่ายหน่วยไฟฟ้าเข้าระบบโครงข่ายเพื่อขายต่อให้กับผู้ใช้ไฟฟ้ารายอื่นหรือไม่ ถ้อยคำตามมาตรา 81 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ จึงยังไม่ชัดเจนว่าบุคคลเหล่านี้จะสามารถใช้และเชื่อมต่อระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อให้การไฟฟ้าส่งไฟฟ้าไปยังผู้ใช้ไฟฟ้ารายอื่นได้หรือไม่

2.2.2 เนื้อหาของข้อกำหนดระบบโครงข่ายไฟฟ้า

ข้อกำหนดระบบโครงข่ายไฟฟ้าจะกำหนดถึงการดำเนินการและกฎเกณฑ์กติกาแก่ผู้ใช้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าทุกราย ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิต ผู้รวบรวมโหลด หรือสินทรัพย์ใดที่เชื่อมต่อกับระบบ

²¹ International Renewable Energy Agency, *Grid Codes for Renewable Powered Systems*, (Abu Dhabi: IRENA 2022), p.8.

²² ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานเรื่อง หลักเกณฑ์และแนวทางการจัดทำข้อกำหนดการเปิดใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าให้แก่บุคคลที่สาม (Third Party Access) พ.ศ. 2565 กำหนดรับรองถึงสิทธิของผู้รับใบอนุญาต หรือผู้ประกอบการกิจการไฟฟ้ารายอื่นที่ประสงค์เป็นผู้ให้บริการ หรือผู้เชื่อมต่อระบบโครงข่ายไฟฟ้า เพื่อการให้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าภายใต้ TPA Code

โครงข่ายไฟฟ้า²³ โดยข้อกำหนดนี้จะทำหน้าที่ประกันให้การใช้งานระบบโครงข่ายซึ่งรวมถึงการผลิตและจ่ายไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนแบบกระจายศูนย์นั้นจะไม่ทำลายความเชื่อถือได้ของระบบโครงข่าย²⁴ โดยองค์การพลังงานหมุนเวียนระหว่างประเทศ (International Renewable Energy Agency หรือ “IRENA”)²⁵ ได้ให้ความเห็นเอาไว้ว่า ข้อกำหนดเกี่ยวกับระบบโครงข่ายไฟฟ้า จึงต้องมีความเป็นกลางทางเทคโนโลยีใหม่มากที่สุด (Technology-Neutral Manner) และข้อกำหนดเกี่ยวกับระบบโครงข่ายไฟฟ้าที่ถูกประกาศใช้อยู่แล้วควรจะถูกพัฒนาให้รองรับการเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายเพื่อรองรับการมีส่วนร่วมของการผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียน²⁶

ในทางเทคนิคนั้น การจ่ายหน่วยไฟฟ้าเข้าสู่ระบบโครงข่ายไฟฟ้าไม่ว่าจะโดยการผลิตไฟฟ้าแบบรวมศูนย์หรือกระจายศูนย์อาจทำให้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าเกิดความไม่มั่นคงและสามารถสร้างความไม่สมดุลระหว่างปริมาณไฟฟ้าที่สามารถใช้และความต้องการใช้ไฟฟ้า ณ เวลานั้น ยกตัวอย่างเช่น ผู้ผลิตไฟฟ้าได้แจ้งแก่ผู้ให้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าว่าจะจ่ายไฟฟ้าเข้าสู่ระบบโครงข่ายจำนวน 100 หน่วยต่อชั่วโมง แต่ในความเป็นจริงแล้วผู้ใช้บริการระบบโครงข่ายที่เป็นผู้ผลิตไฟฟ้านั้นจ่ายไฟฟ้าเข้าระบบโครงข่ายเพียง 70 หน่วย ในขณะที่ผู้ซื้อไฟฟ้าปลายทางยังคงใช้ไฟฟ้าจากระบบโครงข่าย 100 หน่วยต่อชั่วโมง ผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายจะมีภาระในการทำให้ระบบโครงข่ายไฟฟ้านั้นยังคงมีความเชื่อถือได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการผลิตไฟฟ้านั้นอาศัยทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนที่มีลักษณะผันผวนไม่แน่นอนแล้ว ผู้ให้บริการระบบโครงข่ายย่อมมีภาระในการบริหารจัดการเพื่อสร้างมั่นคงและแน่นอนแก่ระบบโครงข่ายไฟฟ้า

อย่างไรก็ตาม มาตรา 81 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ในปัจจุบันยังขาดรายละเอียดหรือเนื้อหาที่ข้อกำหนดระบบโครงข่ายไฟฟ้าที่จะต้องมีเพื่อสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของผู้ใช้ระบบโครงข่ายที่ผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียน ซึ่งจ่ายหน่วยไฟฟ้าเข้าระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อให้ผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายนำเอาไฟฟ้าจ่ายให้กับผู้ใช้ไฟฟ้าปลายทาง โดยปราศจากข้อกำหนดเกี่ยวกับเนื้อหาตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติแล้ว ย่อมมีความเป็นไปได้ที่ข้อกำหนดระบบโครงข่ายไฟฟ้าอาจถูกทำขึ้นโดยไม่รองรับการซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชนทั้งรูปแบบที่การส่งมอบหน่วยไฟฟ้าทางกายภาพจริงหรือการส่งมอบแบบเสมือนก็ตาม

²³ International Renewable Energy Agency, *Grid Codes for Renewable Powered Systems*, p.9.

²⁴ Ibid.

²⁵ คณะรัฐมนตรีในการประชุมเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2552 มีมติเห็นชอบให้ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์การพลังงานหมุนเวียนระหว่างประเทศ (IRENA) ตามที่กระทรวงพลังงานเสนอ โดย IRENA เป็นองค์การที่จัดตั้งเพื่อดูแลเกี่ยวกับความร่วมมือด้านพลังงานระหว่างประเทศด้านพลังงานหมุนเวียนโดยเฉพาะ โดยมีเป้าหมายในการส่งเสริมและสนับสนุนการใช้พลังงานหมุนเวียนที่สะอาด ปลอดภัยและยั่งยืน ซึ่งได้เปิดรับสมาชิกจากประเทศต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติ (UN) และจากองค์การทางด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค และได้เปิดตัวอย่างเป็นทางการในการประชุมก่อตั้งองค์การเมื่อวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2552 ณ เมืองบอนน์ เยอรมนี โดยผู้แทนจาก 124 ประเทศ ซึ่งรวมทั้งประเทศไทย (ในฐานะประเทศผู้สังเกตการณ์) ผู้แทนคณะกรรมการการยุโรป องค์การระหว่างประเทศ และองค์กรอิสระ (NGOs) อีก 34 องค์การ เข้าร่วมประชุม

²⁶ International Renewable Energy Agency, *Grid Codes for Renewable Powered Systems*, p.11.

2.3 ส่งเสริมการแข่งขันและการใช้พลังงานหมุนเวียนผ่านการบัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับตลาดไฟฟ้า

กิจการผลิต คำส่ง และคำปลีกไฟฟ้าเป็นกิจการที่มีการแข่งขันได้ กิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้ากลับเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติ (Natural Monopoly)²⁷ กล่าวคือ ในพื้นที่การให้บริการส่งไฟฟ้าไปยังจุดหมายปลายทางจะมีระบบโครงข่ายพลังงานเพียงโครงข่ายเดียวก็เป็นอันเพียงพอแล้ว ดังนั้นการกำกับดูแลการประกอบกิจการระบบโครงข่ายพลังงานนั้นจึงมิใช่การกำกับดูแลเพื่อให้มีผู้ประกอบการหลายรายแข่งขันกันสร้างและให้บริการระบบโครงข่ายหลาย ๆ โครงข่ายในพื้นที่เดียวกัน หากแต่จะเป็นการกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายมีหน้าที่ต้องให้สิทธิบุคคลที่ไม่มีระบบโครงข่ายใช้บริการระบบโครงข่ายเพื่อส่งผ่านไฟฟ้าไปยังจุดหมายปลายทางดังที่ปรากฏตามมาตรา 81 วรรคหนึ่งแห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบกิจการพลังงานรายอื่นใช้หรือเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงานของตน ทั้งนี้ ตามข้อกำหนดที่ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานประกาศกำหนด”

ข้อกำหนดระบบโครงข่ายที่ถูกประกาศกำหนดจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมหรือกีดกันผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบกิจการพลังงานรายอื่น²⁸ ในกรณีที่ กกพ. เห็นว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับการเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงาน ข้อกำหนดเกี่ยวกับการให้บริการระบบโครงข่ายพลังงาน และข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติการระบบโครงข่ายพลังงานไม่เป็นไปตามหลักการตามมาตรา 81 ให้ กกพ. มีอำนาจสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตที่ออกข้อกำหนดดังกล่าวแก้ไขหรือปรับปรุงข้อกำหนดให้เป็นไปตามหลักการตามมาตรา 81 ได้²⁹ ดังนั้น โดยทฤษฎีแล้วระบบโครงข่ายไฟฟ้าย่อมสามารถถูกใช้โดยผู้ผลิตไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์เพื่อส่งไฟฟ้าไปยังผู้ใช้ไฟฟ้าได้โดยไม่ต้องลงทุนสร้างระบบโครงข่ายเองและไม่จำเป็นต้องขายไฟฟ้าให้กับผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้า³⁰

2.3.1 อุปสรรคการเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าจากโครงสร้างกิจการและตลาดไฟฟ้าในปัจจุบัน

แม้ว่าตัวบทกฎหมายจะให้อำนาจแก่ กกพ. อย่างชัดเจนในการพิจารณาข้อกำหนดเกี่ยวกับการเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงาน ข้อกำหนดเกี่ยวกับการให้บริการระบบโครงข่ายพลังงาน และข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติการระบบโครงข่ายพลังงาน อีกทั้งยังรับรองอำนาจของ กกพ. ในการพิจารณาคำร้องกรณีที่มีการปฏิเสธการใช้หรือเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงาน³¹ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจกำกับดูแล

²⁷ ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ, *กฎหมายพลังงาน*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2566), หน้า 328.

²⁸ มาตรา 81 วรรคสอง (3) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พุทธศักราช 2550

²⁹ มาตรา 82 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พุทธศักราช 2550

³⁰ International Renewable Energy Agency, *Peer-to-Peer Electricity Trading: Innovation Landscape Brief*, (Abu Dhabi: International Renewable Energy Agency, 2020), p.7.

³¹ มาตรา 84 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พุทธศักราช 2550

ของ กกพ. ตามกฎหมายดังกล่าวกลับประสบปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากสภาพข้อเท็จจริงที่ว่าเจ้าของระบบโครงข่ายไฟฟ้า เช่น กฟน. และ กฟภ. ยังประกอบกิจการในตลาดไฟฟ้าอื่น กล่าวคือเป็นทั้งเจ้าของระบบจำหน่ายและเป็นผู้จำหน่ายไฟฟ้า สภาพข้อเท็จจริงนี้อาจทำให้ กฟน. และ กฟภ. ซึ่งเป็นผู้ค้าปลีกไฟฟ้าไม่ประสงค์ให้ผู้ค้าปลีกไฟฟ้ารายอื่นใช้ประโยชน์จากระบบจำหน่ายไฟฟ้าของตนเพื่อแข่งขันกับตนเองในตลาดค้าปลีกไฟฟ้า กล่าวคือสร้างอุปสรรคต่อคู่แข่งในตลาดเดียวกัน³²

กล่าวได้ว่าอุปสรรคของบุคคลที่ประสงค์จะเชื่อมต่อและใช้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อผลิตและจำหน่ายไฟฟ้าในตลาดค้าปลีกโดยมิได้ขายไฟฟ้าให้กับเจ้าของระบบโครงข่ายไฟฟ้านั้น อาจมีสาเหตุสำคัญจากพฤติกรรมของผู้ประกอบกิจการไฟฟ้าที่มีระบบโครงข่ายไฟฟ้าซึ่งแม้จะมีหน้าที่ต้องให้บุคคลอื่นเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าของตน โดยสภาพข้อเท็จจริงนี้ การประกอบกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้าจึงเป็นกิจการที่สมควรถูกกำกับดูแลอย่างเคร่งครัดและรอบคอบ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ มีบทบัญญัติที่เป็นการให้อำนาจแก่ กกพ. ในการ “ออกระเบียบ” เพื่อมิให้มีการกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในการให้บริการพลังงานตามมาตรา 60

โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 60 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ กกพ. ได้ออกระเบียบคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ว่าด้วยนิยามตลาดและขอบเขตตลาดการให้บริการพลังงานที่เกี่ยวข้อง พ.ศ. 2565 ซึ่งข้อ 5 ของระเบียบดังกล่าวกำหนดให้ กกพ. กำหนดนิยามตลาดและขอบเขตตลาดการให้บริการพลังงานที่เกี่ยวข้องเพื่อประเมินสภาพการแข่งขัน กำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดและกำหนดมาตรการเฉพาะอันเป็นการป้องกันมิให้มีการกระทำการอันเป็นการผูกขาด จำกัดการแข่งขัน หรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการให้บริการพลังงาน ซึ่ง กกพ. สามารถกำหนดนิยามตลาดและขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องโดยพิจารณาจากประเภทใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงานเป็นหลักและพิจารณาพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ในการให้บริการพลังงานและสภาพการแข่งขันประกอบด้วย³³ ประเภทใบอนุญาตเพื่อกำหนดขอบเขตตลาดข้างต้นนั้นแยกประเภทของกิจการระบบส่งและระบบจำหน่ายไฟฟ้าออกจากใบอนุญาตประกอบกิจการผลิต จำหน่าย และควบคุมระบบไฟฟ้า³⁴

อย่างไรก็ตาม มาตรการข้างต้นนั้นยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ กกพ. ใช้อำนาจกำกับดูแลตามกฎหมายเพื่อส่งเสริมการประกอบกิจการพลังงานแบบกระจายศูนย์และส่งเสริมการแข่งขันได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากโครงสร้างกิจการไฟฟ้าที่ยังมีข้อจำกัดจากเครื่องมือทางนโยบายออกโดยคณะรัฐมนตรีที่กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการที่มีระบบโครงข่ายประกอบกิจการไฟฟ้าในตลาดอื่นภายใต้โครงสร้างกิจการไฟฟ้าแบบผู้รับซื้อรายเดียว (Enhanced Single Buyer) ตามมติคณะรัฐมนตรีในการประชุมเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม

³² Andras Palasthy, “Third Party Access in the Electricity Sector: EC Competition Law and Sector-Specific Regulation”, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 20, 1 (2002), p.10.

³³ ข้อ 6 วรรคสอง ระเบียบคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ว่าด้วยนิยามตลาดและขอบเขตตลาดการให้บริการพลังงานที่เกี่ยวข้อง พุทธศักราช 2565

³⁴ ภาคผนวก (ก) ระเบียบคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ว่าด้วยนิยามตลาดและขอบเขตตลาดการให้บริการพลังงานที่เกี่ยวข้อง พุทธศักราช 2565

2546³⁵ ตราบเท่าที่มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวยังคงมีผลอยู่ย่อมเกิดคำถามขึ้นได้ว่าการซื้อขายไฟฟ้าโดยตรงระหว่างเอกชนซึ่งต้องใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าของรัฐเพื่อประโยชน์ในการส่งและรับไฟฟ้านั้นจะขัดต่อมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวหรือไม่³⁶

หากมีการผลิต ซื้อขาย และใช้ไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์ ผู้ผลิตไฟฟ้าจะอยู่ในตลาดผลิตและจำหน่ายแบบโดยไม่ผ่านคนกลาง หากแต่คนกลางนี้ผู้ประกอบการที่มีระบบโครงข่ายไฟฟ้าจะทำหน้าที่ให้บริการขนส่งและส่งมอบไฟฟ้าจากที่มีการผลิตไปยังจุดที่จะมีการใช้ไฟฟ้า ตามสภาพการประกอบกิจการนี้จะทำให้ผู้ผลิตไฟฟ้านั้นจะกลายเป็นคู่แข่งในตลาดค้าปลีกไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายจำหน่าย เนื่องจากผู้ใช้ไฟฟ้า เช่น โรงงานที่ต้องการใช้ไฟฟ้าที่ผลิตจากพลังงานหมุนเวียนนั้นมีทางเลือกที่จะซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตเอกชนที่จะขายไฟฟ้าให้โดยตรง หรืออาจซื้อไฟฟ้าจากการไฟฟ้าฝ่ายจำหน่ายตามเดิม ตราบเท่าที่การไฟฟ้าเป็นทั้งเจ้าของระบบโครงข่ายไฟฟ้าและอยู่ในตลาดค้าปลีกไฟฟ้าด้วยแล้ว การไฟฟ้าย่อมมีแรงจูงใจที่จำกัดในการให้ผู้ประกอบการไฟฟ้าอื่นเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าของตนเพื่อประกอบกิจการอันมีลักษณะแข่งขันกับตนเองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในตลาดค้าปลีกไฟฟ้า

ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนขอใช้ระบบจำหน่ายไฟฟ้าของ กฟน. และ กฟภ. เพื่อให้ กฟน. และ กฟภ. ส่งผ่านพลังไฟฟ้าจากจุดผลิตไปยังจุดที่จะมีการรับมอบเพื่อใช้ไฟฟ้าตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชนด้วยกันเอง จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ หาก กฟน. และ กฟภ. ยอมให้ผู้ผลิตรายนี้เชื่อมต่อและใช้ระบบจำหน่ายของตนแล้ว ย่อมทำให้ผู้ผลิตไฟฟ้ารายนี้สามารถแข่งขันกับตัว กฟน. และ กฟภ. เองในตลาดค้าปลีกไฟฟ้า กล่าวคือ ผู้ใช้ไฟฟ้าที่ซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตรายนี้มีทางเลือกในการซื้อไฟฟ้ามากขึ้นมิได้จำกัดว่าจะต้องซื้อจาก กฟน. และ กฟภ. เท่านั้น

ในประเด็นนี้ กฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการพลังงานของประเทศที่มิโนบายให้ผู้ซื้อไฟฟ้ามีทางเลือกในการซื้อและรับบริการจำหน่ายไฟฟ้าในตลาดที่มีการแข่งขัน (Retail Competition) นั้นสามารถ

³⁵ ได้รับความเห็นชอบตามมติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ (กพข.) ครั้งที่ 3/2546 (ครั้งที่ 95) โดยให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) เป็นผู้ดำเนินการผลิตและส่งไฟฟ้า รวมทั้งเป็นผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียว (Single Buyer) ส่งกระแสไฟฟ้าให้แก่การไฟฟ้าฝ่ายจำหน่าย ได้แก่ การไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) และลูกค้าตรง

³⁶ ข้อจำกัดของการซื้อขายไฟฟ้าโดยตรงซึ่งต้องมีการใช้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าตามระบบ Third Party Access (TPA) นั้น ปรากฏตามมติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ (กพข.) ครั้งที่ 1/2567 (ครั้งที่ 167) วันอังคารที่ 25 มิถุนายน 2567 ซึ่ง กพข. มีมติเห็นชอบข้อเสนอแนวทางการดำเนินการโครงการนำร่องการซื้อขายไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในรูปแบบการทำสัญญาซื้อขายพลังงานไฟฟ้าได้โดยตรง (Direct PPA) ผ่านการขอใช้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าให้แก่บุคคลที่สามโดยกำหนดปริมาณกรอบเป้าหมายการดำเนินการ Direct PPA ไม่เกิน 2,000 เมกะวัตต์ โดยอนุญาตให้เฉพาะบริษัท Data Center ที่มีความต้องการใช้ไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนตามข้อกำหนดจากบริษัทแม่ และต้องเป็นการดำเนินการที่เท่าเทียมกันในทุกประเทศที่ไปลงทุน ซึ่งต้องเป็นการลงทุนขนาดใหญ่และไม่มีการขายไฟฟ้ากลับเข้าสู่ระบบไฟฟ้าของประเทศ ซึ่งการดำเนินโครงการนำร่องดังกล่าวนี้ กพข. มีมติว่า “จะต้องมีการชดเชยความผันผวนของรายได้” เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2546 ที่เห็นชอบตามมติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ (กพข.) เมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน 2546 เรื่องการปรับโครงสร้างกิจการไฟฟ้าและแนวทางการกำกับดูแล ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างกิจการไฟฟ้า Enhanced Single Buyer (ESB) เฉพาะการดำเนินการโครงการนำร่องการซื้อขายไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในรูปแบบการทำสัญญาซื้อขายพลังงานไฟฟ้าได้โดยตรง (Direct Power Purchase Agreement: Direct PPA) ผ่านการขอใช้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าให้แก่บุคคลที่สาม (Third Party Access: TPA)”

ถูกพัฒนาโดยมีข้อกำหนดตามตัวบทกฎหมายระดับพระราชบัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายมีสิทธิรับใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าในตลาดอื่น³⁷ ซึ่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ยังไม่มีบทบัญญัติในลักษณะนี้

2.3.2 การที่ กกพ. มีหน้าที่ต้องกำกับดูแลกิจการไฟฟ้าตามกรอบนโยบายของรัฐ

หาก กพผ. กพน. หรือ กฟผ. ซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายปฏิเสธมิให้ผู้ผลิตไฟฟ้าเชื่อมต่อและใช้โครงข่ายไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายจำหน่ายเพื่อให้การไฟฟ้ารับเอาหน่วยไฟฟ้าจากจุดที่การผลิตและส่งผ่านพลังไฟฟ้าให้กับผู้ใช้ไฟฟ้าซึ่งซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชนโดยตรง โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าการใช้บริการส่งผ่านไฟฟ้าในกรณีนี้จะส่งผลให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนของระบบโครงข่ายไฟฟ้า ผู้ผลิตไฟฟ้าที่ถูกปฏิเสธสามารถใช้สิทธิตามมาตรา 84 ยื่นคำร้องให้ กกพ. วินิจฉัยได้ อย่างไรก็ตาม หาก กกพ. จะมีคำวินิจฉัยให้ผู้ผลิตไฟฟ้าที่ไม่มีระบบโครงข่ายไฟฟ้ารายนี้สามารถเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายของการไฟฟ้าได้แล้ว อาจเกิดข้อโต้แย้งขึ้นว่าจะเป็นการใช้อำนาจที่ขัดต่อนโยบายที่ให้กิจการไฟฟ้ามีรูปแบบและลักษณะเป็นผู้รับซื้อรายเดียวตามมติคณะรัฐมนตรีหรือไม่ และส่งผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจกำกับดูแล เนื่องจากมาตรา 11 วรรคหนึ่ง (1) แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ บัญญัติให้ กกพ. มีอำนาจหน้าที่ “กำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ภายใต้กรอบนโยบายของรัฐ”

นอกจากนี้ กกพ. ยังประสบความท้าทายในการต้องพิจารณาวานโยบายด้านพลังงานของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเกิดขึ้น พัฒนาการ และระดับของการแข่งขันในตลาดไฟฟ้านั้นจะมีลักษณะและพัฒนารูปแบบอย่างไร การกำกับดูแลกิจการพลังงานนั้นแม้จะต้องเป็นไปโดยอิสระ แต่ไม่ได้แยกต่างหากจากนโยบายพลังงานของรัฐ เช่น การเพิ่มการแข่งขันและการเพิ่มสัดส่วนการใช้ไฟฟ้าจากทรัพยากรหมุนเวียนแบบกระจายศูนย์นั้นเป็นเรื่องที่ต้องมีการวางแผนและมีการตัดสินใจในเชิงนโยบาย ถ้อยคำตามมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ บัญญัติถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายให้รวมถึงการ “ส่งเสริมให้การบริการของระบบโครงข่ายพลังงานเป็นไปด้วยความเป็นธรรม โปร่งใสและไม่มีการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม”³⁸ และ “ส่งเสริมการใช้พลังงานหมุนเวียนในการประกอบกิจการไฟฟ้าที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมน้อย”³⁹

³⁷ ยกตัวอย่างเช่น Section 9 (2) แห่ง Electricity Act 2001 ของประเทศสิงคโปร์ บัญญัติจำกัดมิให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายไฟฟ้ามีสิทธิประกอบกิจการไฟฟ้าอื่นนอกจากประกอบกิจการส่งไฟฟ้าเท่านั้น

³⁸ มาตรา 7 (4) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พุทธศักราช 2550

³⁹ มาตรา 7 (8) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พุทธศักราช 2550

ในกรณีนี้ กกพ. จะประสบกับความท้าทายที่จะต้องพิจารณาว่าการปฏิเสธการใช้โครงข่ายของ กฟผ. กฟน. หรือ กฟภ. นั้นเป็นคำปฏิเสธที่ปราศจากเหตุผลสมควรและเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าที่มีระบบโครงข่ายไฟฟ้าเหล่านี้จะมีเหตุผลสมควรประการใดที่จะปฏิเสธการใช้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อรองรับการผลิตและส่งผ่านไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชน กกพ. ในฐานะองค์กรกำกับดูแลจะต้องคำนึงถึงกรอบนโยบายพลังงานหรือไม่เพียงใด ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาว่า กกพ. จะสามารถตัดสินใจได้โดยปราศจากการถูกกดดันหรือได้รับอิทธิพลจากรัฐบาลในฐานะองค์กรกำกับดูแลที่มีความเป็นอิสระ (Independence) ได้เพียงใด⁴⁰

2.4 การตอบสนองต่อพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากภาคพลังงาน

ในปัจจุบัน การประกอบกิจการพลังงานซึ่งเกี่ยวข้องกับการผลิตและการใช้พลังงานส่งผลให้เกิดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกซึ่งเป็นสาเหตุประการสำคัญของปัญหาโลกร้อนและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศอยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทยอย่างน้อย 2 ฉบับ ได้แก่ กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change: UNFCCC) และความตกลงปารีส (Paris Agreement) พันธกรณีตาม Paris Agreement กำหนดให้รัฐภาคีจัดทำและแจ้งการมีส่วนร่วมที่ประเทศแต่ละประเทศกำหนด (Nationally Determined Contributions: NDCs) โดยแสดงเจตจำนงในการจัดการกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ⁴¹ โดยประเทศไทยได้ให้คำมั่นสัญญาตาม NDCs ว่าจะลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในประเทศลงร้อยละ 7 ถึงร้อยละ 20 ในภาคพลังงานและภาคขนส่ง⁴²

ประเทศไทยได้สื่อสารเป้าหมายในการจัดการกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศตามกรอบของ UNFCCC โดยปรากฏใน Thailand's Intended Nationally Determined Contribution (INDC) ฉบับลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2015 ว่าประเทศไทยมีเป้าหมายที่จะเพิ่มสัดส่วนการใช้พลังงาน

⁴⁰ ในประเด็นนี้ องค์การพัฒนาอุตสาหกรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Industrial Development Organization หรือ “UNIDO”) ได้ให้คำอธิบายว่า โดยทั่วไปแล้ว อดตาดิน (Autonomy) หรือความเป็นอิสระ (Independence) ขององค์กรกำกับดูแล (Regulator) หมายถึง การที่การตัดสินใจขององค์กรไม่ถูกอิทธิพลจากปัจจัยภายนอก ซึ่งมักจะหมายถึงความเป็นอิสระจากรัฐบาล อย่างไรก็ตาม UNIDO ยอมรับว่าเป็นเรื่องยากที่จะรักษาคุณภาพความเป็นอิสระข้างต้นตราบเท่าที่รัฐบาลยังเป็นผู้ให้การสนับสนุนทางการเงินแก่องค์กรกำกับดูแล โปรดดู United Nations Industrial Development Organization, “Structure, composition and role of an energy regulator,” p.5-5 [online] Available from : https://www.unido.org/sites/default/files/2009-02/Module5_0.pdf [10 May 2024]

⁴¹ Article 4 of Paris Agreement

⁴² Office of Natural Resources and Environment Policy and Planning, “Thailand's Updated Intended Nationally Determined Contribution (INDC),” p.3 [online] Available from : <https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/Thailand%20Updated%20NDC.pdf> [9 April 2024]

หมุนเวียนในสัดส่วนการผลิตไฟฟ้าตามแผนพัฒนากำลังการผลิตไฟฟ้าให้มีถึงร้อยละ 20 ในปี ค.ศ. 2036 และตามแผนพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือก ประเทศไทยมีเป้าหมายในการใช้พลังงานหมุนเวียนถึงร้อยละ 30 ในการใช้พลังงานขั้นสุดท้าย⁴³ ดังนั้น การจัดหาไฟฟ้าที่ผลิตจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนจึงเป็นส่วนหนึ่งของพันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันตาม UNFCCC และ Paris Agreement

เพื่อเพิ่มสัดส่วนการผลิตและใช้ไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนในระบบพลังงานของประเทศ กกพ. มีอำนาจในการกำหนดระเบียบและหลักเกณฑ์ในการจัดหาไฟฟ้า และออกประกาศเชิญชวนการรับซื้อไฟฟ้า รวมทั้งกำกับดูแลขั้นตอนการคัดเลือกให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง (4) โดย กกพ. สามารถกำหนดประเภทของไฟฟ้าที่จะมีการรับซื้อได้ ดังนั้น กกพ. จึงมีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวในการสนับสนุนให้ประเทศไทยบรรลุเป้าหมายตาม INDC ด้วยการสร้างอุปสงค์พลังงานหมุนเวียนตามอัตราารับซื้อที่มีการประกันราคารับซื้อไฟฟ้าที่ผลิตจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียน

ยกตัวอย่างเช่น กกพ. ได้ออกระเบียบคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ว่าด้วยการจัดหาไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าขนาดเล็กมากโครงการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน พ.ศ. 2561 เพื่อรับคำขอผลิตไฟฟ้าจากโครงการผลิตพลังงานหมุนเวียน โดยได้ให้นิยามของพลังงานหมุนเวียน หมายความว่า “พลังงานทดแทนเพื่อการผลิตไฟฟ้า ประกอบด้วยพลังงานแสงอาทิตย์ พลังงานลม พลังงานน้ำ พลังงานจากขยะ พลังงานจากชีวมวล พลังงานจากก๊าซชีวภาพ และพลังงานรูปแบบใหม่เพื่อการผลิตไฟฟ้า เช่น พลังงานความร้อนใต้พิภพ พลังงานจากคลื่นและกระแสน้ำไหล พลังงานไฮโดรเจนและระบบกักเก็บพลังงาน เป็นต้น”⁴⁴

จากนิยามของพลังงานหมุนเวียนข้างต้น พลังงานไฮโดรเจน ได้ถูกนิยามให้เป็นพลังงานหมุนเวียนประเภทหนึ่งที่สามารถนำมาใช้ผลิตไฟฟ้าและขายให้กับรัฐตามราคาที่รัฐประกันได้ อย่างไรก็ตาม ระเบียบดังกล่าวมิได้บัญญัตินิยามและกระบวนการผลิตไฮโดรเจนที่จะถูกใช้เพื่อผลิตไฟฟ้าที่จะขาย ในทางเทคนิคแล้ว กระบวนการผลิตไฮโดรเจนนั้นอาจอาศัยเชื้อเพลิงฟอสซิลเช่นถ่านหินจะทำให้เกิดไฮโดรเจนสีน้ำเงิน ส่วนการผลิตโดยก๊าซธรรมชาติ ไฮโดรเจนเหล่านี้จะถูกจัดให้เป็นไฮโดรเจนสีเทา⁴⁵ ซึ่งยังนับได้ว่ายังเป็นพลังงานที่สร้างผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจึงมีส่วนช่วยลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากภาคพลังงานอย่างจำกัด

⁴³ Office of Natural Resources and Environment Policy and Planning, “Thailand’s Updated Intended Nationally Determined Contribution (INDC),” p.3 [online] Available from : <https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/Thailand%20Updated%20NDC.pdf> [9 April 2024]

⁴⁴ ข้อ 3 ระเบียบคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ว่าด้วยการจัดหาไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าขนาดเล็กมากโครงการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน พุทธศักราช 2561

⁴⁵ ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ, กฎหมายพลังงาน, หน้า 474.

การวัดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตาม UNFCCC นั้นจะต้องพิจารณาถึงกระบวนการหรือกิจกรรมใด ๆ ที่มีการปล่อยก๊าซเรือนกระจกขึ้นสู่ชั้นบรรยากาศหรือเรียกว่า “แหล่ง (Source)”⁴⁶ โดยรัฐสมาชิกควรที่จะใช้มาตรการในลักษณะการระงับเอาไว้ก่อน การคาดการณ์ การป้องกัน และลดสาเหตุจากผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ โดยนโยบายและมาตรการที่รัฐสมาชิกจะใช้นั้นควรคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ รวมถึงการปล่อยก๊าซเรือนกระจกแต่ละแหล่งด้วย⁴⁷ หากการผลิต “ไฮโดรเจนสีเทา” ยังคงก่อให้เกิดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเนื่องจากอาศัยไฟฟ้าที่ผลิตจากการเผาเชื้อเพลิงฟอสซิลในการผลิต การรับซื้อไฟฟ้าที่ผลิตจากไฮโดรเจนสีเทาเหล่านี้ก็ไม่อาจสนับสนุนเป้าหมายของประเทศที่จะลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้

หาก กกพ. จะกำหนดนิยามของพลังงานทดแทนเพื่อการผลิตไฟฟ้าโดยจำกัดเฉพาะไฮโดรเจนที่ผลิตขึ้นโดยไม่มีการก่อหรือปล่อยก๊าซเรือนกระจก เช่น จะมีการรับซื้อเฉพาะไฮโดรเจนสีเขียวที่ผลิตจากไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียนเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อตอบสนองต่อพันธกรณีของประเทศตาม UNFCCC และ Paris Agreement จะเกิดปัญหาทางกฎหมายว่า กกพ. จะอาศัยอำนาจตาม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ในการดำเนินการดังกล่าวได้หรือไม่

2.5 การกำกับอัตราค่าไฟฟ้าที่รองรับการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน

ค่าบริการพลังงานทั้งในส่วนของการไฟฟ้าและก๊าซธรรมชาตินั้นส่งผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของผู้ใช้พลังงาน เนื่องจากการทำให้พลังงานนั้นเป็นสิ่งที่ซื้อหาได้และเป็นราคาที่สมเหตุสมผลนั้นเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความมั่นคงทางพลังงาน⁴⁸ ผู้ใช้ไฟฟ้ามีสิทธิที่จะจ่ายค่าบริการไฟฟ้าในอัตราที่เป็นธรรมและมีความสมเหตุสมผล โปร่งใส ตรวจสอบได้⁴⁹ ความสมเหตุสมผลนั้นจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของการทำให้ผู้ประกอบการพลังงานได้รับค่าตอบแทนบนพื้นฐานของต้นทุนที่แท้จริง ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง และมีสิทธิได้กำไรตามสมควรเพื่อตอบแทนการแบกรับความเสี่ยงและได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนเพื่อประกอบกิจการพลังงานแต่ละประเภท ในขณะที่ยังคงทำให้ผู้ใช้ไฟฟ้าทั่วไปสามารถซื้อหาไฟฟ้าได้ในฐานะการให้บริการอย่างทั่วถึง (Universal Service)⁵⁰

เมื่อต้นทุนของการผลิตไฟฟ้ามีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอแล้ว ราคาไฟฟ้าที่มีการซื้อขายตามสัญญาจัดหาไฟฟ้านั้นควรเป็นราคาที่มีความยืดหยุ่นและสะท้อนการเปลี่ยนแปลงของต้นทุน เช่น หากเป็นการ

⁴⁶ Article 1 of Para. 6 of United Nations Framework Convention on Climate Change 1992

⁴⁷ Article 3 of Para. 3 of United Nations Framework Convention on Climate Change 1992

⁴⁸ United Nations General Assembly Resolution (UNGA), A/RES/70/1 (21st October 2015), Goal 7 of Sustainable Development Goals (SDGs)

⁴⁹ ข้อ 3 (4) ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง ค่าประกาศสิทธิผู้ใช้บริการไฟฟ้า พุทธศักราช 2565 ประกอบ Article 1 of Directive (EU) 2019/944 on common rules for the internal market for electricity (EU Electricity Directive)

⁵⁰ Simone Pront-van Bommel, “A Reasonable Price for Electricity”, in *Journal of Consumer Policy*, 37 (2016), p.148.

จัดหาไฟฟ้าในตลาดที่มีการแข่งขัน ราคาไฟฟ้าที่ผู้ใช้ไฟฟ้าจ่ายนั้นก็ควรจะสะท้อนการเปลี่ยนแปลงของราคาไฟฟ้าในตลาด (Dynamic Electricity Price Contract)⁵¹ แม้ราคาจะเป็นไปตามกลไกตลาด แต่รัฐสามารถกำกับดูแลการคิดอัตราค่าบริการในกิจการพลังงานให้เป็นราคาที่มีความยืดหยุ่นดังกล่าว⁵² ดังนั้น องค์กรกำกับดูแลกิจการพลังงานจึงมีภารกิจสำคัญในการกำกับดูแลอัตราค่าไฟฟ้าภายใต้โครงสร้างกิจการไฟฟ้าที่มีความเป็นพลวัต

2.5.1 การขาดหลักเกณฑ์การกำกับดูแลอัตราค่าบริการภายใต้โครงสร้างกิจการไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์

เมื่อ กกพ. มีหน้าที่และอำนาจในการกำกับดูแลอัตราค่าบริการไฟฟ้า กรณีนี้จึงเกิดประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าเมื่อระบบพลังงานของประเทศกำลังเปลี่ยนไปจากโครงสร้างแบบรวมศูนย์กลายเป็นระบบกระจายศูนย์ ซึ่งจะมีการผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียน โดยผู้ผลิตไฟฟ้าที่กระจายตัวอยู่ในจุดที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนได้ และต้องการขอเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายเพื่อส่งผ่านไฟฟ้าไปยังผู้ใช้โดยมิได้ขายไฟฟ้าให้กับเจ้าของระบบโครงข่าย คำถามที่เกิดขึ้นคือผู้ผลิตและผู้ใช้ไฟฟ้าเหล่านี้จะสามารถคิดราคาค่าไฟฟ้าระหว่างกันตามความตกลงกันเองได้หรือไม่ และหากการเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าระหว่างผู้ผลิตและผู้ใช้ไฟฟ้างดงกล่าวนั้นสร้างภาระจากความไม่สมดุลในการส่งผ่านไฟฟ้า และก่อให้เกิดต้นทุนจากการที่ผู้ประกอบการระบบโครงข่ายไฟฟ้าต้องสร้างความเชื่อถือได้ (Grid Reliability) ให้แก่ระบบโครงข่ายไฟฟ้าแล้วผู้ให้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าจะสามารถนับเอาเงินลงทุนและค่าใช้จ่ายเพื่อการให้บริการดังกล่าวรวมเข้าเป็นค่าบริการระบบโครงข่ายสำหรับผู้ผลิตและผู้ใช้ไฟฟ้าในกรณีนี้โดยเฉพาะ โดยกันมิให้ต้นทุนส่วนนี้กลายเป็นภาระแก่ผู้ใช้ไฟฟ้าทั่วไปที่ยังคงซื้อและรับการส่งมอบไฟฟ้าจากการไฟฟ้าฝ่ายจำหน่ายตามปกติ⁵³

ตามหมวด 1 ของประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง กรอบหลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าไฟฟ้า (Electricity Tariff Regulatory Framework) พ.ศ. 2564 ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการ

⁵¹ Article 2 (15) of Directive (EU) 2019/944 on common rules for the internal market for electricity (EU Electricity Directive)

⁵² Article 5 of Para. 7 (e) of Directive (EU) 2019/944 on common rules for the internal market for electricity (EU Electricity Directive)

⁵³ ประเด็นเรื่องการจัดสรรต้นทุนที่เหมาะสมต่อผู้ใช้ไฟฟ้าทุกกลุ่มนั้นปรากฏในการประชุมคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ ครั้งที่ 7/2565 (ครั้งที่ 162) วันจันทร์ที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ. 2565 ในเรื่อง แนวทางการกำหนดอัตราค่าบริการไฟฟ้าสีเขียว (Utility Green Tariff: UGT) ซึ่งได้รายละเอียดส่วนหนึ่งระบุว่า การให้บริการผ่านการใช้ไฟฟ้าทั้งสามแห่ง โดยการให้บริการทั้งสองรูปแบบมีโครงสร้างของต้นทุนการให้บริการ (Cost of Service) ที่แตกต่างกัน รวมถึงแตกต่างจากผู้บริโภคไฟฟ้าทั่วไป ดังนั้น การกำหนดอัตราค่าบริการจึงต้องคำนึงถึงการสะท้อนต้นทุนที่เหมาะสมและเป็นธรรม โดยอาศัยหลักการผู้ได้รับประโยชน์ เป็นผู้จ่าย (Beneficiaries Pay Principle) ซึ่งครอบคลุมถึงประโยชน์และต้นทุนสาธารณะที่เกิดจากนโยบาย การส่งเสริมอุตสาหกรรมพลังงานหมุนเวียนของประเทศและภาระของระบบไฟฟ้าในภาพรวม

ไฟฟ้าที่ กกพ. กำหนดให้มีหน้าที่เสนออัตราค่าไฟฟ้าตามประกาศ⁵⁴ ถูกกำกับดูแลให้เป็นตามประเภทของใบอนุญาต โดยไม่เกินกว่ารายได้พึงได้รับสูงสุด โดยประกาศดังกล่าวกำหนดให้ผู้ผลิตไฟฟ้าที่มีได้มีสัญญาซื้อขายไฟฟ้าประมาณการค่าใช้จ่ายจากค่าลงทุนในสินทรัพย์และต้นทุนการผลิตไฟฟ้าของแต่ละโรงไฟฟ้า (Prudent Cost of Service) โดยประมาณการจากต้นทุนในการวางแผนและการผลิตไฟฟ้า การก่อสร้างโรงไฟฟ้า การบำรุงรักษาระบบผลิตไฟฟ้า และค่าเชื้อเพลิงในการผลิตไฟฟ้า⁵⁵ อย่างไรก็ตาม การผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรแบบกระจายศูนย์นั้นอาจไม่เกิดขึ้นใน “โรงไฟฟ้า” หากแต่เป็นเพียงระบบผลิตไฟฟ้า เช่น แผงโซลาร์ติดตั้งบนหลังคาและไม่ได้ใช้เชื้อเพลิง (และอาจมีต้นทุนอื่น เช่น การใช้ระบบกักเก็บพลังงาน) และผู้ผลิตในกรณีนี้เป็นผู้จำหน่ายไฟฟ้าให้กับผู้ใช้ไฟฟ้าโดยตรง ดังนั้น ต้นทุนที่แท้จริงของการผลิตไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์จึงแตกต่างจากการผลิตไฟฟ้าในโครงสร้างกิจการไฟฟ้าแบบรวมศูนย์และอาจมีการคิดราคาที่แตกต่างไปจากไฟฟ้าภายใต้โครงสร้างดังกล่าว

การคิดค่าไฟฟ้าในอัตราที่แตกต่างกันไปจากอัตราที่มีการซื้อขายทั่วไปนั้นปรากฏใน ข้อ 17 ของประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง กรอบหลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าไฟฟ้า (Electricity Tariff Regulatory Framework) พ.ศ. 2564 ซึ่งกำหนดว่าหลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าไฟฟ้าในหมวดว่าด้วยหลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าไฟฟ้าไม่ใช้บังคับกับการกำหนดอัตราค่าไฟฟ้าในกรณีที่ใช้ไฟฟ้าซื้อไฟฟ้าจากตลาดแข่งขัน (Contestable Market) หรือจากการทำสัญญาทวิภาคี (Bilateral Contract) กับผู้ประกอบการไฟฟ้าซึ่งไม่ใช่ กฟผ. กฟน. และ กฟภ. โดย กกพ. มีอำนาจออกหลักเกณฑ์ในการกำหนดอัตราค่าไฟฟ้าสำหรับกรณีนี้ตามความเหมาะสม จะเห็นได้ว่าประกาศฉบับนี้รับรู้ว่าการที่คิดค่าบริการในตลาดไฟฟ้าที่มีการแข่งขันได้นั้นอาจมีลักษณะแตกต่างไปจากการกำกับดูแลกิจการภายใต้ไฟฟ้าภายใต้โครงสร้างแบบที่มีผู้รับซื้อรายเดียว อย่างไรก็ตาม อำนาจของ กกพ. ในเรื่องนี้ยังไม่ได้ถูกกำหนดเอาไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และยังขาดความชัดเจนว่าตลาดใดคือตลาดที่มีการแข่งขันได้

การจำหน่ายไฟฟ้าในตลาดค้าปลีกไฟฟ้านั้น ให้ผู้จำหน่ายประมาณการต้นทุนในการจัดหาและซ่อมบำรุงเครื่องวัดปริมาณซื้อขายไฟฟ้า การดำเนินการบันทึกปริมาณการใช้ไฟฟ้า (Meter Reading) การพิมพ์ใบเรียกเก็บเงินค่าไฟฟ้า (Billing) การจัดเก็บค่าไฟฟ้า (Collection) การให้บริการลูกค้าสัมพันธ์ (Customer Handling) รวมถึงค่าใช้จ่ายในการให้บริการอย่างทั่วถึง (Universal Service Obligations)⁵⁶ ในส่วนของการเรียกเก็บค่าไฟฟ้านั้น การไฟฟ้าฝ่ายจำหน่ายเรียกเก็บเงินแทน มิได้ขายไฟฟ้าให้การไฟฟ้าและการนำเอาไฟฟ้าไปค้าปลีกต่อไป กรณีจึงอาจเกิดคำถามได้ว่าหากการไฟฟ้าฝ่ายจำหน่ายเรียกเก็บค่า

⁵⁴ ข้อ 39 วรรคหนึ่งของประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง กรอบหลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าไฟฟ้า (Electricity Tariff Regulatory Framework) พุทธศักราช 2564 กำหนดให้ในรอบการกำกับเริ่มแรกให้การไฟฟ้านครหลวง การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยและการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค เป็นผู้ที่มีหน้าที่ตามข้อ 3.

⁵⁵ ข้อ 10 วรรคหนึ่ง (1) (ข) ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง กรอบหลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าไฟฟ้า (Electricity Tariff Regulatory Framework) พุทธศักราช 2564

⁵⁶ ข้อ 10 วรรคหนึ่ง (5) ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง กรอบหลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าไฟฟ้า (Electricity Tariff Regulatory Framework) พุทธศักราช 2564

ไฟฟ้าแทนผู้ผลิตแล้วจะคิดค่าบริการดังกล่าวแยกจากการให้บริการมิเตอร์แบบเดิมได้หรือไม่ สำหรับประเด็นนี้ กกพ. ได้ออกประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์การให้บริการและการกำหนดอัตราค่าบริการไฟฟ้าสีเขียว (Utility Green Tariff) พ.ศ. 2566 กำหนดว่า “ไฟฟ้าสีเขียว” หมายความว่า ไฟฟ้าซึ่งมีใบรับรองการผลิตไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน (Renewable Energy Certificate)⁵⁷ โดยระบุว่า ราคาไฟฟ้าสีเขียวต่อหน่วย ค่าตอบแทน หรือเงื่อนไขสำหรับการให้บริการไฟฟ้าสีเขียว รวมถึงค่าธรรมเนียมอื่น ๆ ที่ กฟผ. กฟภ. และ กฟน. ซึ่งเป็นผู้จำหน่ายที่เรียกเก็บจากผู้ใช้ไฟฟ้า⁵⁸ โดยแยกอัตราค่าบริการไฟฟ้าสีเขียวแบบไม่เจาะจงแหล่งที่มาและแบบเจาะจงแหล่งที่มา⁵⁹

นอกจากนี้ หากมีไฟฟ้าสีเขียวในระบบโครงข่ายไฟฟ้ามากขึ้นจากผู้ผลิตไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์แล้ว จะเกิดคำถามขึ้นว่าอัตราค่าไฟฟ้าควรจะสะท้อนสัดส่วนที่มากขึ้นดังกล่าวหรือไม่ เช่น หากการผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนเริ่มมีราคาลดลง อีกทั้งยังไม่มี การคิดค่าความพร้อมจ่ายในลักษณะเดียวกับการซื้อไฟฟ้าจากสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระยะยาวจากโรงไฟฟ้าขนาดใหญ่ ซึ่ง กฟผ. กฟน. และ กฟภ. ได้ทำสัญญาซื้อขายเอาไว้แล้ว หากการใช้ไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนที่มากขึ้นจะช่วยลดค่าบริการไฟฟ้าลงได้ กรณีนี้ย่อมเกิดคำถามแก่ กกพ. ว่าจะสามารถใช้อำนาจกำกับดูแลตาม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ได้เพื่อให้ราคาไฟฟ้าสะท้อนต้นทุนการผลิตและจัดหาไฟฟ้าที่ลดลงตามความเป็นจริงตามลักษณะของการประกอบกิจการและตลาดไฟฟ้าที่เปลี่ยนแปลงไป

2.5.2 ความไม่ยืดหยุ่นของราคาไฟฟ้าอันเกิดจากสัญญาซื้อขายไฟฟ้าที่ได้นามแล้ว

ตามมาตรา 87 วรรคหนึ่งแห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ระบบโครงข่ายไฟฟ้าจะต้องถูกบริหารและกำกับดูแลให้ระบบพลังงานมีความสมดุล มั่นคง มีเสถียรภาพ ประสิทธิภาพ และความน่าเชื่อถือ โดย กฟผ. ในฐานะผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้าจะเป็นผู้สั่งการเดินเครื่องโรงไฟฟ้าเพื่อตอบสนองต่อความต้องการใช้ไฟฟ้า⁶⁰ โดยการส่งเดินเครื่องโรงไฟฟ้านั้น กฟผ. จะต้องสั่งเดินเครื่องโรงไฟฟ้าประเภท Must Run กล่าวคือ สั่งเดินเครื่องโรงไฟฟ้าอันเนื่องมาจากข้อจำกัดของระบบไฟฟ้าหรือเพื่อรักษาความมั่นคงของระบบไฟฟ้าเป็นลำดับแรก⁶¹ ลำดับที่สองคือ สั่งเดินเครื่องโรงไฟฟ้าประเภท Must Take กล่าวคือ สั่งเดินเครื่องโรงไฟฟ้า อันเนื่องมาจากข้อกำหนดตามสัญญาซื้อ

⁵⁷ ข้อ 3 ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์การให้บริการและการกำหนดอัตราค่าบริการไฟฟ้าสีเขียว (Utility Green Tariff) พุทธศักราช 2566

⁵⁸ ข้อ 3 ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์การให้บริการและการกำหนดอัตราค่าบริการไฟฟ้าสีเขียว (Utility Green Tariff) พุทธศักราช 2566

⁵⁹ ข้อ 4 ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์การให้บริการและการกำหนดอัตราค่าบริการไฟฟ้าสีเขียว (Utility Green Tariff) พุทธศักราช 2566

⁶⁰ ข้อ 4 ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์การให้บริการและการกำหนดอัตราค่าบริการไฟฟ้าสีเขียว (Utility Green Tariff) พุทธศักราช 2566

⁶¹ ข้อ 5 (1) ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์การสั่งเดินเครื่องโรงไฟฟ้าสำหรับผู้รับใบอนุญาตควบคุมระบบไฟฟ้า พุทธศักราช 2564

ขายไฟฟ้า และประเภท Minimum Take เพื่อให้เป็นไปตามข้อกำหนดตามสัญญาซื้อขายก๊าซธรรมชาติ⁶² ส่วนไฟฟ้าที่ผลิตจากโรงไฟฟ้าที่มีต้นทุนต่ำที่สุดหรือที่เรียกว่าประเภท Merit Order นั้นจะถูกส่งเป็นลำดับสุดท้าย⁶³

องค์การพลังงานระหว่างประเทศ (International Energy Agency หรือ IEA) ซึ่งได้ทำการศึกษาเรื่องความยืดหยุ่นของระบบพลังงานของประเทศไทย (Thailand Power System Flexibility Study) ร่วมกับ กฟผ. ได้ตั้งข้อสังเกตเอาไว้ว่าการบังคับให้ กฟผ. ต้องรับเอาไฟฟ้าจากโรงไฟฟ้าที่มีสัญญาระยะยาวซึ่งเป็นหน้าที่ต้องรับซื้อ และหากแม้ไม่รับหน่วยไฟฟ้า กฟผ. ก็จะต้องจ่ายเงินให้ผู้ผลิต จะส่งผลให้ กฟผ. ต้องรับเอาไฟฟ้าและรับต้นทุนของโรงไฟฟ้าตามสัญญาดังกล่าว (เช่น โรงไฟฟ้าก๊าซธรรมชาติ) แม้ว่าต้นทุนนี้จะสูงกว่าการส่งเดินเครื่องโรงไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนในวันที่มีแดดออกอย่างเต็มที่⁶⁴ ด้วยเหตุนี้ IEA จึงมีข้อเสนอแนะให้มีการเจรจาซื้อขายไฟฟ้าที่ กฟผ. มีหน้าที่ต้องรับซื้อไฟฟ้าขั้นต่ำที่ได้ลงนามไปแล้ว (Renegotiation) เพื่อลดปริมาณไฟฟ้าขั้นต่ำที่ต้องรับซื้อ⁶⁵ การลดปริมาณไฟฟ้างดงกล่าวย่อมเปิดโอกาสให้ กฟผ. ส่งให้โรงไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรหมุนเวียนเดินเครื่องและขายหน่วยไฟฟ้าที่มีราคาถูกลงกว่าเข้าระบบโครงข่ายไฟฟ้า เพื่อให้การไฟฟ้าฝ่ายจำหน่ายนำไปจำหน่ายในตลาดค้าปลีกไฟฟ้าต่อไป

การดำเนินการให้แก้ไขหรือเจรจาซื้อขายไฟฟ้าระยะยาวที่ได้มีการลงนามแล้วจะช่วยลดต้นทุนของอัตราค่าไฟฟ้าโดยรวมของประเทศลงในยุคที่มีการเปิดตลาดผลิตไฟฟ้าแบบกระจายตัวแบบเสรีได้อีกด้วย กล่าวคือ ในเวลาที่ประเทศไทยพัฒนาให้มีการตลาดผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนที่ซื้อขายกันแบบทันทีระหว่างผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองกับผู้ซื้อไฟฟ้าทั่วไป มิใช่การที่เจ้าของระบบโครงข่ายไฟฟ้ารับซื้อไฟฟ้าจากโรงไฟฟ้าตามสัญญาซื้อขายระยะยาวแล้ว ความต้องการใช้ไฟฟ้าถูกตอบสนองโดยไฟฟ้าที่ผลิตแบบกระจายศูนย์ดังกล่าว กฟผ. ก็จะต้องต้องพึ่งพาไฟฟ้าตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระยะยาวที่ได้ลงนามแล้วน้อยลง และควรมีภาระต้องชำระค่าความพร้อมจ่ายน้อยลงอีกด้วย อย่างไรก็ตาม การจะรับเอาไฟฟ้าน้อยลงหรือลดการชำระค่าความพร้อมจ่ายดังกล่าวอาจจะต้องมีการแก้ไขสัญญาซื้อขายไฟฟ้าที่ได้ลงนามแล้ว ซึ่งตาม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ กฟผ. ยังไม่มีอำนาจในการกำกับดูแลให้มีการแก้ไขสัญญาซื้อขายไฟฟ้าเพื่อสร้างความยืดหยุ่นของราคาไฟฟ้า

⁶² ข้อ 5 (2) ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์การส่งเดินเครื่องโรงไฟฟ้าสำหรับผู้รับใบอนุญาตควบคุมระบบไฟฟ้า พุทธศักราช 2564

⁶³ ข้อ 5 (3) ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง หลักเกณฑ์การส่งเดินเครื่องโรงไฟฟ้าสำหรับผู้รับใบอนุญาตควบคุมระบบไฟฟ้า พุทธศักราช 2564

⁶⁴ International Energy Agency, “Thailand Power System Flexibility Study,” p.74 [online] Available from : <https://iea.blob.core.windows.net/assets/19f9554b-f40c-46ff-b7f5-78f1456057a9/ThailandPowerSystemFlexibilityStudy.pdf> [12 April 2024]

⁶⁵ International Energy Agency, “Thailand Power System Flexibility Study,” p.78 [online] Available from : <https://iea.blob.core.windows.net/assets/19f9554b-f40c-46ff-b7f5-78f1456057a9/ThailandPowerSystemFlexibilityStudy.pdf> [12 April 2024]

3. ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ

จากการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย อันนำมาสู่การดำเนินการปรับปรุงแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ โดยผ่านการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย รวมถึงการรับฟังผลกระทบจากผู้ที่เกี่ยวข้องตามหลักการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายที่กำหนดไว้ในมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และ พ.ร.บ. หลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ แล้ว เพื่อเพิ่มศักยภาพของ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ในการรองรับและสนับสนุนการเปลี่ยนผ่านทางพลังงานไปสู่สังคมคาร์บอนต่ำที่รองรับการผลิตไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์ ภายใต้โครงสร้างกิจการไฟฟ้าที่มีการแข่งขันกันในตลาดไฟฟ้าที่มีการแข่งขันกันได้ โดยที่ผู้ใช้ไฟฟ้ายังคงได้รับความคุ้มครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านราคาพลังงาน คณะผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ดังนี้

3.1 ขยายนิยามของกิจการไฟฟ้าและรับรองสิทธิของผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เอง

พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ บัญญัตินิยามของ “กิจการไฟฟ้า” ให้หมายถึงเพียง “การผลิต การจัดให้ได้มา การจัดส่ง การจำหน่ายไฟฟ้าหรือการควบคุมระบบไฟฟ้า” ดังนั้น กกพ. จึงมีอำนาจออกใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงานให้กับบุคคลที่จะประกอบกิจการจัดเก็บไฟฟ้าซึ่งมิได้ผลิตไฟฟ้าได้ ไม่อาจกำหนดให้มีใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าเสมือนและการให้บริการเชื่อมโยงอุปสงค์และอุปทานไฟฟ้าผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัลได้เนื่องจากการประกอบกิจการนี้มีได้ อีกทั้งยังไม่อาจออกใบอนุญาตสำหรับบุคคลที่ประสงค์จะประกอบกิจการรวบรวมโหลดไฟฟ้าเพื่อสนับสนุนการทำงานของแพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์หรือโรงไฟฟ้าเสมือนได้

3.1.1 นิยามของกิจการไฟฟ้า

เพื่อให้ กกพ. สามารถเปิดตลาดและกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานที่เกิดขึ้นใหม่ ได้แก่ การนำเข้าและการส่งออกไฟฟ้า การรวบรวมโหลดไฟฟ้า หรือการจัดการระบบจัดเก็บไฟฟ้า และการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าเสมือน ผ่านระบบใบอนุญาตเพื่อกำกับดูแลราคาและคุณภาพของการประกอบกิจการ กำกับมาตรฐานด้านความปลอดภัย ตลอดจนคุ้มครองผู้ใช้พลังงานจากการผลิตและจำหน่ายพลังงานแบบกระจายศูนย์ จึงควรมีการแก้ไขนิยามของกิจการไฟฟ้าตามมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ในส่วนที่ขีดเส้นใต้ดังนี้

มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

...

“กิจการไฟฟ้า” หมายความว่า การผลิต การจัดให้ได้มา การจัดส่ง การจำหน่ายไฟฟ้า การนำเข้า และการส่งออกไฟฟ้า การควบคุมระบบไฟฟ้า การรวบรวมโหลดไฟฟ้า หรือการจัดการระบบจัดเก็บไฟฟ้า การประกอบกิจการโรงไฟฟ้าเสมือน และให้หมายความรวมถึงการดำเนินการดังกล่าวผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศด้วย

การเพิ่มนิยามของกิจการไฟฟ้าให้หมายรวมถึงการนำเข้าและส่งออกไฟฟ้าเพื่อให้ กกพ. มีอำนาจในการออกใบอนุญาตการประกอบกิจการดังกล่าวได้นั้นสอดคล้องกับ Section 6(e) แห่ง Electricity Act 2001 ของประเทศสิงคโปร์ ซึ่งได้บัญญัตินิยามของการ “ส่งออก (Export)” เอาไว้ว่าการส่งไฟฟ้าที่ผลิตขึ้นในประเทศสิงคโปร์ไปยังบุคคลหรือสถานที่นอกประเทศสิงคโปร์⁶⁶ ส่วนการ “นำเข้า (Import)” นั้นหมายถึง การส่งไฟฟ้าที่ผลิตขึ้นนอกประเทศสิงคโปร์มายังบุคคลหรือสถานที่ในประเทศสิงคโปร์⁶⁷

ส่วนการเพิ่มเติมให้การประกอบกิจการไฟฟ้านั้นรวมถึงการซื้อขายไฟฟ้าผ่านแพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์โดยมีทั้งการซื้อขายกันโดยตรงระหว่างผู้ผลิตและผู้ใช้ไฟฟ้าหรือโดยผ่านผู้รวบรวมโหลดไฟฟ้านั้นสอดคล้องกับ EU Directive EU/2018/2001 ซึ่งได้ให้นิยามของคำว่า “การซื้อขายไฟฟ้ากันเองระหว่างผู้ใช้ไฟฟ้า (Peer-to-Peer Electricity Trading)” เอาไว้ว่า “การซื้อขายพลังงานหมุนเวียนระหว่างบุคคลในตลาดโดยสัญญาที่มีเงื่อนไขการซื้อขายถูกกำหนดรายละเอียดการบังคับการตามสัญญาเอาไว้ล่วงหน้าไม่ว่าโดยบุคคลที่ซื้อขายกันโดยตรง หรือบุคคลที่สามที่ได้รับการรับรอง เช่น ผู้รวบรวมโหลด”⁶⁸

EU Directive EU/2018/2001 ยังกำหนดให้รัฐสมาชิกดำเนินการให้ผู้ใช้พลังงานกลายเป็น “ผู้ใช้พลังงานหมุนเวียนที่ผลิตเอง (Renewables Self-Consumer)” โดยรัฐสมาชิกนั้นจะต้องรับรองสิทธิในผู้ใช้พลังงานประเภทนี้ในการผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนเพื่อใช้เองเป็นหลัก และให้มีสิทธิในการกักเก็บไฟฟ้าที่ผลิตจากการใช้เอง ตลอดจนให้มีสิทธิในการขายไฟฟ้างดงกล่าวไม่ว่าด้วยตัวเองหรือโดยผ่านตัวกลางเช่นผู้รวบรวมโหลดผ่านระบบการซื้อขายไฟฟ้ากันเองระหว่างผู้ใช้ไฟฟ้า (Peer-to-Peer Electricity Trading)⁶⁹

3.1.2 ผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เอง

กฎหมายของสหภาพยุโรปนั้นรับรองสถานะของผู้ใช้พลังงานหมุนเวียนที่ผลิตเองเอาไว้เป็นการเฉพาะ และรับรองสิทธิในการเข้าสู่ตลาดเอาไว้โดยเฉพาะแตกต่างไปจากผู้ประกอบกิจการไฟฟ้าทั่วไป เช่น โรงไฟฟ้าขนาดใหญ่ ด้วยเหตุนี้ การพัฒนาให้ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ มีศักยภาพในการ

⁶⁶ Section 2 of Electricity Act 2001 (Singapore)

⁶⁷ Section 2 of Electricity Act 2001 (Singapore)

⁶⁸ Article 2 (18) of EU Directive EU/2018/2001

⁶⁹ Article 21 of Para. 2 (a) (i) of EU Directive EU/2018/2001

ส่งเสริมกิจการผลิตและซื้อขายไฟฟ้าที่ผลิตจากพลังงานหมุนเวียนแบบกระจายศูนย์โดยเอกชนผ่านแพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์จึงควรมีการเพิ่มนิยามของผู้ใช้ไฟฟ้ากลุ่มนี้ขึ้นใหม่ในกฎหมาย ดังนี้

มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

...

“ผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เอง” หมายความว่า ผู้ใช้ไฟฟ้าที่สามารถผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนซึ่งมีกำลังการผลิตไม่เกินที่คณะกรรมการประกาศกำหนด โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อใช้เอง และส่งไฟฟ้าส่วนเกินจากการใช้เองเข้าสู่ระบบจำหน่ายไฟฟ้า

มาตรา 47 วรรคสามแห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ บัญญัติให้การกำหนดประเภท ขนาด และลักษณะของกิจการพลังงานที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งตามพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภท ขนาด และลักษณะของกิจการพลังงานที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2552 นั้น กิจการผลิตไฟฟ้าที่มีกำลังการผลิตรวมของแต่ละแหล่งผลิตต่ำกว่าหนึ่งพันกิโลวัตต์แอมแปร์⁷⁰ และกิจการจำหน่ายไฟฟ้าที่มีขนาดการจำหน่ายไฟฟ้าต่ำกว่าหนึ่งพันกิโลวัตต์แอมแปร์ โดยผ่านระบบจำหน่ายไฟฟ้า⁷¹ เป็นกิจการพลังงานที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงาน

ดังนั้น ตามกฎหมายในปัจจุบันผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองซึ่งผลิตไฟฟ้าต่ำกว่าหนึ่งพันกิโลวัตต์แอมแปร์ และจำหน่ายไฟฟ้าส่วนเกินดังกล่าวผ่านระบบจำหน่ายต่ำกว่าหนึ่งพันกิโลวัตต์แอมแปร์จึงสามารถประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายได้โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงาน แต่จะต้องแจ้งการประกอบกิจการต่อสำนักงาน กกพ.⁷² เพื่อลดอุปสรรคทางกฎหมายในการเข้าสู่ตลาดการผลิตและจำหน่ายไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์

อย่างไรก็ตาม การผลิตไฟฟ้าโดยผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองซึ่งเป็นการผลิตแบบกระจายศูนย์ในปัจจุบันอาจมีปริมาณการผลิตและจำหน่ายเกินว่าพันกิโลวัตต์แอมแปร์ การผลิตและจำหน่ายไฟฟ้าโดยผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองในปัจจุบันอาจมีปริมาณมากกว่าปริมาณที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา โดยรัฐในสหภาพยุโรป จะกำหนดเพดานของการเป็น “Prosumers” เอาไว้ไม่เกิน 10 กิโลวัตต์⁷³ ซึ่งแปลงได้

⁷⁰ มาตรา 3 (1) พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภท ขนาด และลักษณะของกิจการพลังงานที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงาน พุทธศักราช 2552

⁷¹ มาตรา 3 (3) พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภท ขนาด และลักษณะของกิจการพลังงานที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงาน พุทธศักราช 2552

⁷² ข้อ 3 ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง การกำหนดให้กิจการพลังงานที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตเป็นกิจการที่ต้องแจ้ง พุทธศักราช 2551

⁷³ GfK Belgium consortium, “Study on “Residential Prosumers in the European Energy Union”,” p.12 [online] Available from : https://commission.europa.eu/system/files/2017-11/study-residential-prosumers-energy-union_en.pdf [4 March 2024]

เป็น 12.5 กิโลโวลต์แอมแปร์ ดังนั้น พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ จึงควรให้อำนาจแก่ กกพ. ในการพิจารณากำหนดปริมาณการผลิตที่ยังถือผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เอง และควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติกำหนดประเภท ขนาด และลักษณะของกิจการพลังงานที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงานให้สอดคล้องกันต่อไป

นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าพระราชบัญญัติกำหนดประเภท ขนาด และลักษณะของกิจการพลังงานที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงานสามารถถูกพัฒนาให้รองรับข้อยกเว้นกิจการที่ต้องมีใบอนุญาต โดยมีได้ตั้งอยู่บนฐานของปริมาณไฟฟ้าหากแต่เป็นลักษณะการผลิตไฟฟ้า ยกตัวอย่างเช่น General Exemption Order 2017 (GEO 2017) ถูกตราขึ้นเพื่อยกเว้นหน้าที่ในการรับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายไฟฟ้าตาม Electricity Industry Act 2000 ของมลรัฐวิกตอเรียประเทศออสเตรเลีย⁷⁴ ซึ่ง GEO 2017 กำหนดให้ บุคคลที่ขายไฟฟ้ากับผู้ใช้พลังงานบางกลุ่ม เช่น ผู้ใช้ไฟฟ้าเชิงพาณิชย์หรือที่ซื้อไฟฟ้าในตลาดค้าปลีกขนาดเล็กหรือที่อยู่ในตลาดค้าปลีก (Small Commercial หรือ Retail Customers) ไม่เกิน 10 รายและผู้ใช้ไฟฟ้าครัวเรือน (Residential Customer) ไม่เกิน 10 รายในพื้นที่อันจำกัดซึ่งตนเป็นเจ้าของ ครอบครอง หรือประกอบการ⁷⁵ หรือเป็นการจำหน่ายไฟฟ้าให้กับบริษัทที่เกี่ยวข้อง (Related Company) นั้นเป็นกิจการที่ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องขอรับใบอนุญาตจำหน่าย⁷⁶

GEO 2017 ได้ให้นิยามของผู้ใช้ไฟฟ้าแต่ละกลุ่มเอาไว้อย่างชัดเจนโดยระบุว่า “ผู้ใช้ไฟฟ้าเชิงพาณิชย์หรือที่ซื้อไฟฟ้าในตลาดค้าปลีกขนาดเล็ก” หมายถึง ผู้ใช้ไฟฟ้าซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความต้องการใช้ไฟฟ้าสูงสุดต่ำกว่า 500 กิโลโวลต์ และใช้ไฟฟ้าต่ำกว่า 160 เมกะวัตต์ต่อปีซึ่งรับเอาไฟฟ้าที่ถูกจำหน่าย จัดหา หรือจำหน่ายมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์หรืออุตสาหกรรม⁷⁷ ผู้ใช้ไฟฟ้าครัวเรือนหมายถึง บุคคลที่ซื้อไฟฟ้ามากเพื่อใช้เอง ใช้ในครัวเรือน หรือการใช้ในสิ่งปลูกสร้าง⁷⁸ ส่วนบริษัทที่เกี่ยวข้องกับผู้ผลิตนั้น หมายถึง บริษัทที่ผู้ผลิตไฟฟ้ามีอำนาจควบคุมซึ่งหมายรวมถึงบริษัทซึ่งเป็นบริษัทในเครือและบริษัทที่มีเจ้าของร่วมกัน⁷⁹

ดังนั้น การแก้ไขมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ เพื่อให้อำนาจแก่ กกพ. ในการกำหนดปริมาณการผลิตสูงสุดของผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เอง ประกอบกับการตราพระราชบัญญัติยกเว้นหน้าที่ในการขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 47 วรรคสาม จะมีส่วนช่วยสนับสนุนให้ผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิต

⁷⁴ มาตรา 16 (1) แห่ง Electricity Industry Act 2000 บัญญัติห้ามมิให้บุคคลประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าเพื่อส่งหรือจำหน่ายผ่านระบบส่งหรือระบบจำหน่ายไฟฟ้าเว้นแต่จะได้รับใบอนุญาต ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีสาระสำคัญและภารกิจที่เปรียบเทียบกับมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

⁷⁵ Clause 4 (2) (Table 1) of General Exemption Order 2017 (GEO)

⁷⁶ Clause 4 (2) (Table 1) of General Exemption Order 2017 (GEO)

⁷⁷ Clause 3 of General Exemption Order 2017 (GEO)

⁷⁸ Clause 3 of General Exemption Order 2017 (GEO)

⁷⁹ Clause 3 of General Exemption Order 2017 (GEO)

ไฟฟ้าได้เองสามารถเข้าสู่ตลาดผลิตและจำหน่ายไฟฟ้าที่ผลิตจากทรัพยากรหมุนเวียนได้มากขึ้น

อนึ่ง มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าแม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ตามข้อเสนอที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว กกพ. ก็จะมีข้อจำกัดในการกำกับดูแลการประกอบกิจการซึ่งพลังงานที่มีการผลิต จัดหา จัดส่ง และจำหน่ายนั้นมิใช่ไฟฟ้าหรือก๊าซธรรมชาติ เช่น พลังงานคลื่นทะเล พลังงานนิวเคลียร์ และพลังงานจากไฮโดรเจนเนื่องจากการประกอบกิจการพลังงานที่ตกอยู่ในบังคับของ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ นั้นมีขอบเขตจำกัดเฉพาะไฟฟ้าและก๊าซธรรมชาติเท่านั้น การผลิตไฟฟ้าโดยอาศัยไฮโดรเจนด้วยเซลล์เชื้อเพลิง (Fuel Cells) เป็นกิจการผลิตไฟฟ้าซึ่ง กกพ. มีอำนาจในการออกใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าได้ แต่ในทางตรงกันข้ามการผลิตไฮโดรเจนสีเขียว⁸⁰ โดยใช้ไฟฟ้าที่ผลิตจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนเพื่อแยกโมเลกุลของน้ำออกมาเป็นก๊าซไฮโดรเจนซึ่งเรียกว่ากระบวนการอิเล็กโทรลิซิส (Electrolysis)⁸¹ นั้นกลับมิใช่การประกอบกิจการพลังงานตาม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ เนื่องจากมิใช่การผลิตไฟฟ้า ส่งผลให้การผลิตไฮโดรเจนนั้นจึงมิใช่กิจการที่ กกพ. สามารถกำกับดูแลตาม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ได้⁸² ดังนั้น จะต้องมีการศึกษาต่อไปว่าควรมีการแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ให้มีขอบเขตครอบคลุมไปถึงพลังงานอื่นที่มิใช่ไฟฟ้าและก๊าซธรรมชาติหรือไม่

3.2 พัฒนาให้ระบบโครงข่ายพลังงานรองรับการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน

มาตรา 81 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ยังขาดความชัดเจนว่าผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองจะสามารถใช้และเชื่อมต่อบริการโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อให้การไฟฟ้าส่งไฟฟ้าไปยังผู้ใช้ไฟฟ้ารายอื่นได้หรือไม่ นอกจากนี้ ยังขาดรายละเอียดที่ข้อกำหนดระบบโครงข่ายไฟฟ้าจะต้องมีเพื่อสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของผู้ใช้ระบบโครงข่ายที่ผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียน ซึ่งจ่ายหน่วยไฟฟ้าเข้าระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อให้ผู้ประกอบการระบบโครงข่ายนำเอาไฟฟ้าจะจ่ายให้กับผู้ใช้ไฟฟ้าปลายทาง

⁸⁰ ไฮโดรเจนนั้นสามารถแบ่งประเภทได้ตามกระบวนการและวัตถุดิบการผลิต ไฮโดรเจนที่ใช้ก๊าซมีเทนหรือก๊าซธรรมชาติในการผลิตจะถูกเรียกว่าไฮโดรเจนสีเทา ไฮโดรเจนที่ผลิตโดยก๊าซมีเทนหรือก๊าซธรรมชาติแต่มีการใช้ระบบการดักจับและกักเก็บคาร์บอนจากการผลิตจะถูกเรียกว่าไฮโดรเจนสีน้ำเงิน ส่วนไฮโดรเจนสีเขียวนั้นจะผลิตจากพลังงานหมุนเวียน เช่น การใช้ไฟฟ้าที่ผลิตจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนเพื่อแยกโมเลกุลของน้ำออกมาเป็นก๊าซไฮโดรเจน หรือการใช้ก๊าซชีวภาพในกระบวนการแปรรูปด้วยไอน้ำ (Steam Reforming) เพื่อผลิตไฮโดรเจน โปรดดู Robert W. Howarth and Mark Z. Jacobson, “How green is blue hydrogen?”, in *Energy Science & Engineering*, 9 (2021), p.1677; Ravindra Kumar, Anil Kumar, and Amit Pal, “Overview of hydrogen production from biogas reforming: Technological advancement”, in *International Journal of Hydrogen Energy*, 47 (2022), p.34834-34835.

⁸¹ Martin Robinus et al., “Economics of Hydrogen,” in *The Palgrave Handbook of International Energy Economics*, eds. Manfred Hafner and Giacomo Luciani (Palgrave Macmillan, 2022), p.83.

⁸² Piti Eiamchamroonlarp, “Hydrogen Regulation in Southeast Asia: Steam Reforming from Biofuels as an Alternative Electrolysis,” in *The Cambridge Handbook of Hydrogen and the Law*, ed. Ruven Fleming (Cambridge University Press, 2024), p.106.

3.2.1 รับรองสิทธิของผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองให้สามารถเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าได้

การที่มาตรา 81 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ยังไม่ได้รับรองสิทธิในการเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายของผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองซึ่งอาจได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงานจึงยังมีข้อจำกัดในการรองรับการผลิตไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์ ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 81 ตามส่วนที่ได้ขีดเส้นใต้และที่มีการตัดถ้อยคำดังนี้

มาตรา 81 ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานต้องยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบการกิจการพลังงานหรือผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองรายอื่นใช้หรือเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงานของตน ทั้งนี้ ตามข้อกำหนดที่ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานประกาศกำหนด ข้อกำหนดตามวรรคหนึ่งต้องประกอบด้วยข้อกำหนดเกี่ยวกับการเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงาน ข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้บริการระบบโครงข่ายพลังงาน และข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติการระบบโครงข่ายพลังงาน โดยข้อกำหนดต้องยึดถือหลักการ ดังต่อไปนี้ (1) ไม่กระทบต่อความมั่นคง ความปลอดภัย และคุณภาพของระบบพลังงาน (2) ไม่ทำให้ผู้ใช้พลังงานและส่วนรวมเสียประโยชน์ (3) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม หรือกีดกันผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบการกิจการพลังงานหรือผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองรายอื่น (4) ข้อกำหนดทางเทคนิค ณ จุดที่มีการใช้หรือเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงานต้องชัดเจนมีความเป็นไปได้ในทางเทคนิค และไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงานเกินสมควร (5) มีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงานและผู้ให้ใช้หรือเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงานที่ชัดเจน ข้อกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสองต้องไม่ทำให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานเสียประโยชน์หรือเกิดความเสียหายเปรียบในการแข่งขันกับผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบการกิจการพลังงานรายอื่น
--

การแก้ไขมาตรา 81 ตามข้อเสนอข้างต้นนั้นจะช่วยให้ผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองซึ่งอาจได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องขอรับใบอนุญาตตามพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามมาตรา 47 จะสามารถเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อขายไฟฟ้าให้ผู้ไฟฟ้ารายอื่นผ่านระบบโครงข่ายของการไฟฟ้าทั้งสามได้ อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิในการเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้านี้จะเป็นไปตามข้อกำหนดเกี่ยวกับระบบโครงข่ายไฟฟ้า ด้วยเหตุนี้ จึงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า “หลักการ” ของข้อกำหนดระบบโครงข่ายพลังงานตามที่ปรากฏในวรรคสองแห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ นั้น เป็นกลไกทางกฎหมายที่เพียงพอในการส่งเสริมการเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายของผู้ผลิตไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์หรือไม่

ในส่วนของการกำหนดหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อการเข้าถึงระบบโครงข่ายไฟฟ้า (Indiscriminate Access to Grid) นั้น เป็นไปเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตไฟฟ้าที่ไม่มีระบบโครงข่ายของตนเอง หรือผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองสามารถขายไฟฟ้าผ่านโครงข่ายของผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานได้นั้น อาจคาบเกี่ยวกับการกิจของ กพน. และ กฟภ. ในการจัดให้ได้มาซึ่งไฟฟ้า การกำกับดูแลระบบโครงข่าย รวมไปถึงการจ่ายและการจำหน่ายไฟฟ้า ให้สามารถดำเนินการดังกล่าวได้อย่างเสรีและเป็นกลางต่อการแข่งขัน จึงอาจต้องมีการปรับเปลี่ยนการดำเนินการในส่วนนี้ของ กพน. และ กฟภ. ให้สอดคล้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติดังกล่าวต่อไป

3.2.2 เพิ่มรายละเอียดของข้อกำหนดระบบโครงข่ายไฟฟ้า

หากการเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าของบุคคลที่มีสิทธิเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้านั้นจะก่อให้เกิดความไม่มั่นคงของระบบโครงข่ายไฟฟ้า เช่น การที่ผู้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนไม่อาจผลิตไฟฟ้าได้ตามปริมาณที่ตกลงกับผู้ซื้อไฟฟ้าเนื่องจากความผันผวนไม่แน่นอนของแสงอาทิตย์ ซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่สมดุลและความไม่มั่นคงของระบบโครงข่ายไฟฟ้าได้ ผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายอาจประสงค์จะรับเอาไฟฟ้าที่ผลิตจากเชื้อเพลิงฟอสซิลหรือการผลิตไฟฟ้าแบบอื่นที่มีความเชื่อถือได้มากกว่า ดังนั้น เพื่อให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายมีส่วนในการสนับสนุนการเกิดขึ้นของการผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนแล้ว จึงควรมีการเพิ่มเติมมาตรา 81/1 เพื่อเพิ่มเติมหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการระบบโครงข่ายให้คำนึงถึงการใช้ระบบโครงข่ายของผู้ผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนอีกด้วย ดังนี้

“มาตรา 81/1 ข้อกำหนดเกี่ยวกับระบบโครงข่ายไฟฟ้าตามมาตรา 81 จะต้องไม่เป็นอุปสรรคและขัดขวางการที่ผู้ประกอบการกิจการพลังงานหรือผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองรายอื่นส่งไฟฟ้าเข้าสู่ระบบโครงข่ายไฟฟ้า เพื่อให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานส่งไฟฟ้าให้กับผู้ใช้ไฟฟ้าย่อยรายอื่น โดยจะต้องมีวัตถุประสงค์ในการสร้างความเป็นกลางสำหรับการผลิตไฟฟ้าทุกรูปแบบและไม่ว่าโดยอาศัยเทคโนโลยีใด และเอื้ออำนวยให้เกิดการประกอบกิจการและแข่งขันกันได้

คุณสมบัติของข้อกำหนดเกี่ยวกับระบบโครงข่ายไฟฟ้าตามวรรคหนึ่งจะต้องประกอบด้วย หลักเกณฑ์เงื่อนไข และรายละเอียดดังต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย

- (1) กรอบของแรงดันและความถี่ของไฟฟ้า
- (2) ข้อกำหนดเกี่ยวกับศักยภาพในการควบคุมความถี่
- (3) ข้อกำหนดให้ผู้ผลิตไฟฟ้ามีหน้าที่ต้องจัดการกำลังไฟฟ้าที่สูญเสียเพื่อการควบคุมแรงดันไฟฟ้า
- (4) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นความผิด
- (5) ข้อกำหนดเกี่ยวกับคุ้มครองระบบไฟฟ้าของผู้ใช้ไฟฟ้า
- (6) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการควบคุมไฟฟ้าที่จ่ายเข้าสู่ระบบโครงข่ายไฟฟ้า
- (7) ข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณภาพของไฟฟ้าที่จะถูกจ่ายเข้าสู่ระบบ
- (8) ข้อกำหนดอื่นใดที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

คณะกรรมการมีอำนาจในการออกประกาศกำหนดรายละเอียดของคุณสมบัติของข้อกำหนดเกี่ยวกับระบบโครงข่ายไฟฟ้าและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องตามความในวรรคสอง”

มาตรา 81/1 มีความแตกต่างไปจากหลักการของข้อกำหนดระบบโครงข่ายที่มาตรา 81 ตามกฎหมายในปัจจุบัน โดยมาตรา 81/1 จะเป็นทำหน้าที่เป็นกรอบทางกฎหมายสำหรับการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดของข้อกำหนดระบบโครงข่าย เพื่อความชัดเจนต่อทั้งผู้ใช้บริการและผู้ให้บริการระบบโครงข่าย เช่น หากผู้ผลิตไฟฟ้าจากแสงอาทิตย์มีความพร้อมที่จะควบคุมแรงดันและความถี่ของไฟฟ้าและจัดการกำลังสูญเสียของไฟฟ้า ตลอดจนรักษาคุณภาพของไฟฟ้าที่จะมีการจ่ายเข้าสู่ระบบโครงข่ายได้ ผู้ให้บริการระบบโครงข่ายจะปฏิเสธค่าขอใช้บริการระบบโครงข่ายด้วยเหตุผลเหล่านี้ไม่ได้

การให้บริการระบบโครงข่ายที่มีความท้าทายจากการจ่ายไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์จำนวนมากซึ่งอาจก่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนของระบบได้ ย่อมส่งผลให้ผู้ให้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้านั้นมีภาระและต้นทุนที่จะต้องบริหารจัดการเพื่อสร้างความเชื่อถือได้ของระบบโครงข่าย เช่น จะต้องจัดหาหรือสร้างเสริมพร้อมในการจ่ายไฟฟ้าให้กับผู้ใช้ไฟฟ้าที่ซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนซึ่งผู้ผลิตไม่อาจจ่ายไฟฟ้าเข้าสู่ระบบโครงข่ายได้ ค่าบริหารจัดการนี้ ผู้ประกอบการกิจการระบบโครงข่ายสามารถเรียกเก็บจากผู้ให้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าได้ เช่น กำหนดให้ผู้ผลิตและผู้ใช้ไฟฟ้าซึ่งซื้อขายไฟฟ้าผ่านสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างกันเองมีหน้าที่ต้องชำระค่าบริการรักษาความสมดุล (Imbalance Charge) และค่าบริการรักษาความมั่นคงระบบโครงข่ายไฟฟ้า (Security Charge) นอกเหนือจากค่าผ่านสาย (Wheeling Charge) ค่าบริการเหล่านี้ กกพ. มีหน้าที่และอำนาจกำกับดูแลให้สะท้อนต้นทุนที่แท้จริง

ตามมาตรา 65 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ซึ่งจะส่งผลทำให้ราคาไฟฟ้าตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชนด้วยกันเองนั้นต้องรวมเอาต้นทุนเหล่านี้เข้าไปเพื่อป้องกันมิให้ผู้ซื้อไฟฟ้ากลุ่มอื่นต้องรับภาระในส่วนนี้ ทั้งนี้ เพื่อให้การซื้อขายและส่งผ่านไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์ที่มีจัดสรรต้นทุนที่เหมาะสมต่อผู้ใช้ไฟฟ้าทุกกลุ่ม⁸³

3.3 กำหนดเนื้อหาและรายละเอียดของตลาดไฟฟ้า

การเพิ่มสัดส่วนการผลิตและใช้ไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนโดยการซื้อขายและส่งมอบไฟฟ้าในระบบพลังงานสามารถดำเนินการโดยผ่านสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชนและการใช้งานระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อส่งมอบไฟฟ้าระหว่างคู่สัญญา แสดงให้เห็นว่าแท้จริงแล้วการผลิตและค้าปลีกไฟฟ้านั้นเป็นกิจการที่แข่งขันได้มิใช่กิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติ และเป็นกิจการที่อยู่ในตลาดที่แยกกับการประกอบกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้าซึ่งเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติได้ ธุรกรรม การซื้อขายไฟฟ้าและการส่งมอบไฟฟ้าเหล่านี้กลายเป็นสิ่งที่ผู้ซื้อและผู้ขาย ผู้ให้และใช้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้ามีปฏิสัมพันธ์กันในตลาดไฟฟ้า

3.3.1 เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการเกิดขึ้นและกำกับดูแลตลาดพลังงานไฟฟ้า

การเกิดขึ้นและพัฒนาของตลาดไฟฟ้านั้นเป็นสิ่งที่จะต้องมีการวางแผน ดำเนินการ และกำกับดูแลอย่างรอบคอบและตอบสนองต่อนโยบายพลังงานของประเทศ ระดับการพัฒนาของเทคโนโลยี ตลอดจนพฤติกรรมในการใช้ไฟฟ้าของผู้ใช้ไฟฟ้าในแต่ละช่วงเวลา ดังนั้น กกพ. จึงต้องคำนึงถึงปัจจัยดังกล่าวที่เกี่ยวข้องในการกำหนดให้มีตลาดไฟฟ้า โดยไม่จำเป็นต้องเปิดให้มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ในทันที ด้วยเหตุนี้ คณะผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการเกิดขึ้นและการพัฒนาของตลาดไฟฟ้า ดังนี้

⁸³ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางที่ได้มีการหารือในการประชุมคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ ครั้งที่ 7/2565 (ครั้งที่ 162) วันจันทร์ที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ. 2565

มาตรา 103/6 ให้คณะกรรมการมีหน้าที่และอำนาจในการกำหนดและการพัฒนาของตลาดไฟฟ้าแต่ละตลาดได้ โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ

ตลาดไฟฟ้าที่กำหนดขึ้นตามวรรคหนึ่งให้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้เข้าร่วมในตลาดสามารถประกอบกิจการแข่งขันกันได้อย่างเป็นธรรม ไม่ถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ตามลักษณะของตลาดไฟฟ้า

การกำหนดและการพัฒนาตลาดไฟฟ้า ให้พิจารณาตามลักษณะของตลาดแต่ละตลาดดังต่อไปนี้

- (1) ตลาดผลิตไฟฟ้าซึ่งมีการแข่งขันได้
- (2) ตลาดค้าส่งไฟฟ้าที่มีการแข่งขันได้
- (3) ตลาดค้าปลีกไฟฟ้าที่มีการแข่งขันได้
- (4) ตลาดอื่นตามที่คณะกรรมการโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติประกาศกำหนด

ให้คณะกรรมการกำกับดูแลการดำเนินการของตลาดไฟฟ้าเพื่อความมั่นคงทางพลังงาน ความมั่นคงแน่นอนของระบบโครงข่ายไฟฟ้า และการพัฒนาของตลาดไฟฟ้าแต่ละตลาด และระดับการพัฒนาของเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง

เมื่อการจัดตั้งตลาดไฟฟ้าขึ้นตามมาตรา 103/6 แล้ว พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ก็ควรจะมีการรับรองถึงบุคคลที่จะเข้าสู่ตลาดไฟฟ้าเพื่อทำธุรกรรมหรือมีปฏิสัมพันธ์กันในการให้และรับบริการ ได้แก่ (1) ผู้ประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าและผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เอง (2) ผู้ประกอบกิจการระบบส่งไฟฟ้า (3) ผู้ประกอบกิจการระบบจำหน่ายไฟฟ้า (4) ผู้ประกอบกิจการค้าส่งไฟฟ้า (5) ผู้ประกอบกิจการค้าปลีกไฟฟ้า (6) หน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่กำกับดูแลระบบไฟฟ้า (7) ผู้บริหารจัดการธุรกรรมการซื้อขายไฟฟ้าที่เกิดขึ้นในตลาดไฟฟ้า รวมถึงการให้บริการซื้อขายไฟฟ้าผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ และ (8) ผู้ใช้ไฟฟ้า การบัญญัติรายละเอียดนี้จะช่วยให้เกิดความชัดเจนว่าบุคคลเหล่านี้สามารถเข้าสู่ตลาดไฟฟ้าได้

การแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ โดยบัญญัติถึงรายละเอียดของตลาด บุคคลที่จะเข้าสู่ตลาด และธุรกรรมที่จะเกิดขึ้นในตลาดนั้นสอดคล้องกับแนวทางที่ปรากฏในต่างประเทศ เช่น Electricity Law (No. 28/2004/QH11) ของประเทศเวียดนาม บัญญัติให้การจัดตั้งและพัฒนา “ตลาดไฟฟ้า” โดยบัญญัติถึงตลาดไฟฟ้าที่มีการแข่งขันกันได้ ประกอบด้วย ตลาดผลิตไฟฟ้า ตลาดค้าส่งไฟฟ้า และตลาดค้าปลีกไฟฟ้า โดยบัญญัติให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการกำหนดแผนที่นำทาง (Roadmap) และเงื่อนไขในการจัดตั้งและพัฒนาของตลาดไฟฟ้าแต่ละตลาด⁸⁴

นอกจากนี้ กฎหมายของประเทศเวียดนามยังบัญญัติถึงการซื้อขายไฟฟ้าโดยผู้เล่นในตลาด ได้แก่ ผู้ผลิต ผู้ค้าส่งไฟฟ้า ผู้ค้าปลีกไฟฟ้า และผู้ใช้ไฟฟ้าซึ่งเป็นผู้บริโภค⁸⁵ ในส่วนของรายละเอียดของธุรกรรมนั้น กฎหมายของประเทศเวียดนามบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่าการซื้อขายไฟฟ้านั้นรวมถึงการซื้อขายตามอุปสงค์และอุปทานได้โดยไม่ต้องรอรอบการรับซื้อไฟฟ้าจากรัฐ โดยรองรับถึงการซื้อขายไฟฟ้าในลักษณะ

⁸⁴ Article 18 of Electricity Law (No. 28/2004/QH11) (Vietnam)

⁸⁵ Article 20 of Electricity Law (No. 28/2004/QH11) (Vietnam)

เป็นการซื้อขายทันที (Spot Electricity Dealing)⁸⁶ แสดงให้เห็นว่าการจะส่งเสริมการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าอย่างมีประสิทธิภาพนั้นสมควรที่จะมีการจัดตั้งตลาดไฟฟ้าโดยแยกตลาดที่แข่งขันออกมาให้ชัดเจน รวมถึงบัญญัติเนื้อหาของธุรกรรมที่จะเกิดขึ้นในตลาดไฟฟ้า ทั้งนี้ โดยให้ฝ่ายนโยบายสามารถกำหนดทิศทางและเงื่อนไขของการจัดตั้งตลาดเอาไว้ในกฎหมายได้

หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรายละเอียดของตลาด บุคคลที่จะเข้าสู่ตลาด และธุรกรรมที่จะเกิดขึ้นตามข้อเสนอข้างต้น จะมีความเป็นไปได้ที่การทำธุรกรรมในตลาดไฟฟ้าที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามมาตรา 103/6 นั้น อาจมีทั้งการซื้อขายไฟฟ้าระยะยาวระหว่างผู้ผลิตไฟฟ้ารายใหญ่และผู้รับซื้อไฟฟ้าในปริมาณมาก ซึ่งเกิดขึ้นในตลาดค้าส่งไฟฟ้าโดยมีการตกลงราคาทั้งในส่วนค่าความพร้อมจ่าย (Availability Payment) และค่าพลังงานไฟฟ้า (Energy Payment) และการซื้อขายไฟฟ้าระหว่างผู้ใช้ไฟฟ้าด้วยกันเองซึ่งมีลักษณะเป็นการซื้อขายทันทีโดยเสนอให้เพิ่มบทบัญญัติดังนี้

มาตรา 103/9 บุคคลที่จะสามารถซื้อและขายไฟฟ้าในตลาดไฟฟ้าตามมาตรา 103/6 ได้แก่ ผู้ประกอบกิจการผลิตไฟฟ้า ผู้ประกอบกิจการค้าส่งไฟฟ้า ผู้ประกอบกิจการค้าปลีกไฟฟ้า และผู้ใช้ไฟฟ้า การซื้อขายไฟฟ้าในตลาดไฟฟ้าตามความในวรรคหนึ่งให้มีรูปแบบและลักษณะซึ่งรวมถึงการซื้อขายไฟฟ้าผ่านสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างผู้ซื้อไฟฟ้ากับผู้ขายไฟฟ้า และรูปแบบการซื้อขายที่เป็นการซื้อขายทันทีระหว่างผู้ซื้อไฟฟ้ากับผู้ขายไฟฟ้าโดยผ่านผู้บริหารจัดการธุรกรรมการซื้อขายไฟฟ้าที่เกิดขึ้นในตลาดไฟฟ้า

การเกิดธุรกรรมการซื้อขายไฟฟ้าในตลาดที่มีการแข่งขันเหล่านี้จะมีส่วนสนับสนุนการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน กล่าวคือ เริ่มมีการจ่ายพลังไฟฟ้าที่ผลิตจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนมากขึ้น และอาจจะมีการลดความต้องการของพลังไฟฟ้าที่ กฟผ. กฟน. และ กฟภ. จัดหาเอาไว้เป็นพลังงานสำรองหรือเอาไว้เพื่อรักษาความเชื่อถือได้ของระบบโครงข่าย

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการเกิดขึ้นและพัฒนาการของตลาดไฟฟ้านั้นเป็นสิ่งที่ต้องสัมพันธ์กับนโยบายด้านพลังงานของประเทศ ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 103/6 ที่เปิดโอกาสให้ กกพ. และหน่วยงานด้านนโยบายพลังงานสามารถกำหนดการจัดตั้งและพัฒนาการของตลาดไฟฟ้าแต่ละตลาดได้ คณะผู้วิจัยจึงเสนอให้มีบทบัญญัติที่รองรับหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติเพื่อสร้างความเชื่อมโยงระหว่างนโยบายพลังงานของประเทศและการกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานเอาไว้ดังนี้

มาตรา 103/12 บทบัญญัติในส่วนนี้ ให้มีผลบังคับใช้เมื่อคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติได้มีมติให้ความเห็นชอบการตั้งตลาดพลังงานตามที่คณะกรรมการเสนอตามมาตรา 103/6 แล้ว

⁸⁶ Article 21 of Electricity Law (No. 28/2004/QH11) (Vietnam)

นอกจากนี้ ตลาดไฟฟ้าที่ถูกจัดตั้งขึ้นจำเป็นต้องมีผู้ดำเนินการบริหารจัดการธุรกรรมการซื้อขายไฟฟ้า โดยบุคคลดังกล่าวนี้มิได้เป็นผู้ซื้อและมิได้เป็นผู้ขายไฟฟ้า จึงควรมีการบัญญัติให้สำนักงาน กกพ. มีหน้าที่และอำนาจในการกำกับดูแล ติดต่อประสานงานเพื่อให้เกิดธุรกรรมการซื้อขาย และการให้บริการอื่น ๆ ที่สนับสนุนการทำงานของตลาดไฟฟ้า ทั้งนี้ ตามระเบียบที่ กกพ. กำหนดอีกด้วย

3.3.2 การกำกับดูแลการประกอบกิจการระบบโครงข่ายเพื่อส่งเสริมการแข่งขันและการใช้พลังงานหมุนเวียน

การกำกับดูแลการประกอบกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้าซึ่งเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาตินั้นมีสาระสำคัญอยู่การกำกับพฤติกรรมประกอบกิจการและการป้องกันมิให้เจ้าของโครงข่ายไฟฟ้าคิดอัตราค่าบริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าแบบสมไม่สมเหตุผลเนื่องจากไม่มีแรงกดดันจากคู่แข่งในตลาด ดังนั้น คณะผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการเพิ่มเติม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ โดยกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้อำนาจกำกับดูแลระบบโครงข่ายไฟฟ้าของ กกพ. ตามมาตรา 103/1 เอาไว้ให้ชัดเจนดังนี้

มาตรา 103/11 ตลาดไฟฟ้าที่ไม่สามารถมีการแข่งขันซึ่งหมายรวมถึงตลาดระบบส่งไฟฟ้าและระบบจำหน่ายไฟฟ้านั้น ให้คณะกรรมการกำกับดูแลคุณภาพและอัตราค่าบริการให้สอดคล้องกับการจัดตั้งและพัฒนาตลาดไฟฟ้าตามความในส่วนนี้

ผู้ประกอบการระบบส่งและผู้ประกอบการระบบจำหน่ายไฟฟ้า มีหน้าที่ให้สิทธิในการเชื่อมต่อและใช้ระบบส่งหรือจำหน่ายไฟฟ้าเพื่อสนับสนุนการซื้อขายไฟฟ้าในตลาดไฟฟ้าของบุคคลตามมาตรา 103/8 ให้เป็นตามมาตรา 80 มาตรา 81 และมาตรา 81/1 โดยจะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการจัดตั้งและพัฒนาของตลาดไฟฟ้าตามความในส่วนนี้

เมื่อระบบโครงข่ายไฟฟ้าเป็นองค์ประกอบสำคัญของการซื้อขายไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์ ไม่ว่าจะเป็นการส่งไฟฟ้าไปยังปลายทางจริงหรือเป็นการส่งมอบหน่วยไฟฟ้าแบบเสมือน ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญของการเปลี่ยนผ่านไปสู่สังคมคาร์บอนต่ำ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ จึงควรมีการบัญญัติที่ชัดเจนถึง “หน้าที่” ของผู้ประกอบการระบบโครงข่ายในการสนับสนุนการซื้อขายและส่งผ่านไฟฟ้าโดยไม่เป็นอุปสรรคต่อการจัดตั้งและพัฒนาของตลาดไฟฟ้า โดยที่ยังคงสามารถรักษาคุณภาพระหว่างการพัฒนาของตลาดกับความเชื่อถือได้ของระบบโครงข่ายไฟฟ้า

3.4 เพิ่มอำนาจในการกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานเพื่อสนับสนุนพันธกรณีระหว่างประเทศ

การส่งเสริมการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าแม้จะเป็นองค์ประกอบสำคัญของการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน แต่ก็เพียงพอองค์ประกอบหนึ่งเท่านั้น การเปลี่ยนผ่านทางพลังงานยังต้องอาศัยการกำกับดูแลที่มีศักยภาพรองรับและส่งเสริมการประกอบกิจการพลังงานที่สอดคล้องกับการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน ยกตัวอย่างเช่น เพื่อสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียนที่จะขายให้รัฐ (ในปริมาณและราคา

รับซื้อที่ได้รับการประกัน) กกพ. อาจกำหนดรายละเอียดของพลังงานหมุนเวียนเพิ่มเติม เช่น กำหนดให้ไฮโดรเจนที่จะใช้เพื่อผลิตไฟฟ้าเพื่อยื่นคำขอขายไฟฟ้าจะต้องเป็นไฮโดรเจนที่ได้ผลิตจากเชื้อเพลิงฟอสซิล และอาจกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับไฮโดรเจนคาร์บอน อย่างไรก็ตาม อาจเกิดคำถามขึ้นได้ว่า กกพ. จะมีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดของพลังงานหมุนเวียนโดยจำกัดมิให้มีการใช้ไฮโดรเจนที่ผลิตจากเชื้อเพลิงฟอสซิล และกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับไฮโดรเจนคาร์บอนต่ำเพิ่มเติมได้หรือไม่

นอกจากนี้ อาจเกิดคำถามขึ้นได้ว่า กกพ. จะสามารถใช้อำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานเพื่อสนับสนุนพันธกรณีระหว่างประเทศของประเทศไทยได้หรือไม่ พันธกรณีดังกล่าวจะถือเป็นกรอบนโยบายของรัฐตามมาตรา 11(1) แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ หรือไม่ ดังนั้น เพื่อให้ กกพ. สามารถกำกับกิจการพลังงานให้เป็นไปตามมาตรฐานตามกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศด้านพลังงานและสิ่งแวดล้อมที่มีผลผูกพันประเทศไทยด้วย คณะผู้วิจัยจึงเสนอให้เพิ่มอำนาจของ กกพ. ในมาตรา 11 วรรคหนึ่ง (1/1) และ (1/5) ดังนี้

มาตรา 11 ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

...

(1/1) กำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานให้เป็นไปตามมาตรฐานตามกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศด้านพลังงานและสิ่งแวดล้อมที่มีผลผูกพันประเทศไทย

...

(1/5) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีเพื่อออกกฎกระทรวงกำหนดให้การประกอบกิจการพลังงานใดต้องเป็นไปตามมาตรฐานหรือกฎเกณฑ์ของต่างประเทศหรือระหว่างประเทศทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของมาตรฐานหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าว

อำนาจกำกับดูแลของ กกพ. ที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว จะต้องเป็นไปตามกระบวนการและขั้นตอนของการอนุวัติการพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยหากการดำเนินการดังกล่าวอยู่ในหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานของรัฐอื่น กกพ. ไม่ได้มีหน้าที่ดำเนินการแทนหน่วยงานของรัฐดังกล่าว หากแต่เป็นการใช้อำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานให้เป็นไปตามความร่วมมือระหว่างประเทศด้านพลังงานและสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองที่ได้ออกเพื่ออนุวัติการนั้น

นอกจากนี้ เพื่อให้อำนาจแก่คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานในการเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานกำหนดมาตรฐานหรือกฎเกณฑ์ในการประกอบกิจการพลังงานให้สอดคล้องกับมาตรฐานหรือกฎเกณฑ์ของต่างประเทศหรือระหว่างประเทศทั้งหมดหรือแต่บางส่วนที่ยังไม่ได้มีผลผูกพันประเทศไทย แต่ กกพ. เห็นว่ามาตรฐานตามกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศด้านพลังงานและสิ่งแวดล้อมนั้นควรนำมาใช้เพื่อกำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงานด้วย

กรณีมีข้อสังเกตว่า การเพิ่มอำนาจของ กกพ. ในกรณีนี้มิได้เป็นการเพิ่มบทบาทให้ กกพ. ในการกำหนดนโยบายพลังงานหรือนโยบายเกี่ยวกับการลดผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของภูมิอากาศ

หากแต่คงเป็นองค์กรกำกับดูแลโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำกับดูแลตลาดพลังงานเพื่อคุ้มครองผู้ใช้พลังงาน ซึ่งเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับบทบาทขององค์กรกำกับดูแลกิจการพลังงานของสหราชอาณาจักรดังปรากฏตามรายงานของสภาขุนนาง (House of Lords)⁸⁷ ซึ่งสภาขุนนางแห่งสหราชอาณาจักรได้เสนอให้มีการแก้ไข Electricity Act 1989 ในส่วนของบทบาทขององค์กรกำกับดูแลการประกอบกิจการก๊าซธรรมชาติและไฟฟ้า (Office of Gas and Electricity Markets หรือ “Ofgem”) ให้ตอบสนองต่อเป้าหมายเรื่องการมุ่งหน้าสู่สังคมคาร์บอนต่ำ

โดยอธิบายว่า Ofgem นั้นมีโซ่องค์กรด้านนโยบายพลังงานแต่ก็มีหน้าที่ที่จะต้องปรับตัวมิให้กลายเป็นอุปสรรคของประเทศในการส่งเสริมเป้าหมายการปล่อยคาร์บอนสุทธิเป็นศูนย์ (Net Zero)⁸⁸ นอกจากนี้ Ofgem กำลังประสบกับความเปลี่ยนแปลงจากการผลิตไฟฟ้าแบบกระจายศูนย์ที่ผู้ใช้ไฟฟ้าเริ่มผลิตไฟฟ้าเองและใช้ระบบกักเก็บไฟฟ้า และสร้างความยืดหยุ่นให้ระบบโครงข่ายไฟฟ้า อย่างไรก็ตาม Ofgem อาจใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่งในการกำกับดูแลการประกอบกิจการดังกล่าวซึ่งอาจก่อให้เกิดความล่าช้าและไม่อนุญาตให้มีการประกอบกิจการที่เกิดขึ้นใหม่บางประการ⁸⁹

3.5 อัตราค่าบริการที่รองรับการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน

แม้ว่าจะมีการเพิ่มการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าแล้ว กกพ. ก็ยังคงมีภารกิจสำคัญในการกำกับดูแลอัตราค่าบริการไฟฟ้าที่สะท้อนต้นทุนที่แท้จริงและยังทำให้ผู้ใช้ไฟฟ้าสามารถซื้อหาไฟฟ้าได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่ออัตราค่าไฟฟ้านั้นจะมีต้นทุนส่วนที่เกิดจากการใช้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าซึ่งเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ยังขาดบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ กกพ. ในการกำกับดูแลอัตราค่าบริการในตลาดไฟฟ้าแต่ละตลาดซึ่งมีระดับการแข่งขันไม่เท่ากันเพื่อให้ราคาไฟฟ้าสะท้อนต้นทุนการผลิตและจัดหาไฟฟ้าที่ลดลงตามความเป็นจริงตามลักษณะของการประกอบกิจการและตลาดไฟฟ้าที่เปลี่ยนแปลงไป นอกจากนี้ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ยังไม่มีอำนาจในการกำกับดูแลให้มีการแก้ไขสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระยะยาวเพื่อสร้างความยืดหยุ่นของราคาไฟฟ้าส่งผลให้ผู้ใช้ไฟฟ้าต้องจ่ายค่าไฟฟ้าในอัตราที่ถูกประกันตามสัญญาแม้ว่าในความเป็นจริงแล้วต้นทุนในการผลิตไฟฟ้าอาจลดลงแล้ว

⁸⁷ House of Lords, “The net zero transformation: delivery, regulation and the consumer,” p.3 [online] Available from : <https://committees.parliament.uk/publications/9141/documents/159550/default/> [9 April 2024]

⁸⁸ House of Lords, “The net zero transformation: delivery, regulation and the consumer,” p.3 [online] Available from : <https://committees.parliament.uk/publications/9141/documents/159550/default/> [9 April 2024]

⁸⁹ House of Lords, “The net zero transformation: delivery, regulation and the consumer,” p.3 [online] Available from : <https://committees.parliament.uk/publications/9141/documents/159550/default/> [9 April 2024]

3.5.1 เพิ่มรายละเอียดเกี่ยวกับปัจจัยเพื่อใช้เป็นฐานในการกำกับดูแลอัตราค่าบริการให้เหมาะสมกับกิจการไฟฟ้าแต่ละประเภท

กิจการไฟฟ้าแต่ละประเภทยังมีปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาถึงต้นทุนที่แท้จริง ภาระค่าใช้จ่าย และการให้ผลตอบแทนที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการประกอบกิจการไฟฟ้านั้นเป็นกิจกรรมที่เกิดขึ้นใหม่ เช่น กิจการรวบรวมโหลดไฟฟ้า หรือการจัดการระบบจัดเก็บไฟฟ้า การประกอบกิจการโรงไฟฟ้าเสมือน และให้หมายความรวมถึงการดำเนินการดังกล่าวผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ⁹⁰ และกำหนดหลักเกณฑ์การกำกับดูแลการประกอบกิจการระบบโครงข่ายเพื่อรองรับการผลิตและส่งผ่านพลังงานแบบกระจายศูนย์ ดังนั้น เพื่อให้ กกพ. มีปัจจัยเพื่อใช้เป็นฐานในการกำกับดูแลอัตราค่าบริการให้เหมาะสมกับกิจการไฟฟ้าแต่ละประเภทจึงควรมีการบัญญัติมาตรา 65/1 ดังนี้

“มาตรา 65/1 ในการกำหนดอัตราค่าบริการของผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าตามมาตรา 65 อย่างน้อยให้คำนึงถึงต้นทุนในการประกอบกิจการไฟฟ้า ค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของกิจการไฟฟ้าตามที่ได้รับอนุญาตแต่ละประเภท และเกณฑ์อ้างอิงมาตรฐานของค่าใช้จ่ายดำเนินงานในการประกอบกิจการไฟฟ้า

ในการกำหนดอัตราค่าบริการสำหรับผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าที่มีระบบโครงข่ายไฟฟ้าให้คำนึงถึงมาตรฐานอัตราการสูญเสียเชิงพลังงานและมาตรฐานคุณภาพบริการของการประกอบกิจการระบบส่งและจำหน่ายไฟฟ้าที่มีประสิทธิภาพ

ในการกำหนดอัตราค่าบริการสำหรับผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการควบคุมระบบไฟฟ้าให้คำนึงถึงค่าใช้จ่ายในการให้บริการเสริมความมั่นคงของระบบไฟฟ้าในการกำหนดอัตราค่าบริการสำหรับผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการจำหน่ายไฟฟ้าให้คำนึงถึง ค่าใช้จ่ายในการจัดเก็บค่าไฟฟ้าและให้บริการ”

การเพิ่มมาตรา 65/1 นี้จะช่วยให้ กกพ. มีอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติในการกำกับอัตราค่าบริการ เช่น ค่าบริการรักษาความมั่นคงของระบบโครงข่ายจากการเชื่อมต่อและใช้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชน และมีฐานทางกฎหมายที่ชัดเจนในการกำกับดูแลให้ผู้ผลิตและผู้ใช้ไฟฟ้าเหล่านี้เป็นผู้จ่ายค่าบริการดังกล่าว ความชัดเจนของฐานทางกฎหมายนี้จะทำให้ กกพ. สามารถอาศัยอำนาจตามมาตรา 68 ปรับอัตราค่าบริการหรือสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตปรับอัตราค่าบริการในกรณีที่น่าจะเห็นว่าอัตราค่าบริการไม่เหมาะสม อันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจ สังคม การลงทุนหรือเทคโนโลยี ซึ่งการฝ่าฝืนคำสั่งตามมาตรา 68 ดังกล่าวนั้น จะทำให้ผู้รับใบอนุญาตที่ฝ่าฝืนถูกลงโทษโดยต้องชำระค่าปรับทางปกครองตามมาตรา 128 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ

⁹⁰ ข้อเสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ เสนอโดยคณะผู้วิจัย

นอกจากนี้ คณะผู้วิจัยยังเสนอให้ มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 65 (3/1) กำหนดหลักเกณฑ์ การกำหนดอัตราค่าบริการของผู้รับใบอนุญาตแต่ละประเภท ให้มีการจูงใจให้มีการผลิตและใช้ประโยชน์ จากพลังงานหมุนเวียนเพื่อสร้างความยั่งยืนทางพลังงานด้วย ตามข้อความดังนี้

มาตรา 65 ภายใต้นโยบายและแนวทางที่คณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ ให้ความเห็นชอบให้คณะกรรมการกำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าบริการของผู้รับใบอนุญาตแต่ละ ประเภท โดยมีแนวทางดังต่อไปนี้

...

(3) ควรจูงใจให้มีการปรับปรุงประสิทธิภาพในการประกอบกิจการพลังงาน

(3/1) ควรจูงใจให้มีการผลิตและใช้ประโยชน์จากพลังงานหมุนเวียนเพื่อสร้างความยั่งยืนทาง พลังงาน โดยคำนึงถึงความเป็นกลางทางเทคโนโลยีการผลิตพลังงานแต่ละประเภท

ความชัดเจนในตัวบทกฎหมายระดับพระราชบัญญัติจะช่วยให้ กกพ. มีอำนาจตามกฎหมายใน การกำกับผู้ประกอบการระบบโครงข่ายให้กำหนดอัตราค่าบริการระบบโครงข่ายที่เหมาะสมและ สนับสนุนให้เกิดการผลิตและใช้ทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนโดยได้รับการสนับสนุนจากผู้ประกอบการระบบ โครงข่ายที่จะคิดค่าบริการที่สมเหตุสมผล เช่น จะไม่คิดค่าบริการรักษาความสมดุลและความเชื่อถือได้ของ ระบบโครงข่ายในอัตราที่สูงจนกระทบต่อตลาดพลังงานหมุนเวียน หรือกำกับดูแลมิให้ผู้จำหน่ายไฟฟ้าที่มี ระบบจำหน่ายนั้นคิดค่าบริการมิเตอร์ส่วนที่เรียกเก็บแทนผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนสูงโดยปราศจากเหตุผลรองรับ เนื่องจากมีความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการจำหน่ายไฟฟ้าที่มีระบบจำหน่ายนี้จะอยู่ในตลาดค้าปลีกไฟฟ้า ตลาดเดียวกับผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนที่ขายไฟฟ้าให้ผู้ซื้อไฟฟ้าตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชนมิได้ขาย ให้ตัวผู้ประกอบการระบบจำหน่ายไฟฟ้า

มีข้อสังเกตว่า การแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้องค์กรกำกับดูแลมีอำนาจในการกำกับ ดูแลค่าบริการที่ผู้ผลิตและจำหน่ายไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนต้องจ่ายเพื่อเชื่อมต่อและใช้ระบบ โครงข่ายไฟฟ้าของผู้ประกอบการระบบส่งหรือระบบจำหน่ายไฟฟ้าตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่าง เอกชนนั้น สอดคล้องกับแนวทางของกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการไฟฟ้าในต่างประเทศ เช่น Electricity Act ของไต้หวัน (แก้ไขเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 2023) ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิของผู้ผลิต (Renewable-Energy-Based Electricity Generating Enterprise) และผู้จำหน่ายไฟฟ้าจากทรัพยากร พลังงานหมุนเวียน (Renewable-Energy-Based Electricity Retailing Enterprise) ให้สามารถเรียกให้ ผู้ประกอบการระบบโครงข่ายไฟฟ้าไม่ว่าระบบส่งหรือระบบจำหน่ายส่งผ่านไฟฟ้าไปยังลูกค้าของตนได้ โดยเสียค่าตอบแทนตามปริมาณหน่วยไฟฟ้าที่มีการส่งผ่าน⁹¹ โดยกฎหมายกำหนดคณะกรรมการที่มีอำนาจ กำกับดูแลอัตราค่าบริการมีหน้าที่ตรวจสอบและอนุมัติค่าบริการระบบโครงข่ายข้างต้น⁹²

⁹¹ Article 10 of Para.1 of Electricity Law (as amended 28 June 2023) (Taiwan)

⁹² Article 10 of Para. 4 of Electricity Law (as amended 28 June 2023) (Taiwan)

นอกจากนี้ การแก้ไขกฎหมายโดยเพิ่ม (3/1) ตามข้อเสนอของงานวิจัยนี้ยังสอดคล้องกับแนวทางของมาตรา 61 แห่ง Electricity Law 2003 ของประเทศอินเดีย ซึ่งบัญญัติให้ Central Regulatory Commission มีอำนาจออกประกาศหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการกำหนดอัตราค่าบริการในกิจการไฟฟ้าตามมาตรา 61 (h) โดยจะต้องคำนึงถึง “การส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าหรือระบบการผลิตไฟฟ้าร่วมกับไฟฟ้าที่ผลิตจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียน”⁹³

3.5.2 ให้อำนาจแก่ กกพ. ในการสนับสนุนให้มีการแก้ไขสัญญาซื้อขายไฟฟ้าที่รัฐได้ลงนามแล้ว

พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ จะมีศักยภาพที่จะทำให้ผู้ใช้ไฟฟ้าไม่ต้องจ่ายค่าไฟฟ้าในราคาที่สร้างกำไรให้กับผู้ผลิตไฟฟ้าอันเป็นผลจากราคาไฟฟ้าที่ถูกกำหนดเอาไว้ตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระยะยาวที่ได้ลงนามแล้วซึ่งอาจไม่ได้สะท้อนต้นทุนที่แท้จริงในการผลิตอีกต่อไป ก็ต่อเมื่อกฎหมายมีศักยภาพในการสร้างความยืดหยุ่นของราคาไฟฟ้าที่มีการรับซื้อแล้วโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมทั้งต่อผู้ใช้ไฟฟ้าและผู้ผลิตไฟฟ้า

ดังนั้น ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 91 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ วรรคสอง (1/1) แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ กำหนดแบบมาตรฐานของสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการพลังงานให้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจ สังคม การลงทุน หรือเทคโนโลยี และเพิ่มเติมวรรคสามของมาตรา 91 ให้สามารถแก้ไขสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการพลังงานได้หากเข้าเงื่อนไขข้างต้นเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น และเพื่อให้สัญญาเกี่ยวกับการให้บริการพลังงานสามารถปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ด้านเศรษฐกิจ สังคม การลงทุน หรือเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงได้อย่างเหมาะสมได้ และเพิ่มเติม (1/1) ในวรรคหนึ่งเพื่อให้คู่สัญญาทราบว่าสามารถมีการแก้ไขสัญญาดังกล่าวได้ จึงได้เพิ่มข้อกำหนดเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจ สังคม การลงทุน หรือเทคโนโลยีให้เป็นข้อกำหนดที่จะต้องมีในแบบมาตรฐานของสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการพลังงานด้วย

⁹³ ในประเทศไทย คณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติจะเป็นผู้ใช้อำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการกำหนดราคาพลังงานให้สอดคล้องกับนโยบายและแผนการบริหารและพัฒนาพลังงานของประเทศตามมาตรา 6(2) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ พ.ศ. 2535 โดยยังไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกำหนดอัตราค่าบริการเพื่อส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน

มาตรา 91 ให้คณะกรรมการมีอำนาจออกประกาศกำหนดแบบมาตรฐานของสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการพลังงาน และจะกำหนดยกเว้นให้สัญญาใดไม่ต้องเป็นไปตามแบบมาตรฐานของสัญญาก็ได้ แบบมาตรฐานของสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการพลังงานอย่างน้อยจะต้อง

(1) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้รับใบอนุญาตและผู้ใช้พลังงานที่ชัดเจน

(1/1) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจ สังคม การลงทุน หรือเทคโนโลยี

(2) ไม่มีข้อกำหนดที่เป็นการจำกัดการใช้ประโยชน์ของผู้ใช้พลังงานโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(3) ไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือกีดกันผู้ใช้พลังงานอย่างไม่เป็นธรรม

ให้นำความในวรรคหนึ่ง และวรรคสอง (1/1) มาใช้กับสัญญาซื้อขายไฟฟ้าสำหรับการรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าด้วย และหากคณะกรรมการ เห็นว่ามีการเปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจ สังคม การลงทุน หรือเทคโนโลยี ที่ส่งผลกระทบต่อต้นทุนในการประกอบกิจการพลังงานหรือเพิ่มภาระให้กับผู้ใช้ไฟฟ้าอย่างมีนัยสำคัญ หากมีผู้ได้รับผลกระทบแจ้งต่อคณะกรรมการหรือคณะกรรมการเห็นเองคณะกรรมการอาจเรียกคู่สัญญาดังกล่าวมาเจรจาเพื่อตกลงร่วมกันแก้ไขข้อกำหนดเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงนั้น ทั้งนี้ เมื่อได้ข้อยุติแล้ว ให้คู่สัญญาดำเนินการตามข้อยุตินั้น

การสร้างควมยืดหยุ่นในการคิดอัตราค่าไฟฟ้าซึ่งสะท้อนถึงต้นทุนการผลิตไฟฟ้าที่มีความเป็นพลวัตเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพเศรษฐกิจ สังคม การลงทุน หรือเทคโนโลยีนั้น สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องราคาไฟฟ้าที่มีความเป็นพลวัต (Dynamic Electricity Price Contract) ตาม EU Electricity Directive⁹⁴ อย่างไรก็ตาม สำหรับสัญญาซื้อขายไฟฟ้าที่ได้ลงนามแล้วนั้น การแก้ไขสัญญาซึ่งส่งผลกระทบต่อราคาไฟฟ้านั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้ผลิตไฟฟ้าที่ได้รับสัญญาซื้อขายไฟฟ้าไปแล้ว เนื่องจากหากผู้ผลิตไฟฟ้าเหล่านี้มักจะมีภาระทางการเงิน และจำเป็นที่จะต้องได้รับเงินคืนทุนเพื่อชำระเงินกู้โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อธนาคารในกรณีรับสินเชื่อโครงการ (Project Finance) กล่าวคือ ธนาคารผู้ให้กู้จะได้รับการชำระเงินกู้คืนจากรายรับของโครงการผลิตไฟฟ้าซึ่งธนาคารผู้ให้กู้จะพิจารณาถึงผลตอบแทนของผู้กู้ตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าด้วย⁹⁵ ระยะเวลาการได้รับผลตอบแทนที่ได้คำนวณเอาไว้แล้ว ดังนั้น คณะผู้วิจัยจึงมีได้เสนอให้ กกพ. มีอำนาจเหนือฝ่ายเดียวสั่งให้มีการแก้ไขสัญญาซื้อขายไฟฟ้าโดยตรงเนื่องจากจะส่งผลกระทบต่อผู้มีส่วนได้เสียอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งธนาคารผู้ให้กู้ในกรณีที่โครงการได้รับการสนับสนุนทางการเงินแบบสินเชื่อโครงการ หากแต่เรียกให้ผู้ผลิตและผู้รับซื้อมาเจรจากันโดยคำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจ สังคม การลงทุน หรือเทคโนโลยี ที่ส่งผลกระทบต่อต้นทุนในการประกอบกิจการพลังงาน

⁹⁴ Article 2 (15) of Directive (EU) 2019/944 on common rules for the internal market for electricity (EU Electricity Directive)

⁹⁵ Mohamed Badissy et al., “Understanding Power Purchase Agreements (Second Edition),” p.108 [online] Available from : <https://cldp.doc.gov/sites/default/files/PPA%20Second%20Edition%20Update.pdf> [12 May 2024]

4. บทสรุป

พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ กำลังเผชิญหน้ากับความท้าทายจากการประกอบกิจการพลังงานและความต้องการพลังงานที่เปลี่ยนแปลงไปจากช่วงเวลาที่ถูกกฎหมายถูกร่างและตราขึ้น อุตสาหกรรมไฟฟ้าของประเทศไทยเริ่มต้นจากความพยายามของรัฐที่จะผลิตและจัดหาพลังงานผ่านระบบรวมศูนย์ ผู้ใช้ไฟฟ้าเพียงรอรับไฟฟ้า ณ จุดจำหน่ายโดยไม่ได้ผลิตไฟฟ้าเองและไม่ได้มีการซื้อขายไฟฟ้าโดยตรงระหว่างกันเองโดยไม่ผ่านรัฐในฐานะตัวกลาง แต่เมื่อเวลาผ่านไปไฟฟ้าสามารถถูกผลิตขึ้นจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนแบบกระจายศูนย์โดยผู้ใช้ไฟฟ้าบางราย ในขณะที่ผู้ใช้ไฟฟ้าบางรายก็มีความต้องการซื้อขายไฟฟ้างดงามโดยมีได้ซื้อจากรัฐ การซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชนโดยตรงนั้นเกิดขึ้นโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการซื้อขายโดยอัตโนมัติ อีกทั้งมีการซื้อขายและส่งมอบไฟฟ้าแบบเสมือนได้ และมีความเป็นไปได้ที่จะมีการส่งไฟฟ้าที่เหลือไปยังตลาดในต่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม ตาม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ฉบับปัจจุบัน กกพ. ไม่มีอำนาจตามกฎหมายในการออกใบอนุญาตการประกอบกิจการพลังงานให้กับบุคคลที่จะประกอบกิจการจัดเก็บไฟฟ้าซึ่งมิได้ผลิตไฟฟ้าได้ ไม่อาจกำหนดให้มีใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าเสมือนและการให้บริการเชื่อมโยงอุปสงค์และอุปทานไฟฟ้าผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัลได้เนื่องจากการประกอบกิจการนี้ได้อีกทั้งยังไม่อาจออกใบอนุญาตสำหรับบุคคลที่ประสงค์จะประกอบกิจการรวบรวมโหลดไฟฟ้าเพื่อสนับสนุนการทำงานของแพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์หรือโรงไฟฟ้าเสมือนได้ ซึ่งเรียกได้ว่ากฎหมายในปัจจุบันมีข้อจำกัดในการเปิดตลาดของการประกอบกิจการเหล่านี้และขณะเดียวกันก็ไม่อาจเป็นฐานทางกฎหมายให้ กกพ. กำกับดูแลการประกอบกิจการเหล่านี้ได้

เมื่อนิยามของ “กิจการไฟฟ้า” ตาม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ เป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดไฟฟ้าที่เกิดขึ้นใหม่และไม่รองรับการกำกับดูแลการประกอบกิจการของ กกพ. จึงควรมีการแก้ไขนิยามของกิจการไฟฟ้าตามกฎหมายในปัจจุบันให้รวมถึงการประกอบกิจการนำเข้าและการส่งออกไฟฟ้า การควบคุมระบบไฟฟ้า การรวบรวมโหลดไฟฟ้า หรือการจัดการระบบจัดเก็บไฟฟ้า การประกอบกิจการโรงไฟฟ้าเสมือน และให้หมายความรวมถึงการประกอบกิจการพลังงานผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศด้วย

นอกจากนี้ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ยังควรรับรองสถานะของผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองให้ชัดเจนเพื่อให้บุคคลกลุ่มนี้สามารถผลิต ใช้ และขายไฟฟ้าได้ตามกฎหมาย และถูกกำกับดูแลโดย กกพ. ได้ และควรมีการแก้ไข พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ เพื่อให้อำนาจแก่ กกพ. ในการกำหนดปริมาณการผลิตสูงสุดของผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เอง ประกอบกับการตราพระราชกฤษฎีกาเวนหน้าที่ในการขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 47 วรรคสามแห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ จะมีส่วนช่วยสนับสนุนให้ผู้ผลิตไฟฟ้าได้เองสามารถเข้าสู่ตลาดผลิตและจำหน่ายไฟฟ้าที่ผลิตจากทรัพยากรหมุนเวียนได้มากขึ้น

เมื่อมีการผลิตและใช้ไฟฟ้าที่ผลิตจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนมากยิ่งขึ้นและผู้ผลิตอาจขายไฟฟ้าเหล่านี้ให้กับผู้ใช้ไฟฟ้าโดยตรง ระบบโครงข่ายไฟฟ้าของผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้า เช่น กฟผ. กฟน. และ กฟภ. จะกลายเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐที่ถูกใช้เพื่อส่งผ่านไฟฟ้าตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชนซึ่งอาจมีการส่งมอบไฟฟ้าจริงหรือส่งมอบแบบเสมือน การไฟฟ้าทั้งสามจะกลายเป็นผู้มีบทบาทในการเป็นผู้ให้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้ามิได้เป็นผู้รับซื้อไฟฟ้าเพื่อนำเอาไฟฟ้าไปจำหน่ายในตลาดค้าปลีกไฟฟ้าตามโครงสร้างกิจการไฟฟ้าแบบผู้รับซื้อไฟฟ้าย่อยอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม มาตรา 81 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ยังขาดความชัดเจนว่าผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองจะสามารถใช้และเชื่อมต่อกับระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อให้การไฟฟ้าส่งไฟฟ้าไปยังผู้ใช้ไฟฟ้ารายอื่นได้หรือไม่ นอกจากนี้ ยังขาดรายละเอียดที่ข้อกำหนดระบบโครงข่ายไฟฟ้าจะต้องมีเพื่อสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของผู้ใช้ระบบโครงข่ายที่ผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนซึ่งจำหน่ายไฟฟ้าเข้าระบบโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อให้ผู้ประกอบการระบบโครงข่ายนำเอาไฟฟ้าจะจ่ายให้กับผู้ใช้ไฟฟ้าปลายทาง

ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 81 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ให้รับรองสิทธิในการเชื่อมต่อและใช้ระบบโครงข่ายไฟฟ้าของทั้งผู้ประกอบการพลังงานและผู้ใช้ไฟฟ้าที่ผลิตไฟฟ้าได้เองและเพื่อให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายมีส่วนในการสนับสนุนการเกิดขึ้นของการผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนแล้ว จึงควรมีการเพิ่มเติมมาตรา 81/1 ใน พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ เพื่อเพิ่มเติมหน้าที่ของผู้ประกอบการระบบโครงข่ายให้คำนึงถึงการให้ระบบโครงข่ายของผู้ผลิตไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนอีกด้วย โดยรายละเอียดจะเป็นหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดของข้อกำหนดระบบโครงข่าย เพื่อความชัดเจนต่อทั้งผู้ใช้บริการและผู้ให้บริการระบบโครงข่าย เช่น หากผู้ผลิตไฟฟ้าจากแสงอาทิตย์มีความพร้อมที่จะควบคุมแรงดันและความถี่ของไฟฟ้าและจัดการกำลังสูญเสียของไฟฟ้า ตลอดจนรักษาคุณภาพของไฟฟ้าที่จะมีการจ่ายเข้าระบบโครงข่ายได้

เมื่อการผลิตและใช้ไฟฟ้าจากทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนมากยิ่งขึ้นโดยการซื้อขายและส่งมอบไฟฟ้าดังกล่าวสามารถดำเนินการโดยผ่านสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเอกชนแสดงให้เห็นว่าแท้จริงแล้วการผลิตและค้าปลีกไฟฟ้านั้นเป็นกิจการที่แข่งขันได้ และเป็นการประกอบกิจการในตลาดที่สามารถแยกกับการประกอบกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้าซึ่งเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติได้ ธุรกรรมการซื้อขายไฟฟ้าและการส่งมอบไฟฟ้าเหล่านี้กลายเป็นสิ่งที่ผู้ซื้อและผู้ขาย ผู้ให้และผู้ให้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้ามีปฏิสัมพันธ์กันในตลาดไฟฟ้าที่มีการแข่งขันได้โดยสภาพ

อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจกำกับดูแลของ กกพ. ตามกฎหมายดังกล่าวกลับประสบปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากสภาพข้อเท็จจริงที่ว่าเจ้าของระบบโครงข่ายไฟฟ้า เช่น กฟน. และ กฟภ. ยังประกอบกิจการในตลาดไฟฟ้าอื่นอีกด้วย กล่าวคือ เป็นทั้งเจ้าของระบบจำหน่ายและผู้จำหน่ายไฟฟ้า สภาพข้อเท็จจริงนี้อาจทำให้ กฟน. และ กฟภ. ซึ่งเป็นผู้ค้าปลีกไฟฟ้าไม่ประสงค์ให้ผู้ค้าปลีกไฟฟ้าย่อยอื่นใช้ประโยชน์จากระบบจำหน่ายไฟฟ้าของตนเพื่อแข่งขันกับตนเองในตลาดค้าปลีกไฟฟ้า กล่าวคือสร้างอุปสรรคต่อคู่แข่งในตลาดเดียวกัน

ด้วยเหตุนี้ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ จึงควรถูกแก้ไขโดยเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการเกิดขึ้นและพัฒนาการของตลาดไฟฟ้าเพื่อให้ผู้เข้าร่วมในตลาดสามารถประกอบกิจการแข่งขันกันได้อย่างเป็นธรรม ไม่ถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ตามลักษณะของตลาดไฟฟ้าโดยบัญญัติให้ชัดเจนว่าตลาดผลิตไฟฟ้า ตลาดค้าส่งไฟฟ้าและตลาดค้าปลีกไฟฟ้านั้น เป็นตลาดที่มีการแข่งขันได้ และควรมีการบัญญัติถึงรูปแบบลักษณะของธุรกรรมในตลาดไฟฟ้าที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามมาตรา 103/6 โดยอาจมีทั้งการซื้อขายไฟฟ้าระยะยาวระหว่างผู้ผลิตไฟฟ้ารายใหญ่และผู้รับซื้อไฟฟ้าในปริมาณมาก ซึ่งเกิดขึ้นในตลาดค้าส่งไฟฟ้าและการซื้อขายไฟฟ้าระหว่างผู้ใช้ไฟฟ้าด้วยกันเองซึ่งมีลักษณะเป็นการซื้อขายทันที การแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ตามข้อเสนอเหล่านี้จะทำให้ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ มีเนื้อหาของกฎหมายที่รองรับการเปลี่ยนผ่านทางพลังงานโดยเฉพาะอย่างยิ่งในมิติของการเปิดเสรีและเพิ่มการแข่งขันในกิจการพลังงาน

ส่วนการประกอบกิจการระบบโครงข่ายนั้นก็ควรถูกกำหนดให้ชัดเจนว่าเป็นการประกอบกิจการในตลาดไฟฟ้าที่ไม่สามารถมีการแข่งขันเนื่องจากเป็นมีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติ ซึ่งจะต้องมีการกำกับดูแลให้มีความเหมาะสมโดยมิได้พึ่งพาการเพิ่มคุณภาพและลดราคาจากการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ นอกจากนี้ ควรบัญญัติหน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการระบบโครงข่ายไฟฟ้าให้ต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการจัดตั้งและพัฒนาของตลาดไฟฟ้าตามที่ กพข. ให้ความเห็นชอบการตั้งตลาดพลังงานตามที่ กกพ. เสนอ

อย่างไรก็ตาม การส่งเสริมการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าแม้จะเป็นองค์ประกอบสำคัญของการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน แต่ก็เพียงองค์ประกอบหนึ่งเท่านั้น การเปลี่ยนผ่านทางพลังงานยังต้องอาศัยการกำกับดูแลที่มีศักยภาพรองรับและส่งเสริมการประกอบกิจการพลังงานที่สอดคล้องกับการเปลี่ยนผ่านทางพลังงาน เช่น ความเป็นไปได้ที่ผู้ผลิตไฟฟ้าจะผลิตไฟฟ้าที่ได้ปราศจากคาร์บอนจริงแต่เอาไฟฟ้าดังกล่าวมาขายโดยอ้างว่าเป็นไฟฟ้าที่ปราศจากคาร์บอน เช่น การผลิตไฟฟ้าโดยอาศัยไฮโดรเจนสีเทา ซึ่งนอกจากจะเป็นการเอาเปรียบผู้ซื้อแล้ว ยังส่งผลให้ประเทศไทยไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น UNFCCC และ Paris Agreement ดังนั้น จึงควรมีการเพิ่มบทบัญญัติ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ให้ กกพ. สามารถกำกับกิจการพลังงานให้เป็นไปตามมาตรฐานตามกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศด้านพลังงานและสิ่งแวดล้อมที่มีผลผูกพันประเทศไทยซึ่งจะสามารถถูกใช้เป็นฐานของอำนาจของ กกพ. กำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดของพลังงานหมุนเวียนโดยจำกัดมิให้มีการใช้ไฮโดรเจนที่ผลิตจากเชื้อเพลิงฟอสซิล และกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับไฮโดรเจนคาร์บอนต่ำเพิ่มเติม

แม้ว่าจะมีการเพิ่มการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าแล้ว กกพ. ก็ยังคงมีภารกิจสำคัญในการกำกับดูแลอัตราค่าบริการไฟฟ้าที่สะท้อนต้นทุนที่แท้จริงและมีราคาที่เหมาะสมผล โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่ออัตราค่าไฟฟ้านั้นจะมีต้นทุนส่วนที่เกิดจากการใช้บริการระบบโครงข่ายไฟฟ้าซึ่งเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ยังขาดบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ กกพ. ในการกำกับดูแลอัตราค่าบริการในตลาดไฟฟ้าแต่ละตลาดซึ่งมีระดับการแข่งขันไม่เท่ากันเพื่อให้ราคาไฟฟ้า

สะท้อนต้นทุนการผลิตและจัดหาไฟฟ้าที่ลดลงตามความเป็นจริงตามลักษณะของการประกอบกิจการและตลาดไฟฟ้าที่เปลี่ยนแปลงไป นอกจากนี้ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ยังไม่มีอำนาจในการกำกับดูแลให้มีการแก้ไขสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระยะยาวเพื่อสร้างความยืดหยุ่นของราคาไฟฟ้า ส่งผลให้ผู้ซื้อไฟฟ้าต้องจ่ายค่าไฟฟ้าในอัตราที่ถูกประกันตามสัญญาแม้ว่าในความเป็นจริงแล้วต้นทุนในการผลิตไฟฟ้าอาจลดลงแล้ว

ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้ กกพ. มีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อใช้เป็นเกณฑ์อ้างอิงในการกำกับดูแลอัตราค่าบริการให้เหมาะสมกับกิจการไฟฟ้าแต่ละประเภทจึงควรมีการบัญญัติมาตรา 65/1 ให้ กกพ. กำกับดูแลอัตราค่าบริการโดยให้คำนึงถึงต้นทุนในการประกอบกิจการไฟฟ้า ค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของกิจการไฟฟ้าตามที่ได้รับอนุญาตแต่ละประเภท และเกณฑ์อ้างอิงมาตรฐานของค่าใช้จ่ายดำเนินงานในการประกอบกิจการไฟฟ้า โดยบัญญัติให้ชัดเจนว่าค่าบริการสำหรับผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าที่มีระบบโครงข่ายไฟฟ้าให้คำนึงถึงมาตรฐานอัตราการสูญเสียเชิงพลังงาน และมาตรฐานคุณภาพบริการของการประกอบกิจการระบบส่งและจำหน่ายไฟฟ้าที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งจะช่วยให้ผู้ใช้บริการระบบโครงข่ายเพื่อส่งมอบไฟฟ้าตามสัญญาซื้อขายระหว่างเอกชนนั้นต้อง “จ่าย” ค่าบริการส่วนนี้โดยไม่ผลักระงับกับบุคคลที่ไม่ได้รับประโยชน์จากการส่งผ่านไฟฟ้าดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการส่งหน่วยไฟฟ้าจริงหรือเป็นการส่งมอบแบบเสมือน

นอกจากนี้ พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมให้มีศักยภาพที่จะทำให้ผู้ใช้ไฟฟ้าไม่ต้องจ่ายค่าไฟฟ้าในอัตราราคาที่สร้างกำไรให้กับผู้ผลิตไฟฟ้าอันเป็นผลจากราคารับซื้อไฟฟ้าที่ถูกกำหนดเอาไว้ตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระยะยาวที่ได้ลงนามแล้ว โดยไม่มีข้อสัญญาที่ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการคิดอัตราค่าไฟฟ้าซึ่งอาจต่ำลงจากการเปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจ สังคม การลงทุน หรือเทคโนโลยี ดังนั้น ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 91 วรรคสอง (1/1) แห่ง พ.ร.บ. การประกอบกิจการพลังงานฯ กำหนดแบบมาตรฐานของสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการพลังงานให้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจ สังคม การลงทุน หรือเทคโนโลยีที่ส่งผลต่อต้นทุนในการประกอบกิจการพลังงานหรือเพิ่มภาระให้กับผู้ใช้ไฟฟ้าอย่างมีนัยสำคัญ สำหรับสัญญาซื้อขายไฟฟ้าที่ได้ลงนามแล้วนั้น ควรมีการแก้ไขมาตรา 91 โดยเพิ่มวรรคสามให้อำนาจแก่ กกพ. ในการสนับสนุนให้มีการแก้ไขสัญญาซื้อขายไฟฟ้าที่รัฐได้ลงนามแล้ว หากมีผู้ได้รับผลกระทบแจ้งต่อ กกพ. หรือ กกพ. เห็นเอง โดย กกพ. อาจเรียกคู่สัญญาดังกล่าวมาเจรจาเพื่อตกลงร่วมกันแก้ไขข้อกำหนดเกี่ยวกับประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของต้นทุนในการผลิตหรือจัดหาไฟฟ้านั้น

ปัญหาการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญของศาลปกครอง*

Judgment Issues of The Administrative Court in Community Rights Cases under The Constitution of the Kingdom of Thailand

อดิศร คงพุนพิน
Adisorn Kongphunpin

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: Adisorn.men@gmail.com
(Received: August 3, 2023; Revised: September 20, 2023; Accepted: November 14, 2023)

บทคัดย่อ

แม้สิทธิชุมชนจะเป็นสิทธิระดับรัฐธรรมนูญมากกว่าสองทศวรรษก็ตาม แต่การขาดความชัดเจนในรายละเอียดของสิทธิ นับเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการที่ศาลปกครองจะวินิจฉัยรับรองสิทธิชุมชนให้เกิดผลในทางปฏิบัติ จากปัญหาดังกล่าวจึงเป็นที่มาของงานวิจัยฉบับนี้ที่มุ่งศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิชุมชน และคำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศ เพื่อนำมากำหนดเป็นแนวทางทางกฎหมายในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในศาลปกครองของไทย ผลการศึกษาพบว่า “สิทธิชุมชน” เป็น “สิทธิเชิงกลุ่ม” ซึ่งมีพัฒนาการมาจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ โดย “ชุมชน” สามารถใช้สิทธิทางศาลได้โดยการมอบหมายให้ปัจเจกบุคคล และ/หรือ นิติบุคคลที่เป็นตัวแทนหรือผู้แทนของชุมชนนำคดีไปฟ้องต่อศาลในนามของชุมชน และในกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญและมีสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เช่น มีสิทธิในการดำรงวิถีชีวิตในพื้นที่ป่า เป็นต้น แม้ว่าจะมีข้อจำกัดที่ทำให้ศาลไม่สามารถออกคำสั่งบังคับให้ผู้ฟ้องคดีเข้าไปดำรงวิถีชีวิตอยู่ในพื้นที่ป่าได้ก็ตาม หากแต่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอคำสั่งห้ามทดแทนจากการที่ต้องสูญเสียสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง และ/หรือ สิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมาด้วย ศาลปกครองย่อมสามารถกำหนดให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีจากการที่ต้องสูญเสียสิทธิดังกล่าวในการดำรงวิถีชีวิตตามจารีตประเพณี ตามบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศได้

คำสำคัญ: สิทธิเชิงกลุ่ม, สิทธิชุมชน, ศาลปกครอง, รัฐธรรมนูญ

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ศาลปกครองกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

Despite the community rights being constitutionally recognized for over two decades, the lack of clarity in the details of the rights is an important obstacle to the Administrative Court in implementing the rights effectively. Therefore, this research aims to examine the concepts and theories related to community rights and decisions on significant international community rights disputes from both decisions of foreign courts and supranational dispute settlement bodies. To be used as a legal guideline for the Administrative Court. The study found that “Community rights” are “Collective rights” that have developed from international human rights and environmental law. “Communities” can use their legal rights by appointing individuals and/or legal entities that represent the community to bring cases to court on behalf of the community. As a result, in case of a dispute over constitutional community rights. If the Administrative Court considers that the plaintiff is the community rights holder and has the right to maintain their traditional way of life in the restricted forest area or the right to access and utilize other natural resources, etc. Despite that the court is unable to issue such a judgement. However, if the plaintiff requests compensation for their loss of the right to self-determination and/or the right to environment, the court can order an administrative agency to make a compensation payment to the plaintiff for the loss of such rights to maintain their traditional way of life in accordance with the standards of foreign court decisions.

Keywords: Collective Rights, Community Rights, Administrative Court, Constitution

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยรับรองสิทธิชุมชนให้เป็นสิทธิในระดับรัฐธรรมนูญ มาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และคงไว้เรื่อยมาจวบจนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รวมเป็นระยะเวลาว่าสองทศวรรษ อย่างไรก็ตาม การที่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดของสิทธิชุมชน นับเป็นอุปสรรคประการสำคัญต่อการที่ศาลปกครองจะนำสิทธิชุมชนมาใช้วินิจฉัยคดีเนื่องจากยังขาดความชัดเจนว่า “สิทธิชุมชน” ซึ่งเป็นสิทธิเชิงกลุ่ม มีความแตกต่างจากสิทธิประเภทสิทธิของปัจเจกบุคคลอย่างไร “ชุมชน” ในฐานะผู้ทรงสิทธิทางกฎหมายควรมีองค์ประกอบใดบ้าง และ “สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ” มีขอบเขตเพียงใด ทำให้ตลอดระยะเวลาว่า 20 ปีที่ผ่านมา นับแต่มีการบัญญัติรับรองสิทธิชุมชนไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หลักกฎหมาย

เกี่ยวกับสิทธิชุมชนยังพัฒนาไปได้น้อย ส่งผลให้การบังคับใช้สิทธิชุมชนยังไม่เกิดผลในทางปฏิบัติมากนัก ในขณะที่ศาลของต่างประเทศและองค์กรระดับข้อพิพาทระดับเหนือรัฐทั้งในรูปแบบของศาลและรูปแบบของคณะกรรมการได้วินิจฉัยวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนที่สำคัญในหลายคดีที่น่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีของไทยได้ จากปัญหาดังกล่าว จึงเป็นที่มาของการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิชุมชน และคำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศที่สำคัญ เพื่อนำมากำหนดเป็นแนวทางทางกฎหมายสำหรับการนำไปปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในศาลปกครองของไทย

2. ระเบียบวิธีวิจัย

ระเบียบวิธีวิจัยประกอบด้วย วัตถุประสงค์ของการวิจัย (หัวข้อที่ 2.1) สมมติฐานการวิจัย (หัวข้อที่ 2.2) วิธีการดำเนินการวิจัย (หัวข้อที่ 2.3) และขอบเขตของการวิจัย (หัวข้อที่ 2.4) ดังนี้

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิชุมชน ซึ่งประกอบด้วยส่วนของผู้ทรงสิทธิ และเนื้อหาแห่งสิทธิ ทั้งจากสาขานิติศาสตร์และสาขามานุษยวิทยา โดยนำมาพิจารณาประกอบกันเพื่อกำหนดขอบเขตของผู้ทรงสิทธิและเนื้อหาแห่งสิทธิของสิทธิชุมชนตามกรอบทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) ที่เสนอว่าการร่างกฎหมาย การตีความกฎหมาย และการใช้กฎหมาย จะต้องสอดคล้องกับข้อเท็จจริงทางสังคม (Social Fact)

(2) เพื่อศึกษาการรับรองสิทธิชุมชนในทุกระดับ ตั้งแต่ระดับของกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในของต่างประเทศ จนถึงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

(3) เพื่อศึกษาคำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศที่สำคัญทั้งจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองต่างประเทศ คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีปกครอง หรือศาลอื่น และคำวินิจฉัยขององค์กรระดับข้อพิพาทระดับเหนือรัฐ สำหรับเป็นตัวอย่างในการนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของศาลปกครองไทย

(4) เพื่อศึกษาคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดในคดีที่มีการกล่าวถึงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อันจะทำให้เห็นถึงภาพรวมตลอดจนสภาพปัญหาหรือข้อจำกัดที่เกิดขึ้นในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยของศาลปกครอง

(5) เพื่อเสนอแนะหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนที่สามารถนำไปปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในศาลปกครองได้

2.2 สมมติฐานของการวิจัย

“สิทธิชุมชน” เป็นสิทธิประเภท “สิทธิเชิงกลุ่ม” ซึ่งมีพัฒนาการมาจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสิ่งแวดล้อม “สิทธิชุมชน” จึงมีองค์ประกอบของผู้ทรงสิทธิและขอบเขตเนื้อหาแห่งสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะ และมีความแตกต่างจากสิทธิประเภท “สิทธิของปัจเจกบุคคล” เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองสิทธิชุมชนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญไว้สอดคล้องกับเนื้อหาของสิทธิชุมชนทั้งในทางทฤษฎีและที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศ กรณีจึงถือเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำคัญที่สามารถนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนและแนวทางการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศมาใช้ในฐานะแนวทางทางกฎหมายสำหรับการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในศาลปกครองได้ อันจะส่งผลให้เกิดการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในขอบเขตของกฎหมายปกครองไทย และเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2.3 วิธีการดำเนินการวิจัย

การศึกษานี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพที่ใช้เอกสารเป็นหลัก โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งในรูปแบบของหนังสือตำราทางวิชาการ บทความทางวิชาการ วารสาร วิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัย คำพิพากษา บทบัญญัติแห่งกฎหมาย เอกสารอื่น ๆ รวมถึงเว็บไซต์ทั้งของไทยและของต่างประเทศ ทั้งในสาขานิติศาสตร์และสาขาอื่นที่เกี่ยวข้อง

2.4 ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีที่มีการกล่าวถึงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยจะเลือกศึกษาจากคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่มีการอ้างสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญเป็นข้อต่อสู้ในคำฟ้องมาวิเคราะห์โดยนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนและแนวทางการวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศมาพิจารณาประกอบกัน

ทั้งนี้ ในการนำเสนอผลการศึกษาในบทความวิจัยนี้จะเน้นไปที่การนำเสนอถึงปัญหาการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญของศาลปกครอง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวัตถุประสงค์ของการวิจัยที่ (4) โดยจะแบ่งโครงสร้างการนำเสนอออกเป็น 5 ส่วน ได้แก่ **ส่วนที่หนึ่ง** แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยสิทธิชุมชน ในหัวข้อที่ 3 **ส่วนที่สอง** สิทธิชุมชนตามกฎหมายของต่างประเทศและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในหัวข้อที่ 4 **ส่วนที่สาม** บรรทัดฐานในการวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศ ในหัวข้อที่ 5 **ส่วนที่สี่** ปัญหาการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญของศาลปกครอง ในหัวข้อที่ 6 และ **ส่วนที่ห้า** ข้อเสนอแนะ ในหัวข้อที่ 7

3. แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยสิทธิชุมชน

“สิทธิชุมชน” เป็นคำที่เกิดจากการนำคำว่า “สิทธิ” กับ “ชุมชน” มาประกอบกัน โดยมีความหมายสื่อไปในทำนองว่า “ชุมชน” มี “สิทธิ...” อย่างไรก็ตาม ในทางนิติศาสตร์การอธิบายหรือให้ความหมายคำว่า “สิทธิชุมชน” กลับพบปัญหาสำคัญ 2 ประการ ประการที่หนึ่ง คือ การที่ “สิทธิชุมชน” จัดเป็นสิทธิประเภท “สิทธิเชิงกลุ่ม (Collective Rights)” ซึ่งเมื่อกล่าวถึง “สิทธิเชิงกลุ่ม” ก็ย่อมจะมีคำถามตามมาว่า “สิทธิเชิงกลุ่ม” คืออะไร แตกต่างกับ “สิทธิของปัจเจกบุคคล” อย่างไร ประการที่สอง คือ ปัญหาการกำหนดขอบเขตของ “ชุมชน” ในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิทางกฎหมายให้มีความชัดเจนเพียงพอที่จะระบุตัวของผู้ทรงสิทธิได้ จากปัญหาดังกล่าว ทำให้ในการอธิบายแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยสิทธิชุมชนในทางนิติศาสตร์จึงอาจเริ่มต้นจากการกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วย “สิทธิเชิงกลุ่ม” และ “ชุมชน” ก่อนจะเข้าสู่ข้อสรุปของงานวิจัยฉบับนี้ที่มีต่อ “ชุมชน” ในฐานะ “ผู้ทรงสิทธิทางกฎหมาย” ในลำดับถัดไป

3.1 แนวคิดว่าด้วยสิทธิเชิงกลุ่ม

“สิทธิเชิงกลุ่ม” เป็นรูปแบบของสิทธิประเภทหนึ่งที่มีผู้ทรงสิทธิเป็น “กลุ่มของปัจเจกบุคคล” การทำความเข้าใจถึงที่มาของ “สิทธิเชิงกลุ่ม” จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วย “สิทธิ” ก่อนเป็นลำดับแรก

“สิทธิ” เป็นประดิษฐกรรมทางสังคมและวัฒนธรรมของมนุษย์¹ ระบบความคิดเกี่ยวกับสิทธิจึงมีลักษณะเป็นพลวัตตามสังคม² ส่วนคำถามที่ว่า “สิทธิ” คืออะไร นั้น หนึ่งในคำอธิบายเกี่ยวกับสิทธิในทางนิติศาสตร์ที่ได้รับการยอมรับและเป็นข้อความคิดพื้นฐานสำหรับผู้ศึกษาสิทธิในทางนิติศาสตร์ คือ

¹ Miodrag A. Jovanović, *Collective Rights: A Legal Theory*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p.66.

² Karel Vasak อดีตผู้อำนวยการฝ่ายสิทธิมนุษยชนและสันติภาพของ UNESCO ใช้เกณฑ์พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ประกอบกับเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา แบ่งยุคของสิทธิมนุษยชนออกเป็น 3 ยุค ตามคำขวัญการปฏิวัติฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1798 ได้แก่ (1) ยุค “อิสระภาพ” เน้นคุณค่าเรื่อง อิสระภาพและเสรีภาพของมนุษย์ เป็นยุคเริ่มต้นของสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Right) (2) ยุค “ความเสมอภาค” มีการขยายคุณค่าของสิทธิไปสู่ “ความเสมอภาค” ทำให้เกิดการปรากฏตัวของสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (3) ยุค “ภราดรภาพ” เป็นยุคที่มุ่งสู่ความเป็น “ภราดรภาพ” ของมวลมนุษยในโลกหรือสิทธิในความสมานฉันท์ (Rights of Solidarity) ซึ่งเป็นความพยายามในการแก้ไขข้อบกพร่องของสิทธิมนุษยชนในยุคก่อนหน้านี้ที่เน้นสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิทางการเมืองบนฐานของปัจเจกชนนิยมเป็นหลัก มาสู่สิทธิที่วางอยู่บนฐานของกลุ่มหรือส่วนรวม (Collective Rights) มากขึ้น ซึ่งครอบคลุมตั้งแต่สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองในด้านเศรษฐกิจ การเมือง สังคมและวัฒนธรรม เช่น สิทธิในการพัฒนา สิทธิในการมีส่วนร่วมและได้รับประโยชน์จากมรดกร่วมของมนุษยชาติ สิทธิของชนกลุ่มน้อยที่จะสืบต่อวัฒนธรรมและวิถีชีวิตของตน และสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี เป็นต้น ที่มา International Commission of Jurist, *Development, Human Rights and the Rule of law*, (Oxford: Pergamon Press, 1981), p.148; Scott Davidson, *Human Right*, (Buckingham: Open University Press, 1993), p.44; วิฑิต มั่นตาธรรม, “สิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชน แสงสว่างจากความชุ่มมัว”, *วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 12, 2 (2530), หน้า 133. อ้างถึงใน จริฎ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556), หน้า 78-80.

คำอธิบายของ เวสลีย์ โฮเฟลด์ (Wesley Hohfeld) ในงานเขียน *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*³ โดย เวสลีย์ โฮเฟลด์ อธิบายความหมายของประโยค “X มีสิทธิ R” ว่าอาจมีความหมายอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้⁴

(1) X มีสิทธิเรียกร้อง (Claim Rights) R คือ การที่ Y (บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นใครก็ตาม) มีหน้าที่ (Duty) ให้ X กระทำ R หรืออีกนัยหนึ่งคือ X สามารถอ้างสิทธิที่จะ R ต่อ Y ได้ ซึ่งเป็นรูปแบบของสิทธิตามความเข้าใจทั่วไป ยกตัวอย่างกรณีสิทธิในที่ดิน เช่น การที่ X มีสิทธิเรียกร้องห้ามไม่ให้ Y (บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นใครก็ตาม) เข้ามาในที่ดินของ X

(2) X มีเอกสิทธิ์หรือเสรีภาพ (Privileges/Liberties) ใน R คือ การที่ X มีอิสระที่จะกระทำ R หรือไม่กระทำ R ก็ได้ และ Y (บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นใครก็ตาม) ไม่มีหน้าที่ใด ๆ ต่อ X ในการที่ X กระทำ R หรือไม่กระทำ R ยกตัวอย่างกรณีสิทธิในที่ดิน เช่น การที่ X มีเอกสิทธิ์หรือเสรีภาพที่จะใช้ประโยชน์ในที่ดินอย่างไรก็ได้

(3) X มีอำนาจ (Powers) ใน R คือ การที่ X สามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลง โอน R ได้อย่างอิสระ ยกตัวอย่างกรณีสิทธิในที่ดิน เช่น การที่ X มีอำนาจแก้ไข เปลี่ยนแปลง โอนสิทธิในที่ดินของ X

(4) X มีความคุ้มกัน (Immunities) ใน R คือ การที่ Y (บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นใครก็ตาม) ไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนสถานะทางกฎหมายของ X ที่มีสิทธิ R ได้ ยกตัวอย่างกรณีสิทธิในที่ดิน เช่น การที่ Y (บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นใครก็ตาม) ไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนสิทธิในที่ดินของ X ได้

แม้ทฤษฎีสิทธิของ เวสลีย์ โฮเฟลด์ ช่วยตอบคำถามว่า เมื่อกล่าวถึง “X มีสิทธิ R” มีความหมายอย่างไร แต่ยังไม่ได้ตอบคำถามว่าประดิษฐกรรมทางสังคมที่เรียกว่า “สิทธิ” เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายใด สำหรับคำตอบของคำถามข้างต้น ได้มีนักคิดหลายท่านที่ได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือแก่นของสิทธิไว้ โดยสามารถจัดกลุ่มทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิออกเป็น 2 กลุ่มหลัก ๆ ได้แก่ กลุ่มทฤษฎีตัวเลือก และกลุ่มทฤษฎีผลประโยชน์⁵ โดยมีรายละเอียดเบื้องต้น ดังนี้

(1) ทฤษฎีตัวเลือก (Choice/Will Theory of Rights) มีนักคิดคนสำคัญที่อยู่ในกลุ่มนี้ อาทิ จอห์น ออสติน (John Austin) เบิร์นฮาร์ด วินด์เซด (Bernhard Windscheid) เฮท แอล เอ ฮาร์ท (H.L.A. Hart)⁶ ทฤษฎีตัวเลือกมองว่า แก่นของสิทธิคือ การทำให้ปัจเจกบุคคลมีเสรีภาพในการเลือก⁷ ซึ่ง เฮท แอล เอ ฮาร์ท เรียกว่า เป็นอำนาจอธิปไตยในระดับปัจเจกบุคคล (“*Small-Scale Sovereign*”)⁸ วัตถุประสงค์

³ Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence : An Introduction to Legal Theory*, 3rd ed. (New York: Oxford University Press, 2012), p.233.

⁴ Ibid., p. 234.

⁵ Ibid.

⁶ Miodrag A. Jovanović, *Collective Rights: A Legal Theory*, p.67.

⁷ Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence : An Introduction to Legal Theory*, p.236.

⁸ H. L. A. Hart, “Legal Rights,” in *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, ed. H. L. A. Hart

หรือแก่นของสิทธิในมุมมองของทฤษฎีตัวเล็กลงจึงเน้นไปที่สิทธิในมิติของ Liberties และ Powers ตามคำอธิบายของ เวสลีย์ โฮเฟลด์⁹ ในแง่นี้อาจกล่าวได้ว่า สิทธิตามมุมมองของทฤษฎีตัวเล็กลงจะมีจุดเน้นไปที่สิทธิของปัจเจกบุคคลเป็นสำคัญ

(2) ทฤษฎีผลประโยชน์ (Interest Theory of Rights) มีนักคิดคนสำคัญที่อยู่ในกลุ่มนี้ อาทิ เจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) รูดอร์ฟ ฟอน เฮยริง (Rudolf Von Jhering) นีล แม็คคอร์มิค (Neil MacCormick) โจเซฟ ราช (Joseph Raz)¹⁰ ทฤษฎีผลประโยชน์มองว่า วัตถุประสงค์หรือแก่นของสิทธิคือประโยชน์ที่ผู้ทรงสิทธิจะได้รับ¹¹ หรืออีกนัยหนึ่งคือ สิทธิมีขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิ ดังนั้น ในมุมมองของทฤษฎีผลประโยชน์แล้ว สิทธิในการเลือกของปัจเจกบุคคลที่ทฤษฎีตัวเล็กลงมองว่าเป็นแก่นของสิทธิก็เป็นเพียงการสะท้อนผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิรูปแบบหนึ่งเท่านั้น¹² การที่ทฤษฎีผลประโยชน์มีจุดเน้นที่ผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิ โดยคำนึงถึงความสามารถในการเป็นผู้ทรงสิทธิเป็นสำคัญ จึงถือเป็นการเปิดพื้นที่ให้กับคำอธิบายที่ว่า ผู้ทรงสิทธิไม่จำเป็นต้องเป็นปัจเจกบุคคลเสมอไป ดังที่โจเซฟ ราช ให้ความเห็นไว้ว่า สิทธิบางประเภทก็มีความเชื่อมโยงกับวัฒนธรรมทางการเมือง และแม้โดยพื้นฐานจะเกี่ยวข้องโดยตรงกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลแต่ละรายก็ตาม แต่เมื่อปัจเจกบุคคลมารวมตัวกันในฐานะของกลุ่ม และผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นเป็นผลประโยชน์ของกลุ่มในลักษณะของทรัพย์สินร่วม (Common Goods) สิทธิที่เกิดขึ้นจึงเป็น “สิทธิเชิงกลุ่ม” ไม่ใช่ “สิทธิของปัจเจกบุคคล”¹³ คำอธิบายดังกล่าวได้เป็นฐานทางทฤษฎีให้กับ “ชุมชน” ในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิประเภท “สิทธิเชิงกลุ่ม”

“สิทธิเชิงกลุ่ม (Collective Rights)” คืออะไร ? มิโอดีเรก โจวานโนวิช (Miodrag Jovanovic) ศึกษางานของโจเซฟ ราช และสรุปว่า สำหรับ โจเซฟ ราช “สิทธิเชิงกลุ่ม” มีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ หนึ่ง “สิทธิเชิงกลุ่ม” เป็นสิทธิที่จะต้องสะท้อนผลประโยชน์ของกลุ่ม ซึ่งเป็นผลรวมของผลประโยชน์ของสมาชิกของกลุ่มในฐานะปัจเจกบุคคลแต่ละราย สอง “สิทธิเชิงกลุ่ม” เป็นสิทธิที่แยกออกมาจากผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลอย่างชัดเจน และ สาม “สิทธิเชิงกลุ่ม” ในการกำหนดเจตจำนงของตนเองมีคุณค่าในระดับเดียวกับสิทธิของปัจเจกบุคคล¹⁴

ส่วนองค์ประกอบของผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มนั้น อาวิไฮน์ มาร์กาไลท (Avishai Margalit) และโจเซฟ ราช ได้ร่วมกันเขียนบทความในชื่อ National Self-Determination อธิบายคุณลักษณะสำคัญของ

(Oxford: Clarendon Press, 1982), p.162-193. Cited in Alon Harel, “Theories of Rights,” in **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, eds. Martin P. Golding and William A. Edmundson (2005), p.194.

⁹ Ibid.

¹⁰ Miodrag A. Jovanović, **Collective Rights: A Legal Theory**, p.67.

¹¹ Raymond Wacks, **Understanding Jurisprudence : An Introduction to Legal Theory**, p.236.

¹² Alon Harel, “Theories of Rights,” in **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, p.195.

¹³ Joseph Raz, “Rights and Politics”, in **Indiana Law Journal**, 71, 1 (1995), p.27-44. Cited in Miodrag A. Jovanović, **Collective Rights: A Legal Theory**, p.78-79.

¹⁴ Ibid., p. 105.

“กลุ่ม” ที่จะถือเป็นผู้ทรงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (Self-Determination) ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของ “สิทธิเชิงกลุ่ม” จะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 6 ประการ ได้แก่ 1) กลุ่มในฐานะผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม จะต้องมีวิถีชีวิตที่เชื่อมโยงกันผ่านมิติทางวัฒนธรรม เช่น ภาษา ดนตรี อาหาร จารีตประเพณี ฯลฯ เป็นต้น 2) วัฒนธรรมได้หล่อหลอมให้สมาชิกของกลุ่มที่เติบโตมาภายใต้บริบทวัฒนธรรมนั้น ๆ ดำเนินวิถีชีวิตเป็นหนึ่งเดียวกับวัฒนธรรมของตนเป็นอัตลักษณ์เฉพาะของกลุ่ม 3) กลุ่มมีระบบระเบียบในการคัดกรองว่าใครจะได้รับการยอมรับเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มบ้าง 4) การได้รับเป็นสมาชิกของกลุ่มมีนัยสำคัญต่อการดำเนินวิถีชีวิตของปัจเจกชนแต่ละคน 5) การกำหนดว่าใครจะเป็นสมาชิกของกลุ่มบ้างจะต้องเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ ผ่านกระบวนการทางวัฒนธรรม และ 6) ขอบเขตสมาชิกของกลุ่มจะมีลักษณะพร่าเลือนไม่สามารถกำหนดได้ชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม ยังสามารถหาอัตลักษณ์ร่วมบางประการเพื่อเป็นจุดเกาะเกี่ยวได้¹⁵

จากคุณลักษณะสำคัญของ “กลุ่ม” ในฐานะผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มข้างต้น จะเห็นได้ว่า “สิทธิเชิงกลุ่ม” มีลักษณะที่สำคัญคือ จะต้องเป็นผู้ทรงสิทธิหรือประธานแห่งสิทธิเป็น “กลุ่ม” ของบุคคลเท่านั้น ไม่ใช่ “ปัจเจกบุคคล”

สำหรับคำถามที่ว่า ใครจะเป็นผู้ใช้สิทธิในนามของกลุ่มนั้น อัลเลน บูกานัน (Allen Buchanan) เห็นว่า การใช้สิทธิของกลุ่มสามารถใช้ด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งจากสองวิธี ดังนี้¹⁶

(1) ใช้ผ่านผู้แทนหรือตัวแทน โดยกลุ่มอาจมีกลไกในการหาฉันทมติร่วมกัน เช่น การตัดสินใจโดยเสียงข้างมาก หรือผ่านองค์กรที่เป็นกลไกในการใช้สิทธิในนามของกลุ่ม

(2) ใช้ผ่านปัจเจกบุคคล ซึ่งเป็นกรณีที่ปัจเจกบุคคลในฐานะสมาชิกของกลุ่มริเริ่มเรียกร้องสิทธิเชิงกลุ่มในนามของตนเอง เช่น สิทธิในการสื่อสารโดยใช้ภาษาของตนเอง สิทธิที่จะมีล่ามในกระบวนการพิจารณาของศาล เป็นต้น และแม้ว่าการใช้สิทธิดังกล่าวจะถูกใช้โดย “ปัจเจกบุคคล” ก็ตาม แต่หากพิจารณาจากผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากสิทธิดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าการใช้ภาษาก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อกลุ่มซึ่งประโยชน์ในระดับที่เหนือกว่าปัจเจกบุคคล ในแง่การพิจารณาว่าสิทธิใดเป็นสิทธิเชิงกลุ่มหรือไม่ จึงพิจารณาจากรูปแบบการใช้สิทธิเพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่ต้องพิจารณามติของผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นด้วย ว่าผลประโยชน์นั้นตกแก่ “ปัจเจกบุคคล” หรือ “กลุ่ม” เป็นหลักมากกว่ากัน¹⁷

ในทางปฏิบัติที่สะท้อนต่อ “กลุ่ม” ในฐานะที่เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล อาจมีความแตกต่างกันไปตามบริบทของสังคมในแต่ละประเทศ จากการศึกษาสิทธิการฟ้องคดีของกลุ่มของต่างประเทศสามารถนำมาจัดกลุ่มการยอมรับสิทธิการฟ้องคดีของกลุ่มโดยแบ่งตามประเภทของผู้ทรงสิทธิออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ด้วยกัน ดังนี้

¹⁵ Margalit, Avishai and Raz, Joseph, “National Self-Determination,” in *The Rights of Minority Cultures*, ed. Will Kymlicka (Oxford University Press, 1995), p.79-92. Cited in Ibid., p. 81-83.

¹⁶ Allen Buchanan, “Liberalism and Group Rights,” in *In Harm’s Way – Essays in Honor of Joel Feinberg*, eds. Jules L. Coleman and Allen Buchanan (Cambridge University Press, 1994), p.1-15. Cited in Ibid., p. 112.

¹⁷ Ibid., p. 118-119.

(1) ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิม ชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Peoples)¹⁸ เป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มที่มีตัวตนชัดเจนที่สุดในกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของหลาย ๆ ประเทศที่มีชนพื้นเมืองดั้งเดิม เช่น กลุ่มประเทศในทวีปอเมริกา ทวีปแอฟริกา ทวีปเอเชีย และทวีปออสเตรเลีย เป็นต้น¹⁹ ชนพื้นเมืองดั้งเดิมถือเป็นกลุ่มที่มีลักษณะเฉพาะ แตกต่างจาก “กลุ่ม” ประเภทอื่นชัดเจน ดังนั้น ในบทความวิจัยนี้ จึงจัดให้ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” เป็น “ชุมชนในความหมายอย่างแคบ”

(2) ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มเป็นกลุ่มอื่น ๆ นอกเหนือจากชนพื้นเมืองดั้งเดิม แม้ว่า เมื่อกล่าวถึง “สิทธิชุมชน” ภาพของ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มจะปรากฏออกมาเด่นชัดที่สุดก็ตาม แต่ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มไม่ได้มีเพียงชนพื้นเมืองดั้งเดิมเท่านั้น แต่ยังมีการรวมกลุ่มประเภทอื่น ๆ ที่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับกรอบการยอมรับทางกฎหมายของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ในที่นี้จึงอาจเรียกการรวมกลุ่มรูปแบบอื่น ๆ ที่เป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” นอกเหนือไปจาก “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ว่าเป็น “ชุมชนในความหมายอย่างกว้าง” และด้วยลักษณะที่หลากหลายของการรวมกลุ่มในประเภทนี้ ส่งผลให้การยอมรับสิทธิฟ้องคดีของกลุ่มอื่น ๆ หรือชุมชนในความหมายอย่างกว้างของแต่ละประเทศอาจมีความเคร่งครัดหรือยืดหยุ่นแตกต่างกัน²⁰

¹⁸ จะกล่าวถึงต่อไปในหัวข้อ 3.2.2 แนวคิดด้วยชุมชนในทางนิติศาสตร์

¹⁹ การยอมรับสิทธิการฟ้องคดีของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ถือเป็นรากฐานสำคัญที่พัฒนาไปสู่การยอมรับสิทธิของทรัพยากรธรรมชาติ อาทิ สิทธิของแม่น้ำ เป็นต้น เช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโคลอมเบียในคดี The Atrato River Case ซึ่งเป็นคดีแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญโคลอมเบียมีคำพิพากษารับรองสิทธิของแม่น้ำ Atrato และถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญที่ทำให้โคลอมเบียได้รับการยอมรับในฐานะหนึ่งในประเทศที่มีกระบวนการยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อมก้าวหน้าที่สุดแห่งหนึ่งของโลก (ที่มา Philipp Wesche, “Rights of Nature in Practice: A Case Study on the Impacts of the Colombian Atrato River Decision”, in *Journal of Environmental Law*, 33, 3 (November 2021), p.553.) ในคดีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญโคลอมเบียพิพากษารับรองให้แม่น้ำ Atrato พื้นที่ลุ่มน้ำ ตลอดจนลำน้ำสาขา ให้เป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย โดยให้รัฐบาลและชุมชนร่วมกันเป็นผู้พิทักษ์และเป็นตัวแทนในทางกฎหมายของแม่น้ำ (Legal Guardianship and Representation of the Rights of the River) โดยวางหลักว่า ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของชาวโคลอมเบีย ซึ่งนอกจากจะมีผลโดยตรงต่อความเป็นอยู่ที่ดีของมนุษย์แล้ว ยังเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับระบบนิเวศของโลกทั้งระบบ ด้วยเหตุนี้ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจึงเป็นสิ่งทรงคุณค่าในตัวเอง และมีความเชื่อมโยงเป็นพิเศษกับรัฐธรรมนูญโคลอมเบียที่มุ่งคุ้มครองความเป็นพหุวัฒนธรรมตลอดจนการสนับสนุนและปกป้องภูมิปัญญาของชนพื้นเมืองดั้งเดิม เมื่อปัจจุบันพื้นที่ลุ่มน้ำ Atrato มีความเสื่อมโทรมลงอย่างมาก กรณีจึงมีความจำเป็นที่ต้องตีความกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ โดยการรับรองสิทธิของลุ่มน้ำ Atrato ตามกระบวนการใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เรียกว่า “สิทธิทางชีววัฒนธรรม (Biocultural Rights)” (คำแปล The Atrato River Case เป็นภาษาอังกฤษโดย Thomas Swan, Erin Daly and James R. May, “Center for Social Justice Studies et al. v. Presidency of the Republic et al. Judgment T-622/16 Constitutional Court of Colombia (November 10, 2016),” [online] Available from : https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2016/20161125_T-62216_judgment.pdf [19 September 2023])

²⁰ เช่น กรณีของอิตาลี ศาลปกครองสูงสุดอิตาลี (The Consiglio di Stato) วางหลักเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องคดีขององค์กรหรือสมาคมเพื่อคุ้มครองประโยชน์เชิงกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมไว้สองประการด้วยกัน ได้แก่ 1. เหตุที่นำคดีมาฟ้องต่อศาลต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ขององค์กรหรือสมาคม 2. องค์กรหรือสมาคมนั้นต้องมีสถานะนิติบุคคลตามกฎหมาย ส่วนกลุ่มอื่น ๆ ที่ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล ศาลปกครองสูงสุดอิตาลีจะยอมรับสิทธิการฟ้องคดีของกลุ่มดังกล่าว ก็ต่อเมื่อมีการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า กลุ่มของผู้ฟ้องคดีมีความยึดโยงกับพื้นที่ที่พิพาทที่เกิดมลพิษทางสิ่งแวดล้อมอย่างเหนียวแน่นมั่นคง (ที่มา Viviana Molaschi, “Standing to Sue of Environmental Groups in Italy and in the United States of America”, in *Journal for European*

เมื่อการยอมรับสิทธิการฟ้องคดีในนามของ “ชุมชน” เป็นสิ่งที่สอดคล้องกับกระบวนการพิจารณา คดีปกครองของต่างประเทศในปัจจุบัน ปัญหาจึงอยู่ที่ว่า “ชุมชน” ในฐานะที่เป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 คือใคร มีลักษณะหรือขอบเขตอย่างไรบ้าง สามารถเทียบได้กับชุมชนในความหมายอย่างแคบ หรือชุมชนในความหมายอย่างกว้าง โดยจะพิจารณา ในหัวข้อถัดไป

3.2 แนวคิดว่าด้วยชุมชน

ปัจจุบันคำว่า “ชุมชน” เป็นคำที่ใช้กันอย่างแพร่หลายและเป็นที่คุ้นเคยในสังคมไทยกันดี พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายของคำว่า “ชุมชน” ว่า “*น. หมู่ชน, กลุ่ม คนที่อยู่รวมกันเป็นสังคมขนาดเล็ก อาศัยอยู่ในอาณาบริเวณเดียวกันและมีผลประโยชน์ร่วมกัน, ที่ที่มีคน อาศัยอยู่มาก เช่น ขับรถเข้าเขตชุมชนต้องชะลอความเร็ว*” อย่างไรก็ตาม การกำหนดขอบเขตของชุมชน ในฐานะผู้ทรงสิทธิในทางกฎหมายกลับไม่อาจทำได้โดยง่าย เนื่องจากโดยทั่วไปการกล่าวถึง “ชุมชน” ไม่ได้เรียกร่องขอบเขตของคำที่ชัดเจนนัก ในกรณีที่จะต้องระบุขอบเขตของชุมชนให้มีความชัดเจน ก็จะต้องอาศัยการกำหนดนิยามของ “ชุมชน” ขึ้นมาใหม่เพื่อใช้กับกรณีนั้น ๆ เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นวิธีที่ทำได้ง่าย กว่า การกำหนดนิยามทั่วไปของ “ชุมชน” ในฐานะเป็น “ผู้ทรงสิทธิทางกฎหมาย” ที่นอกจากจะต้องมี คุณลักษณะของชุมชนในความหมายทั่วไปแล้ว จะต้องต้องมีขอบเขตที่ชัดเจนเพียงพอที่จะระบุตัวตนได้ว่า ชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธินั้น ๆ จะนับรวมและไม่นับรวมใคร ไว้ในองค์ประธานแห่งสิทธิบ้าง

ด้วยเหตุนี้ การที่จะขีดเส้น “ชุมชน” ในฐานะ “ผู้ทรงสิทธิทางกฎหมาย” ได้ จึงต้องอาศัย องค์ความรู้เกี่ยวกับชุมชนในสาขามานุษยวิทยาซึ่งเป็นศาสตร์ที่ศึกษาชุมชนโดยตรง²¹ และสาขานิติศาสตร์ มาพิจารณาประกอบกัน²² การพิจารณาแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วย “ชุมชน” จึงเริ่มด้วยการนำเสนอชุมชน ในงานศึกษาทางมานุษยวิทยา และงานศึกษาชุมชนในทางนิติศาสตร์ ตามลำดับ

Environmental & Planning Law, 3, 1 (January 2006), p.54.) ในขณะที่ เยอรมนีจะมีการกำหนดผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลใน ลักษณะเคร่งครัด โดยกำหนดให้ผู้ที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองจะต้องแสดงให้เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีในฐานะปัจเจกบุคคลถูกละเมิด สิทธิอย่างไร ซึ่งในกรณีทั่วไปแล้ว ศาลปกครองเยอรมนีจะไม่ยอมรับการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อคุ้มครอง ประโยชน์ของบุคคลที่สาม อย่างไรก็ตาม ด้วยพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การมีส่วนร่วมสาธารณะในการ ตัดสินใจ และการเข้าถึงความยุติธรรมในคดีสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 1998 หรือ อนุสัญญาอาร์ฮุส (The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters 1998 - The Aarhus Convention) เยอรมนีได้ผ่อนคลายความเคร่งครัดเรื่องผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล โดยมีการยอมรับให้สมาคมหรือองค์กร พัฒนาเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะด้านสิ่งแวดล้อมได้ (ที่มา Marion ECKERTZ-HÖFER, “The Judicial Review of Administrative Decisions in Germany,” [online] Available from : https://www.bverwg.de/medien/pdf/rede_20100302_australian_national_conference.pdf [19 September 2023])

²¹ การศึกษาชุมชนเป็นหนึ่งในสาขาย่อยของมานุษยวิทยาวัฒนธรรมที่เรียกว่า “ชาติพันธุ์วิทยา” มีวิธีการศึกษาผ่านการวิจัย ภาคสนาม โดยผู้วิจัยจะนำกรอบแนวคิดทฤษฎีทางมานุษยวิทยามาทำความเข้าใจวิถีชีวิตตลอดจนระบบความคิดความเชื่อของชนกลุ่ม นั้น ที่มา ยศ สันตสมบัติ, *มนุษย์กับวัฒนธรรม*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 6.

²² Roscoe Pound นักคิดคนสำคัญของสำนักนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) เสนอว่า การร่าง กฎหมาย การตีความกฎหมาย และการใช้กฎหมาย จะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงทางสังคม (Social Facts) ประกอบกัน ที่มา อมร จันทรมบูรณ์, “สภาพวิชาการทางกฎหมายของประเทศไทย : สาเหตุแห่งความล้มเหลวของการปฏิรูปการเมือง ครั้งที่ 2 (หน้า 29)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1208> [28 มกราคม 2566]

3.2.1 แนวคิดว่าด้วยชุมชนในทางมานุษยวิทยา

จากการศึกษาความคิดเกี่ยวกับ “ชุมชน” ในมุมมองของมานุษยวิทยา²³ สามารถสรุปความหมายของชุมชนได้ว่า “ชุมชน” หมายถึง รูปแบบของการรวมกลุ่มรูปแบบหนึ่ง ที่มีการจัดองค์กรอย่างเป็นระบบ (มีการกำหนดบทบาทหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างคนในชุมชนหรือกลุ่มเดียวกัน) เพื่อสร้างอำนาจต่อรองกับกลุ่มอื่น ๆ ผ่านการนำเสนอตัวตนและอัตลักษณ์ของกลุ่ม โดยอาศัยทุนทางวัฒนธรรม อาทิ ประวัติศาสตร์ ภูมิปัญญา พิธีกรรม เป็นต้น

ส่วนในมิติความสามารถของชุมชนนั้น จากการศึกษานิยามของชุมชนในทางมานุษยวิทยาแล้ว สามารถนำมาจัดกลุ่มความสามารถของชุมชนออกเป็น 2 มิติ คือ

(1) มิติทางวัฒนธรรม: ชุมชนมีสิทธิในการดำรง สืบสาน ภาษา ความทรงจำร่วม ความเชื่อ พิธีกรรม ตลอดจนภูมิปัญญาอื่น ๆ (เพื่อสร้างอัตลักษณ์ของชุมชน)

(2) มิติทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม: ได้แก่ สิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะเกิดเมื่อชุมชนได้ทำหน้าที่ในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมควบคู่ไปด้วย

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาความสามารถของชุมชนในมิติทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม จะเห็นได้ว่า ระบบความคิดเกี่ยวกับสิทธิโดยเฉพาะสิทธิในทรัพย์สินของชุมชนอาจจะไม่ได้เป็นไปตามฐานคิดของกรรมสิทธิ์เสมอไป แต่อาจมีฐานคิดมาจากจารีตประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อมาในแต่ละท้องถิ่น ทำให้ระบบความคิดเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินของชุมชนอาจจะเกี่ยวพันแนบแน่นกับกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมของชุมชนก็ได้ เช่น แนวคิดเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะของชุมชนซึ่งเป็นหน้าที่ของคนในชุมชนที่ต้องร่วมกันดูแลรักษาเพื่อใช้ประโยชน์ มีผลต่อสิทธิในการบริหารจัดการทรัพยากรส่วนรวมของชุมชนที่อาจมีหลายสิทธิซ้อนกันอยู่ไม่ว่าจะเป็น สิทธิในการจัดการและการควบคุม (Right of Management and Control) สิทธิในการเข้าถึง (Rights of Access) โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการรับรองหรือออกเอกสารสิทธิตามกฎหมายหรือสิทธิผูกขาด (Exclusive Rights) แต่เพียงอย่างเดียว²⁴

²³ งานวิจัยฉบับนี้ศึกษา “ชุมชน” ในมุมมองของมานุษยวิทยาจากงานของศาสตราจารย์ ดร.อานันท์ กาญจนพันธ์ และศาสตราจารย์ ดร.ยศ สันตสมบัติ ที่มีมุมมองต่อ “ชุมชน” สอดคล้องกันว่า ความเป็นชุมชน คือ การสร้างและรักษาความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างคนในชุมชนด้วยกันหรือระหว่างชุมชนกับองค์กรภายนอกชุมชน เพื่อคงสิทธิการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรท่ามกลางบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ในปัจจุบันความเป็นชุมชนที่วางอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ทางสังคม ไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะความสัมพันธ์ทางโครงสร้างอีกต่อไป การทำความเข้าใจความเป็นชุมชนจึงจำเป็นต้องพิจารณาความเป็นชุมชนเพิ่มขึ้นในลักษณะที่เป็นพลวัต หรือเป็นกระบวนการในการปรับตัวและต่อสู้ของชุมชน การมองชุมชนในลักษณะดังกล่าวจะ เป็นการช่วยเปิดพื้นที่ทางสังคมและสร้างตัวตนของคนชายขอบผู้ไร้สิทธิ มากกว่าการมองชุมชนด้วยนิยามที่หยุดนิ่ง ผู้ศึกษาชุมชนจึงต้องพัฒนากรอบคิดเกี่ยวกับชุมชนที่สอดคล้องกับความซับซ้อนและความเปลี่ยนแปลงของสังคม เพื่อยืนยันถึงความหลากหลายทางวัฒนธรรมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของชนทุกกลุ่ม ที่มา อานันท์ กาญจนพันธ์, มิติชุมชน: วิถีคิดท้องถิ่นว่าด้วยสิทธิ อำนาจ และการจัดการทรัพยากร, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2544) และยศ สันตสมบัติ, “สิทธิชุมชนพัฒนาการและการปรับกระบวนการทัศน์ทางมานุษยวิทยา,” บทความนำเสนอในการประชุมประจำปีของศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร เรื่อง คนมองคน : นานาชีวิตในกระแสความเปลี่ยนแปลง (สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม, 2545)

²⁴ อานันท์ กาญจนพันธ์, วิถีคิดเชิงซ้อนในการวิจัยชุมชน พลวัตและศักยภาพของชุมชนในการพัฒนา, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2544), หน้า 117-123.

ลักษณะของวิธีคิดเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินของชุมชนดังกล่าว สะท้อนให้เห็นว่า สิทธิต่าง ๆ สามารถซ้อนทับกันได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิผูกขาดเสมอไป เช่น ป่าของรัฐ อาจเปิดให้ชุมชนท้องถิ่นที่เคยใช้ป่านั้นอยู่แล้วเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการป่าได้ ซึ่งการมองสิทธิในที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติว่าเป็นสิทธิในการจัดการและควบคุม หรือสิทธิในการเข้าถึง แทนที่จะเน้นถึงสิทธิความเป็นเจ้าของหรือสิทธิผูกขาดแต่เพียงอย่างเดียว นั้น นอกจากจะเป็นวิธีที่สอดคล้องกับวิถีชีวิตของชุมชนแล้ว ยังช่วยเปิดทางเลือกให้เกิดความเป็นธรรมในการจัดสรรทรัพยากรมากขึ้น²⁵

3.2.2 แนวคิดว่าด้วยชุมชนในทางนิติศาสตร์

ในทางนิติศาสตร์คำว่า “สิทธิชุมชน” สามารถสื่อความหมายได้ 2 นัย ได้แก่ นัยที่สื่อถึง “ชุมชน” ในฐานะที่เป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” และนัยที่สื่อถึงเนื้อหาของสิทธิชุมชนว่า “ชุมชน” มีสิทธิประการใดบ้าง ทั้งนี้ มีข้อพึงระวังว่า ในแต่ละสังคมอาจจะมีมุมมองต่อผู้ที่เป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” แตกต่างกันได้ โดยไม่จำเป็นว่า “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” จะต้องเป็น “ชุมชน” เสมอไป ขึ้นอยู่กับบริบททางสังคม ดังนั้น การศึกษาแนวคิดว่าด้วยชุมชนในทางนิติศาสตร์จึงอาจแบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 มิติ คือ มิติที่เป็นภาพรวมของการศึกษาชุมชนในทางนิติศาสตร์ และมิติของการศึกษาชุมชนของนักนิติศาสตร์ไทย

1) ภาพรวมของการศึกษาชุมชนในทางนิติศาสตร์

หากพิจารณา “ชุมชน” ในฐานะที่เป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จะพบว่าไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศฉบับใด กำหนดนิยามของ “สิทธิชุมชน” หรือรับรอง “สิทธิชุมชน” ในฐานะ “สิทธิเชิงกลุ่ม” ที่เป็นเอกเทศออกมาจากสิทธิของปัจเจกบุคคลโดยชัดแจ้ง ส่วนใหญ่จะบัญญัติถึงชุมชนไว้ในฐานะที่เป็นผลของการใช้สิทธิในการรวมกลุ่มของปัจเจกบุคคล หรือเป็นการกล่าวถึงชุมชนในฐานะกลไกหนึ่งในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยสามารถพบการกล่าวถึงชุมชนในลักษณะดังกล่าวได้ในตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม²⁶ เว้นแต่กรณีสิทธิของ

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 123-126.

²⁶ เช่น ข้อ 22 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา คริสต์ศักราช 1992 (ปฏิญญาริโอ) กำหนดว่า

“ชนพื้นเมืองดั้งเดิมและชุมชนของเขา รวมทั้งชุมชนท้องถิ่นอื่น ๆ (Indigenous People and Their Communities and Other Local Communities) มีบทบาทสำคัญในการจัดการและการพัฒนาสิ่งแวดล้อม เพราะเขามีความรู้และมีแนวปฏิบัติสืบทอดกันมา รัฐทั้งหลายควรจะต้องยอมรับ และให้การสนับสนุนอย่างเหมาะสมต่อเอกลักษณ์ วัฒนธรรม และประโยชน์ของพวกเขา รวมทั้งทำให้เขามีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อให้บรรลุถึงการพัฒนาที่ยั่งยืน”

ข้อ 8 อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ คริสต์ศักราช 1992 กำหนดว่า

“การอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติแต่ละภาคีจึงต้อง ดำเนินการดังต่อไปนี้ให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้และเท่าที่เหมาะสม...

(จ) ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายภายในประเทศ การให้ความเคารพ, สงวนรักษาและดำรงไว้ซึ่งความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและท้องถิ่น (Indigenous and Local Communities) ซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตที่สืบทอดมาตามประเพณี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืนและส่งเสริมการประยุกต์ใช้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ด้วยความเห็นชอบและการเข้าร่วมของผู้ทรงความรู้, เจ้าของประดิษฐ์กรรมและผู้ถือปฏิบัติอื่น ๆ และสนับสนุนการแบ่งปันอย่างเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์ความรู้, ประดิษฐ์กรรมและการถือปฏิบัติอื่น ๆ”

“ชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Peoples)” เท่านั้น ที่มีปณิธานสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples 2007) บัญญัติรับรองสิทธิเชิงกลุ่มของชนพื้นเมืองดั้งเดิมไว้เป็นการเฉพาะ²⁷ กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่า การศึกษา “ชุมชน” ในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มในทางนิติศาสตร์ มีจุดเริ่มต้นและศูนย์กลางของการศึกษาอยู่ที่ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม”²⁸

ปัจจุบันคำว่า “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ยังไม่มีนิยามที่เป็นที่ยุติ ทั้งนี้ ก็เนื่องมาจากความหลากหลายของชนพื้นเมืองดั้งเดิมทั่วโลกที่ทำให้ยากที่จะกำหนดนิยามให้ชัดเจนได้²⁹ อย่างไรก็ตาม ในเบื้องต้นสามารถแบ่งกลุ่ม นิยามของ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ด้วยกัน ได้แก่

(1) ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในความหมายอย่างแคบ ตามนิยามของ ดี เจ ราวินดรัน (D. J. Ravindran) และ มาร์ตินเชซ โคโบ (Martinez Cobo) ที่มองว่า ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะต้องมีคุณลักษณะ

คำแปลภาษาไทยจาก คินีจ ตรีบัวเอียม, ธีระวุฒิ เต็มสิริวัฒนกุล และ ธนาชัย สุนทรอนันตชัย, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2561), หน้า 24, 25-27.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า ง-จ.

²⁸ เหตุที่กล่าวว่า การศึกษา “ชุมชน” ในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มในทางนิติศาสตร์ มีจุดเริ่มต้นและศูนย์กลางของการศึกษาอยู่ที่ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” เป็นตามที่ได้กล่าวไปในตอนต้นของหัวข้อ 3.2.2. แล้วว่าในแต่ละสังคมอาจมีมุมมองต่อ “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” แตกต่างกันได้ขึ้นอยู่กับบริบททางสังคม เช่น สังคมไทยจะมีมุมมองต่อ “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” เป็น “ชุมชน” ในขณะที่บริบทของสังคมตะวันตกจะมีมุมมองต่อ “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” เป็น “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” โดยมีที่มาจากการรื้อฟื้นสิทธิในการรักษาอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมและความชอบธรรมในการเข้าถึงทรัพยากรของเหล่าชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่ต้องได้รับผลกระทบจากผู้ล่าอาณานิคม ประเทศที่มีชื่อเสียงโดดเด่นและเป็นที่ยอมรับว่าเป็นต้นแบบของการวางหลักกฎหมายในการคุ้มครองชนพื้นเมืองดั้งเดิมจึงได้แก่ กลุ่มประเทศในโลกใหม่อย่าง ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ประเทศในอเมริกาเหนือ และกลุ่มลาตินอเมริกา (ที่มา Jayantha Perera, “Introduction,” in *Land and Cultural Survival the Communal Land Rights of Indigenous Peoples in Asia*, ed. Jayantha Perera (Mandaluyong City, Philippines: Asian Development Bank, 2009), p.1.) ต่อมา สิทธิดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากองค์การสหประชาชาติในฐานะส่วนหนึ่งของกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2007 จึงได้มีการประกาศปณิธานสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ซึ่งเป็นตราสารระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมโดยตรง (ที่มา Ibid., p. 2-5.) ด้วยเหตุนี้ เอกสารที่เกี่ยวกับ “สิทธิเชิงกลุ่ม” โดยส่วนใหญ่ของต่างประเทศโดยเฉพาะในสังคมตะวันตกจึงกล่าวถึง “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” เท่านั้น การศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับ “สิทธิเชิงกลุ่ม” ของต่างประเทศจึงมีจุดเริ่มต้นและศูนย์กลางของการศึกษาอยู่ที่ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม”

สำหรับกรณีความเป็นมาของ “สิทธิชุมชน” (การกำหนดให้ “ชุมชน” เป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม”) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น ไม่ปรากฏในบันทึกการประชุมคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญว่า คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ นำแนวคิดเรื่องการรับรองสิทธิชุมชนมาจากที่ใด (ที่มา มนตรี รูปสุวรรณ, กาญจนารัตน์ สิริโรจน์, ฤทัย หงส์ศิริ, มานิตย์ จุมปา และ คมสันต์ โพธิ์คง, *เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542), หน้า 118-119.) อย่างไรก็ตาม เมื่อสำรวจงานเขียนด้านนิติศาสตร์ที่ออกมาช่วงก่อน ปี พ.ศ. 2540 พบว่า มีงานที่กล่าวถึงสิทธิชุมชนในทางกฎหมายไว้บ้างแล้ว เช่น “กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย” (พ.ศ. 2537) ของศาสตราจารย์ ดร.บรรศักดิ์ อุวรรณโณ หนึ่งในนักกฎหมายมหาชนคนสำคัญของไทย ซึ่งต่อมาได้เข้าไปมีบทบาทในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในตำแหน่งเลขานุการคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ

²⁹ Inter-Parliamentary Union (IPU), *Implementing the Un Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Handbook for Parliamentarians N° 23*, (Switzerland: Inter-Parliamentary Union, 2014), p.11.

ประกอบด้วย 1) ดำรงอยู่มาอย่างต่อเนื่องยาวนาน 2) ถูกรุกรานจากคนนอก 3) เป็นผู้ไร้อำนาจในรัฐสมัยใหม่ และ 4) ยังคงรักษาสืบสานอัตลักษณ์ วัฒนธรรม วิถีชีวิตของตนไว้³⁰ จากองค์ประกอบดังกล่าว ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในความหมายอย่างแคบ จึงหมายถึงเฉพาะชนพื้นเมืองดั้งเดิมในประเทศที่ผ่านการล่าอาณานิคมและปัจจุบันถูกปกครองโดยเชื้อสายของผู้ล่าอาณานิคม เช่น ประเทศในทวีปอเมริกา ทวีปออสเตรเลีย เป็นต้น

(2) ชนพื้นเมืองดั้งเดิมในความหมายอย่างกว้าง จะมีความหมายครอบคลุมถึงชนเผ่าและกลุ่มชาติพันธุ์ทั่วไปด้วย เนื่องจาก การให้นิยามชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่มีองค์ประกอบของการถูกรุกรานจากคนต่างถิ่น มีลักษณะเป็นมุมมองที่ให้น้ำหนักกับชุมชนที่ได้รับผลกระทบจากการล่าอาณานิคมของกลุ่มประเทศในยุโรปโดยตรงเท่านั้น การให้นิยามชนพื้นเมืองดั้งเดิมในลักษณะดังกล่าวจึงมีผลเป็นการละเลยชุมชนอื่น ๆ ที่ได้รับผลกระทบจากการถูกรุกรานจากอำนาจรัฐไปโดยปริยาย เช่น ปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นกับกลุ่มชาติพันธุ์ (Ethnic Group) ในทวีปแอฟริกา และเอเชียที่รัฐบังคับให้ชุมชนต้องละทิ้งถิ่นฐานเดิม ซึ่งถือเป็นกรณีที่ส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อการรักษาวิถีชีวิตดั้งเดิมของชุมชนให้คงไว้ เป็นต้น³¹

ด้วยเหตุนี้ การกล่าวถึง “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” จึงขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายของผู้ใช้ว่าต้องการให้ขอบเขตของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในบริบทนั้น ๆ มีความหมายกว้างหรือแคบเพียงใด อย่างไรก็ดี แม้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะนิยามแบ่งออกเป็นสองกลุ่มใหญ่ ๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้น แต่ไม่ได้หมายความว่า กลุ่มชนเผ่า กลุ่มชาติพันธุ์ ตามความหมายของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในความหมายอย่างกว้างจะมีสิทธิเสมอเท่ากับกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามความหมายอย่างแคบ เนื่องจาก การกำหนดนิยามดังกล่าวต่างมีบริบทและความมุ่งหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การที่ตราสารระหว่างประเทศได้รับรองสิทธิบางประการของชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามความหมายอย่างแคบไว้เป็นการเฉพาะ ก็เนื่องมาจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่ถูกรุกรานช่วงชิงสิทธิที่มีอยู่เดิมโดยผู้ล่าอาณานิคม ทำให้ต้องมีการคุ้มครองชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามความหมายอย่างแคบให้ยังคงมีสิทธิตามที่มียู่เดิม ซึ่งสิทธิที่ว่่านั้นอาจแตกต่างหรือพิเศษกว่าชนกลุ่มอื่น ๆ ในสังคมก็ได้³² ทั้งนี้ อาจมีการนำสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมตามตราสารระหว่างประเทศมาปรับใช้กับสิทธิของชนกลุ่มอื่น ๆ ได้ เว้นแต่ สิทธิบางประการที่เป็นสิทธิเฉพาะของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเท่านั้น³³

2) การศึกษาชุมชนของนักนิเวศศาสตร์ไทย

จากการสำรวจขอบเขตของ “ชุมชน” ในงานศึกษาทางนิเวศศาสตร์ไทย สามารถนำมาจัดกลุ่มความคิดเกี่ยวกับขอบเขตของ “ชุมชน” ออกเป็น 2 กลุ่มด้วยกัน ดังนี้

³⁰ สรุปลจาก คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, หน้า 31.

³¹ Ken S. Coates, *A Global History of Indigenous Peoples Struggle and Survival*, (London: Palgrave Macmillan, 2004), p.8.

³² คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, หน้า 45-46.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

(1) กลุ่มที่อธิบายการมีตัวตนของชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิชุมชน จากทฤษฎีนิติบุคคล โดยสภาพ (Organic Theory or Real Corporation Theory)³⁴ ของ ออตโต ฟอน เกียร์เคอ (Otto von Gierke)³⁵ ที่ได้ศึกษากฎหมายโรมันและค้นพบว่า กฎหมายโรมันและกฎหมายจารีตประเพณีของชนเผ่าเยอรมันได้ยอมรับให้การรวมตัวของบุคคลขึ้นเป็นชุมชนที่มีแบบแผนและจุดมุ่งหมายร่วมกันมีสถานะของบุคคลในฐานะที่เป็นบุคคลจริง ๆ โดยสภาพ ไม่ใช่บุคคลสมมุติ³⁶ งานศึกษากลุ่มนี้บุกเบิกโดย รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ ใน “สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน” ที่เสนอว่า “ชุมชน” ในฐานะ “ผู้ทรงสิทธิชุมชน” เกิดขึ้นจากการมารวมตัวกันของกลุ่มคนภายในอาณาบริเวณพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งโดยธรรมชาติ มีความเชื่อมโยงในด้านวิถีชีวิต วัฒนธรรม ความเชื่อ ความสนใจ หรือผลประโยชน์ร่วมกัน และมีความเหนียวแน่นในระดับที่สามารถแสดงเจตนาแทนกลุ่มให้เป็นที่รับรู้แก่คนที่อยู่นอกกลุ่มได้³⁷

(2) กลุ่มที่อธิบายการมีตัวตนของชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิชุมชน โดยนำแนวคิดทาง สังคมวิทยาและมานุษยวิทยาช่วยในการกำหนดขอบเขตของชุมชนตามแนวทางของสำนักนิติศาสตร์เชิง สังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence)³⁸ “ชุมชน” ในทัศนะของงานกลุ่มนี้ จะมีลักษณะเป็นผลผลิต

³⁴ ทฤษฎีเกี่ยวกับนิติบุคคล เป็นการพยายามหาคำอธิบายทางนิติศาสตร์ว่า “นิติบุคคล” เกิดขึ้นมาได้อย่างไร ซึ่งประกอบด้วยทฤษฎีหลัก 2 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ (Organic Theory or Real Corporation Theory) อธิบายว่า นิติบุคคลเป็นปรากฏการณ์ทางสังคมที่เกิดขึ้นจริง และทฤษฎีนิติบุคคลสมมุติ (Fiction Theory) อธิบายว่า นิติบุคคลเป็นหน่วยที่กฎหมายบัญญัติรับรองให้มีขึ้น (ที่มา วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**, (กรุงเทพฯ: อ่านกฎหมาย, 2564), หน้า 70-72.) งานศึกษา “ชุมชน” ทางนิติศาสตร์ไทยในกลุ่มนี้ ได้นำคำอธิบายของออตโต ฟอน เกียร์เคอ ผู้เสนอทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ มาอธิบายองค์ประกอบพื้นฐานของ “ชุมชน” เพื่อพิจารณาว่า “ชุมชน” นั้น ๆ มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะเป็นนิติบุคคลโดยสภาพหรือไม่

³⁵ เช่น กิตติศักดิ์ ปรกติ, **สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน**, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550) ; ชรรค์เพชร ขายทวีป, **ผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552 ; ศาสตรา วิริยาบุษย์, **อานนท์ ศรีบุญโรจน์, หทัยกาญจน์ กำเนิดเพชร และจริณท์ เศษสวารี, “สถานะทางกฎหมายกับการคุ้มครองสิทธิของชุมชน”**, **วารสารปาริชาติ มหาวิทยาลัยทักษิณ**, 27, 3 (2557) ; อุษณีย์ แผลมลัก, **สิทธิชุมชนในการฟ้องคดีแพ่งตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556 ; อรทัย อินติะไชยวงศ์, **สิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน: ศึกษาความเหมาะสมของการใช้ทฤษฎีของ Elinor Ostrom ในประเทศไทย**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560 ; ฐิติรัตน์ ยะอนันต์, **สิทธิชุมชน ในการมีส่วนร่วมบริหารจัดการการใช้และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

³⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, **สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน**, หน้า 26-27.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 98-99.

³⁸ เช่น บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร, **สิทธิในการจัดการทรัพยากรโดยชุมชน : ศึกษาเปรียบเทียบต่างประเทศกับประเทศไทย**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2552 ; ทัน ทองดี, **การนำหลักการเรื่องสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาปรับใช้กับการประมงชายฝั่งของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีชุมชนท้องถิ่นภาคใต้**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555 ; ภริชญา วีระสุโข, **“ยอมรับโทษ แต่ไม่ยอมรับผิด” นิติสำนึกว่าด้วยความยุติธรรมในสิทธิชุมชนของกลุ่มอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม บ้านกรูด-บางสะพาน จังหวัดประจวบคีรีขันธ์**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต (สหวิทยาการ) สาขาสหวิทยาการ วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558 ; คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, **รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**.

ของการรวมตัวกันของกลุ่มคนเพื่อสร้างอำนาจต่อรองกับรัฐหรือคนที่อยู่นอกกลุ่ม เพื่อรักษาวิถีชีวิตหรืออัตลักษณ์กลุ่มของตนให้ดำรงอยู่ต่อไปได้ในโลกสมัยใหม่ที่เทคโนโลยีเข้ามามีบทบาทสำคัญในชีวิตประจำวัน ทำให้พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ไม่ใช่องค์ประกอบของชุมชนที่จะขาดไม่ได้อีกต่อไป นอกจากนี้ การพิจารณาขอบเขตของชุมชนยังไม่มีองค์ประกอบที่ตายตัว เนื่องจากชุมชนมีลักษณะของความเป็นพลวัต มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เห็นได้จากคำอธิบายของรองศาสตราจารย์ ดร. คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ ที่อธิบายว่า “ชุมชน คือ กระบวนการ หรือยุทธวิธีที่เคลื่อนไหวในการนำเสนอตัวตน”³⁹ ดังนั้น ในการระบุตัวตนของชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิชุมชนของงานในกลุ่มนี้จึงมุ่งเน้นไปที่การพิจารณาจากอัตลักษณ์ของชุมชนนั้น ๆ เป็นสำคัญ

3.3 สรุปนิยามของ “ชุมชน” ในฐานะผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม

จากการสำรวจแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับชุมชนทั้งในทางมานุษยวิทยาและในทางนิติศาสตร์ ผู้เขียนเห็นว่า แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับชุมชนจากทั้งสองสาขาต่างมีจุดอ่อนและจุดแข็งในตัว กล่าวคือ แม้สาขามานุษยวิทยาจะมีจุดแข็งที่สามารถอธิบายภาพของชุมชนที่ใกล้เคียงกับสภาพความเป็นจริงมากที่สุด อย่างการมองชุมชนว่าเป็นแบบแผนในการสร้างอัตลักษณ์ของกลุ่มเพื่อให้เกิดอำนาจต่อรองกับคนที่อยู่นอกกลุ่ม ทั้งในมิติการกำหนดวิถีชีวิตของตน หรือการคงไว้ซึ่งสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเป็นพลวัตของชุมชนที่ไม่จำเป็นที่จะต้องยึดติดกับพื้นที่ทางภูมิศาสตร์เสมอไปก็ตาม แต่ในอีกด้านหนึ่งจะเห็นได้ว่า คำอธิบายข้างต้นยังไม่มีคำตอบเพียงพอสำหรับการนำมากำหนดเป็นขอบเขตของชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิชุมชนทางกฎหมายได้

ในขณะที่คำอธิบายเกี่ยวกับชุมชนในทางนิติศาสตร์ซึ่งให้ความสำคัญกับเขตแดนทางภูมิศาสตร์ และวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง แต่ไม่ได้ให้น้ำหนักกับมิติความสัมพันธ์ทางอำนาจมากนัก กลับให้ภาพของชุมชนที่ขาดความเป็นพลวัตและไร้ชีวิตชีวา ค่อยไปในลักษณะของการแบ่งเขตการปกครองหรือการจัดตั้งนิติบุคคลทำนองเดียวกับ “ชุมชนจัดตั้ง” มากกว่าจะเป็น “ชุมชน” ที่เกิดขึ้นตามกลไกการรวมกลุ่มทางสังคม แต่ก็มีข้อดีที่ทำให้ขอบเขตของชุมชนตามนิยามดังกล่าวมีความชัดเจน ซึ่งถือเป็นจุดแข็งที่สามารถนำมาระบุตัวตนของชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิทางกฎหมายให้มีความชัดเจนได้ไม่ยากนัก

โจทย์สำคัญของการกำหนดนิยามของ “ชุมชน” ในฐานะ “ผู้ทรงสิทธิทางกฎหมาย” จึงขึ้นอยู่กับว่า จะนำแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับชุมชนจากมานุษยวิทยาและนิติศาสตร์มาประสานเข้าด้วยกันอย่างไร จึงจะเกิดความสมดุล และได้ภาพของชุมชนที่ยังคงมีความเป็นพลวัตตามสภาพความเป็นจริงทางสังคมแต่ก็มีขอบเขตที่ชัดเจนเพียงพอที่จะกำหนดขอบเขตของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายได้ คำถามข้างต้นเป็นคำถามเดียวกับโจทย์ของสำนักนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา⁴⁰ ว่า จะทำอย่างไรจึงจะทำให้กฎหมายเป็น

³⁹ คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, หน้า 56.

⁴⁰ ศาสตราจารย์จรัญ โฆษณานันท์ อธิบายไว้ว่า ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence)

เครื่องมือที่ก้าวทันความเปลี่ยนแปลงของสังคมและสามารถสร้างดุลยภาพให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) ขึ้นได้⁴¹

ด้วยเหตุนี้ เมื่อแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับชุมชนในทางมานุษยวิทยามองว่า แก่นของชุมชน คือ การรวมตัวกันของกลุ่มคนเพื่อสร้างอำนาจต่อรองกับรัฐหรือคนที่อยู่นอกกลุ่ม เพื่อรักษาวิถีชีวิตหรืออัตลักษณ์กลุ่มของตน ในขณะที่แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับชุมชนในทางนิติศาสตร์เน้นเรื่องวัตถุประสงค์และความสามารถในการแสดงเจตนาต่อบุคคลภายนอกกลุ่ม ดังนั้น “ชุมชน” ในฐานะผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย จึงต้องประกอบด้วยคุณลักษณะของทั้งสองส่วน ดังนี้

(1) เป็นการรวมกลุ่มกันของปัจเจกบุคคลเป็นการทั่วไป ในลักษณะสืบเนื่องถาวร

(2) เป็นการรวมกลุ่มโดยมีความมุ่งหมายเพื่อรักษาวิถีชีวิตหรืออัตลักษณ์กลุ่ม (Group Identity) ของตนให้สามารถดำรงอยู่ต่อไปได้ โดยมีได้มีวัตถุประสงค์ในการรวมกลุ่มเพื่อดำเนินกิจการใดกิจการหนึ่งเป็นการเฉพาะ

(3) กลุ่มมีการจัดองค์กร ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบทางการหรือไม่เป็นทางการ ในระดับที่สามารถแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของชุมชน ต่อบุคคลภายนอกกลุ่มได้

สำหรับขอบเขตของ “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ซึ่งเป็นคำที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่ได้ถูกตัดออกไปในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิชุมชนที่กล่าวถึงเพียงคำว่า “ชุมชน” เท่านั้นก็ตาม แต่เมื่อ “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ได้กลายเป็นคำที่แพร่หลายและถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติสภาองค์กรชุมชน พ.ศ. 2551 กรณีจึงยังมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดขอบเขตของ “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ในความหมายทั่วไปด้วย เนื่องจาก คำว่า “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ต่างสะท้อนถึงลักษณะเฉพาะตัวของชุมชนบางประการที่สามารถนำมากำหนดเป็นประเภทแยกต่างหากเป็นการเฉพาะได้ และเมื่อ “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ต่างเป็นชุมชน ดังนั้น ชุมชนทั้ง 2 ประเภทจึงต้องมีองค์ประกอบพื้นฐานของการเป็นชุมชน และมีองค์ประกอบหรือคุณลักษณะเพิ่มเติมจากขอบเขตของ “ชุมชน” ทั่วไป คือ

เป็นทฤษฎีที่ “เน้นบทบาทความสัมพันธ์ของกฎหมายต่อสังคม อันเป็นการพิจารณาถึงเรื่องบทบาทหน้าที่ (Functional) หรือการทำงานของกฎหมายมากกว่าการสนใจกฎหมายในแง่ที่เป็นเนื้อหาสาระหรือเป็นนามธรรมลอย ๆ ทฤษฎีนี้เน้นเรื่องบทบาทของกฎหมายในการจัดระเบียบผลประโยชน์ของสังคม เน้นการศึกษาถึงวิธีการตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาสังคมต่าง ๆ โดยเฉพาะการสร้างกฎหมายเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือบรรดาประโยชน์ของสังคม” ที่มา จริญญา โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2558), หน้า 241.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 271-274.

“ชุมชนท้องถิ่น” หมายถึง “ชุมชน” ที่มีความยึดโยงกับเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

“ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” หมายถึง “ชุมชนท้องถิ่น” ที่ดำรงอยู่มาอย่างต่อเนื่องยาวนาน และยังคงรักษาสืบสานอัตลักษณ์ วัฒนธรรม และดำรงชีวิตด้วยวิถีดั้งเดิมของตนไว้ ซึ่งสามารถกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงได้ว่าหมายถึง กลุ่มชนเผ่าพื้นเมือง หรือกลุ่มชาติพันธุ์ อย่างเช่น กะเหรี่ยง คะฉิ่น ม้ง มานิ มอแกน เป็นต้น⁴²

ทั้งนี้ จากนิยามของ “ชุมชน” “ชุมชนท้องถิ่น” และ “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” ดังกล่าว สามารถสรุปได้ว่า “ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม” เป็นชุมชนที่เทียบเคียงได้กับ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” หรือ “ชุมชนในความหมายอย่างแคบ” ส่วน “ชุมชน” และ “ชุมชนท้องถิ่น” เป็นชุมชนที่เทียบเคียงได้กับกลุ่มอื่น ๆ หรือ “ชุมชนในความหมายอย่างกว้าง” ตามการจัดประเภทการยอมรับสิทธิการฟ้องคดีในนามของกลุ่มของต่างประเทศ

4. สิทธิชุมชนตามกฎหมายของต่างประเทศและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“สิทธิชุมชน” เริ่มปรากฏเป็นรูปธรรมผ่านบทบัญญัติของตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและด้านสิ่งแวดล้อมก่อน จากนั้นจึงเริ่มปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายภายในของบางประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นหนึ่งในนั้น โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองสิทธิชุมชนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญไว้สอดคล้องกับเนื้อหาของสิทธิชุมชนที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศ ดังนี้

4.1 สิทธิชุมชนตามตราระหว่างประเทศสำคัญ

การรับรอง “สิทธิเชิงกลุ่ม” เริ่มปรากฏในฐานะส่วนหนึ่งของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ⁴³ โดยปรากฏใน ข้อ 27 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)⁴⁴ ที่บัญญัติว่า

“ในรัฐทั้งหลายซึ่งมีชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ศาสนา หรือภาษาอยู่ บุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยดังกล่าวจะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในอันที่จะมีวัฒนธรรมของตนเอง หรือนับถือและประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของตนเอง หรือใช้ภาษาของตนเอง ภายในชุมชนร่วมกับ สมาชิกอื่น ๆ ของชนกลุ่มน้อยด้วยกัน”⁴⁵

⁴² ประเทศไทยมีกลุ่มชาติพันธุ์จำนวนทั้งสิ้น 60 กลุ่ม ที่มา ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน), “กลุ่มชาติพันธุ์ในประเทศไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://ethnicity.sac.or.th/database-ethnic> [13 กุมภาพันธ์ 2568]

⁴³ Miodrag A. Jovanović, *Collective Rights: A Legal Theory*, p.166.

⁴⁴ Ibid., p. 183.

⁴⁵ คำแปลโดย กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, “ICCPR กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/ICCPR.php> [21 ธันวาคม 2565]

บทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นหมุดหมายสำคัญที่มีการกล่าวถึง “สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง” ของกลุ่มชนที่เป็นชนกลุ่มน้อย⁴⁶ โดยได้รับรองให้สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของกลุ่มชนที่เป็นชนกลุ่มน้อย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ “สิทธิเชิงกลุ่ม” จะต้องมิสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองเป็นองค์ประกอบทางเนื้อหาของสิทธิด้วยเสมอ

ถัดมา ในปี ค.ศ. 1992 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลที่เป็นของชนกลุ่มน้อยระดับชาติหรือชาติพันธุ์ ศาสนา และภาษา ศาสนา ค.ศ. 1992 (Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities) ได้เน้นย้ำถึงความสำคัญของ “สิทธิเชิงกลุ่ม” ที่เป็น “สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง” ให้นักชนขึ้น⁴⁷

ต่อมา ในปี ค.ศ. 2007 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีการประกาศปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม เพื่อรับรองสิทธิเชิงกลุ่มของ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” เป็นการเฉพาะ โดยมีเนื้อหาครอบคลุมไปถึงสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมด้วย เนื่องจากวิถีชีวิตของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแยกขาดจากสภาพแวดล้อมที่พวกเขาอยู่อาศัยได้⁴⁸ ซึ่งเป็นผลมาจากอิทธิพลทางความคิดของกฎหมายสิ่งแวดล้อม⁴⁹ ที่เห็นพ้องต้องกันว่า พื้นที่ส่วนใหญ่ที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูงล้วนเป็นพื้นที่อยู่อาศัยของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่มีความหลากหลายทางวัฒนธรรมสูงเช่นเดียวกัน ภูมิปัญญาของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมต่อระบบนิเวศถือเป็นกลไกสำคัญในการรักษาความอุดมสมบูรณ์ของระบบนิเวศและคงไว้ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ ดังนั้น การคุ้มครองและรับรองสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมจึงเป็นการช่วยรักษาความหลากหลายทางชีวภาพอีกช่องทางหนึ่ง⁵⁰

⁴⁶ สิทธิชนของกลุ่มน้อย (Minorities Rights) อาจเป็นได้ทั้งสิทธิเชิงกลุ่มซึ่งมีผู้ทรงสิทธิเป็นกลุ่มชนที่เป็นชนกลุ่มน้อย และสิทธิของปัจเจกบุคคลที่เป็นชนกลุ่มน้อย โดยสามารถยกตัวอย่างได้ ดังนี้ 1. สิทธิของกลุ่มชนที่เป็นชนกลุ่มน้อย เช่น สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองของกลุ่มชนที่เป็นชนกลุ่มน้อย เป็นต้น 2. สิทธิของปัจเจกบุคคลที่เป็นชนกลุ่มน้อย เช่น สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกับกลุ่มคนส่วนใหญ่ในสังคม ไม่ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่เป็นสมาชิกของชนกลุ่มน้อย เป็นต้น ดังนั้น เมื่อมีการกล่าวถึงสิทธิของชนกลุ่มน้อยจึงต้องพิจารณาบริบทของเรื่องนั้น ๆ ประกอบด้วยเสมอว่าเป็นการกล่าวถึงสิทธิเชิงกลุ่มหรือสิทธิของปัจเจกบุคคล

⁴⁷ Patrick Thornberry, “The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations and Update,” in *Universal Minority Rights*, eds. Phillips and Rosas (Abo and London: Abo Akademi University for Human Rights, 1995), p.13-76. Cited in Miodrag A. Jovanović, *Collective Rights: A Legal Theory*, p.184.

⁴⁸ UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Special Rapporteur José R. Martínez Cobo, Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4; paras. 196-7. Cited in *Ibid.*, p. 92.

⁴⁹ หมุดหมายสำคัญของการปรากฏตัวของสิทธิชุมชนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมอยู่ที่การจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 (The Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment 1972) ณ เมือง สตอกโฮล์ม ต่อมา ในปี ค.ศ. 1992 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 (Rio Declaration on Environment and Development 1992) ณ เมือง ริโอ เดอ จาเนโร (ปฏิญญาริโอ) ได้วางหลักการสำคัญเกี่ยวกับการจัดการและการพัฒนาสิ่งแวดล้อม 26 หลักการ

⁵⁰ The OHCHR Regional Office for South-East Asia, “ชุดข้อมูลสำหรับชนพื้นเมือง (Guide for Indigenous People): แผ่นพับที่ 10 ชนพื้นเมืองและสิ่งแวดล้อม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://bangkok.ohchr.org/thailand/> [27 กุมภาพันธ์ 2566]

ทั้งนี้ สามารถสรุปสาระสำคัญของสิทธิชุมชนตามตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน และตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม ได้ดังนี้

(1) สิทธิชุมชนที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนจะมีเนื้อหาเน้นไปที่สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง เพื่อคุ้มครองให้กลุ่มของประชาชนที่เป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มไม่ว่าจะเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมหรือชุมชนสามารถเลือกวิถีการดำรงชีวิตของตนได้ไม่ว่าจะในมิติของเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม รวมถึงการได้รับการปฏิบัติในความแตกต่างด้วยความเคารพ

(2) สิทธิชุมชนที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมจะมีเนื้อหาเน้นไปที่สิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เพื่อคุ้มครองให้ชุมชนที่มีวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมที่มีความเกื้อหนุนต่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติสามารถทำหน้าที่ดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติควบคู่ไปกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

4.2 สิทธิการฟ้องคดีของชุมชนตามกฎหมายของต่างประเทศ

จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสิทธิการฟ้องคดีของชุมชนในต่างประเทศของประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกออกมาจากศาลยุติธรรม พบว่า มีอยู่ด้วยกัน 2 รูปแบบ คือ กรณีที่มีการรับรองสิทธิการฟ้องคดีของชุมชนในเชิงหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญของโคลอมเบีย (The Political Constitution of Colombia of 1991)⁵¹ และกรณีที่มีการรับรองสิทธิการ

⁵¹ รัฐธรรมนูญโคลอมเบีย

“มาตรา 7 รัฐรับรองและคุ้มครองความหลากหลายทางชาติพันธุ์และวัฒนธรรมของชาติ

มาตรา 72 มรดกทางวัฒนธรรมของชาติอยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐ มรดกทางโบราณคดีและทรัพยากรทางวัฒนธรรมอื่น ๆ ที่หล่อหลอมความเป็นเอกลักษณ์ของชาติ ไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ได้ ไม่อาจถูกยึดถือเป็นเจ้าของ และไม่อยู่ภายใต้บังคับของอายุความ จะต้องมิกฎหมายกำหนดวิธีการในการติดตามเอาคืนซึ่งมรดกเหล่านี้ จากเอกชนที่ถือครอง และจะต้องมีการกำหนดสิทธิพิเศษให้กลุ่มชาติพันธุ์ที่อยู่ในพื้นที่ที่มีคุณค่าทางโบราณคดี

มาตรา 79 บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าถึงและเพลิดเพลินกับสิ่งแวดล้อมที่ดี กฎหมายจะต้องรับประกันการมีส่วนร่วมของชุมชนในการตัดสินใจที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปกป้องความหลากหลายและความสมบูรณ์ของสิ่งแวดล้อม อนุรักษ์พื้นที่ที่มีความสำคัญทางนิเวศวิทยาเป็นพิเศษ และส่งเสริมการศึกษาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เหล่านี้

มาตรา 86 บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะขอความคุ้มครองทางกฎหมายต่อศาล ไม่ว่าจะในเวลาและสถานที่ใดก็ตาม โดยได้รับกระบวนการที่รวดเร็วและรวดเร็วไม่ว่าจะด้วยตนเองหรือโดยบุคคลใดก็ตามที่กระทำการในนามของตน เพื่อให้สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญของตนได้รับการคุ้มครองได้ทันทั่วทั้งจากความกลัวว่าสิทธิของตนดังกล่าวอาจถูกละเมิดหรือคุกคามโดยการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในการให้ความคุ้มครองดังกล่าว ศาลจะต้องมีคำสั่งคุ้มครองผู้ร้องจากกระทำหรือละเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเร็ว ทั้งนี้ คำสั่งคุ้มครองดังกล่าวอาจถูกโต้แย้งต่อศาลที่มีอำนาจได้และไม่ว่าจะในกรณีใด ๆ ก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาบททวนใหม่ได้...”

หมายเหตุ ผู้เขียนถอดความจากตัวบทซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษโดย constituteproject.org, “Colombia’s Constitution of 1991 with Amendments through 2015” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://constituteproject.org/countries/Americas/Colombia?lang=en> [5 มีนาคม 2566] ดังนี้

ฟ้องคดีของชุมชนไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น กฎหมายว่าด้วยการรับรองสิทธิในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เพื่อให้เป็นไปตามข้อบังคับของสหภาพยุโรป 2003/35/EC (Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz) : Environmental Appeals Act) ของเยอรมนี⁵² ซึ่งจะเห็นได้ว่า

“Article 7 The State recognizes and protects the ethnic and cultural diversity of the Colombian Nation.

Article 72 The nation’s cultural heritage is under the protection of the State. The archaeological heritage and other cultural resources that shaped the national identity belong to the nation and are inalienable, not subject to seizure, and are imprescriptible. An Act shall establish the mechanisms to restore control over them when they are in the hands of individuals and shall regulate the special rights that ethnic groups may enjoy when they occupy territories of archaeological wealth.

Article 79 Every individual has the right to enjoy a healthy environment. An Act shall guarantee the community’s participation in the decisions that may affect it.

It is the duty of the State to protect the diversity and integrity of the environment, to conserve the areas of special ecological importance, and to foster education for the achievement of these ends.

Article 86 Every individual may claim legal protection before the judge, at any time or place, through a preferential and summary proceeding, for himself/herself or by whoever acts in his/her name, the immediate protection of his/her fundamental constitutional rights when the individual fears the latter may be jeopardized or threatened by the action or omission of any public authority.

The protection shall consist of an order so that whoever solicits such protection may receive it by a judge enjoining others to act or refrain from acting. The order, which shall be implemented immediately, may be challenged before the competent judge, and in any case the latter may send it to the Constitutional Court for possible revision....”

⁵² กฎหมายว่าด้วยการรับรองสิทธิในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเพื่อให้เป็นไปตามข้อบังคับของสหภาพยุโรป 2003/35/EC

“มาตรา 2 การฟ้องคดีโดยสมาคม

(1) สมาคมเยอรมันหรือสมาคมต่างประเทศที่ได้รับการรับรองตามมาตรา 3 อาจฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาการปกครอง เพื่อดำเนินการคัดค้านคำตัดสินตามมาตรา 1 (1) ได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าสิทธิของตนถูกละเมิด หากสมาคม:

1. อ้างว่า ว่าการตัดสินใจหรือการละเว้นไม่ตัดสินใจตามมาตรา 1 (1) เป็นการละเมิดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การก่อตั้งสิทธิของบุคคล อย่างมีนัยสำคัญ

2. อ้างว่า การดำเนินการเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามข้อบังคับของสมาคมได้รับผลกระทบจากการตัดสินใจหรือการละเว้นไม่ตัดสินใจตามมาตรา 1 (1) และ

3. มีสิทธิเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจตามมาตรา 1 (1) ตามที่กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ บัญญัติ แต่ไม่ได้รับโอกาสนั้น

(2) สมาคมที่ไม่ได้รับการรับรองตามมาตรา 3 อาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองตาม (1) ได้ หาก:

1. มีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ในการรับรอง ณ วันที่ยื่นฟ้อง

2. ได้ยื่นขอการรับรองแล้ว และ

3. อยู่ระหว่างการพิจารณารับรอง โดยมีเหตุมาจากการความบกพร่องของสมาคม

ทั้งนี้ จนกว่าจะมีคำสั่งปฏิเสธคำขอให้รับรองสมาคม ความข้อนี้ใช้กับสมาคมต่างประเทศด้วย...”

หมายเหตุ ผู้เขียนถอดความจากตัวบทซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษโดย Federal Ministry for the Environment Nature Conservation Nuclear Safety and Consumer Protection (BMUV), “Act Concerning Supplemental Provisions

ประเทศไทยมีการรับรองสิทธิชุมชนในลักษณะเดียวกันกับกรณีของประเทศโคลอมเบีย คือ มีการรับรองสิทธิชุมชน (รวมถึงสิทธิการฟ้องคดีของชุมชน)⁵³ ในเชิงของหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการเพื่อคุ้มครองสิทธิของชุมชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ มีหน้าที่ในการวินิจฉัยเพื่อวางหลักกฎหมายให้สิทธิชุมชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีผลบังคับในทางปฏิบัติ

4.3 เนื้อหาสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

on Appeals in Environmental Matters Pursuant to EC Directive 2003/35/EC (Environmental Appeals Act),” [online] Available from : <https://www.bmu.de/en/law/act-concerning-supplemental-provisions-on-appeals-in-environmental-matters-pursuant-to-ec-directive-2003-35-ec-environmental-appeals-act> [19 September 2023] ดังนี้

“Article 2 Appeals by associations

(1) A German or foreign association that is recognized pursuant to Article 3 may, without having to assert that its own rights have been violated, file appeals in accordance with the Rules of Procedure of the Administrative Courts against a decision pursuant to Article 1 paragraph (1), first sentence or failure to take such a decision if the association:

1. Asserts that a decision pursuant to Article 1 paragraph (1), first sentence or failure to take such a decision violates statutory provisions that protect the environment, establish individual rights, and could be of importance for the decision;

2. Asserts that promotion of the objectives of environmental protection in accordance with its field of activity as defined in its bylaws is affected by the decision pursuant to Article 1 paragraph (1), first sentence or failure to take such a decision; and

3. Was entitled to participate in a procedure under Article 1 paragraph (1) and expressed itself in that matter according to the applicable statutory provisions or, contrary to the applicable statutory provisions, was not given an opportunity to express itself...”

(2) An association that is not recognized pursuant to Article 3 may file an appeal pursuant to paragraph (1) only if:

1. It fulfils the requirements for recognition at the time the appeal is filed;

2. It has applied for recognition; and

3. A decision regarding recognition has not yet been made for reasons for which the association is not responsible.

The requirements of number 3 are considered to have been fulfilled by a foreign association. The appeal is no longer admissible when a decision denying recognition becomes final.”

⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 41 บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ

(3) ฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

“มาตรา 46 บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ หรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

พุทธศักราช 2550⁵⁵ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560⁵⁶ รับรองสิทธิชุมชนในเชิงเนื้อหาไว้สอดคล้องกับตราสารระหว่างประเทศ 2 ประการ ได้แก่

1. สิทธิในการอนุรักษ์ พื้นฟู หรือส่งเสริมภูมิปัญญา ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีตประเพณี หรืออีกนัยหนึ่งคือ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง ซึ่งเป็นสิทธิที่มาพร้อมกับการเกิดขึ้นของชุมชน

2. สิทธิในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในสิ่งแวดล้อม โดยมีฐานคิดมาจากกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่ให้ความสำคัญกับบทบาทของชุมชนที่ดำรงวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมมีความเกี่ยวพันต่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติ บทบาทหน้าที่ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความชอบธรรม (Legitimate) ในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ และนำไปสู่การสถาปนาสิทธิทางกฎหมายขึ้น (Legality) เพื่อคุ้มครองให้ชุมชนที่มีลักษณะดังกล่าวสามารถทำหน้าที่ดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติต่อไปได้ ในแง่นี้ ชุมชนใดจะมีสิทธิในการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมหรือไม่ หรือมีมากน้อยเพียงใด จึงสัมพันธ์กับบทบาทในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติของชุมชนนั้น ๆ

5. บรรทัดฐานในการวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศ

จากการศึกษาคำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของศาลปกครองต่างประเทศ ศาลอื่นในประเทศที่ไม่มีศาลปกครอง และองค์กรระงับข้อพิพาทระดับเหนือรัฐ⁵⁷ พบว่า “ชุมชน” ไม่ว่าจะเป็น “ชุมชนในความหมายอย่างแคบ” หรือ “ชุมชนในความหมายอย่างกว้าง” ก็ตาม สามารถใช้สิทธิทางศาลได้โดยการมอบหมายให้ปัจเจกบุคคล และ/หรือนิติบุคคล ที่เป็นตัวแทนหรือผู้แทนของชุมชน นำคดีไปฟ้องต่อ

⁵⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

“มาตรา 66 บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน”

⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 43 บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ

(1) อนุรักษ์ พื้นฟู หรือส่งเสริมภูมิปัญญา ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีตประเพณีอันดีงามทั้งของท้องถิ่น และของชาติ

(2) จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ...”

⁵⁷ เช่น ศาลปกครองสูงสุดโคลอมเบีย (Consejo de Estado) ศาลปกครองสูงสุดฟินแลนด์ (The Supreme Administrative Court of Finland) ศาลปกครองเบอร์ลิน (Administrative Court of Berlin) ศาลสูงสุดไนจีเรีย (Supreme Court of Nigeria) ศาลสูงสุดแคนาดา (Supreme Court of Canada) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Human Rights Committee) ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Commission on Human Rights) คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนและกลุ่มชนแห่งทวีปแอฟริกา (African Commission on Human and Peoples' Rights) เป็นต้น

ศาลในนามของชุมชนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของชุมชนซึ่งเป็นสิทธิเชิงกลุ่ม⁵⁸ สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามที่นำเสนอไว้ในหัวข้อที่ 3

สำหรับในส่วนของการวินิจฉัยในประเด็นเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิชุมชนศาลต่างประเทศวางบรรทัดฐานไว้ว่า ชุมชนทุกชุมชนย่อมมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง ส่วนชุมชนใดจะเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมหรือไม่ ชุมชนนั้น ๆ จะต้องแสดงให้เห็นว่า ตัวชุมชนมีวิถีชีวิตและวัฒนธรรมที่ยึดโยงกับที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติดั้งเดิมที่ชุมชนยกขึ้นอ้างอย่างมีนัยสำคัญอย่างไร โดยต้องแสดงให้เห็นว่า การที่ชุมชนได้ครอบครองและใช้ประโยชน์ในที่ดิน ดินแดน หรือทรัพยากรตามจารีตประเพณีมีความสำคัญในระดับที่เป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของชุมชน เป็นอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรม จิตวิญญาณ และมีผลต่อความอยู่รอดทางเศรษฐกิจของชุมชน ซึ่งในกรณีที่ชุมชนใดไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ถึงความเชื่อมโยงระหว่างอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมของตนกับที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติดั้งเดิมที่ชุมชนยกขึ้นอ้างอย่างมีนัยสำคัญแล้ว ชุมชนนั้นย่อมไม่ถือเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม การได้รับการยอมรับจากเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมกลุ่มอื่นที่อยู่บริเวณใกล้เคียงและเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมก็ถือว่าเพียงพอแล้วสำหรับการจะได้รับการยอมรับจากรัฐในฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าว⁵⁹

ส่วนระดับความเข้มข้นของสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติตามจารีตประเพณีของชุมชนนั้น สิทธิดังกล่าว ถือเป็นสิทธิในระดับเดียวกับสิทธิประเภทกรรมสิทธิ์ การที่รัฐจะเปลี่ยนแปลงสถานะของสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมจึงต้องทำโดยได้รับความยินยอมหรือมีการชดเชยความเสียหายที่เหมาะสม ผ่านกระบวนการให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจต่อการดำเนินกิจการใด ๆ ก็ตามที่อาจส่งผลกระทบต่อชุมชน⁶⁰

⁵⁸ เช่น Combeima River case of September 14, 2020 โดย Consejo de Estado, ECLI:FI:KHO:2019:90 โดย The Supreme Administrative Court of Finland, (B.U.N.D.) e.V. v. Minister for Commerce and Labor on behalf of Federal Republic of Germany โดย Administrative Court of Berlin, Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, โดย Supreme Court of Canada, Sagong Bin Tasi & Ors v. Kerajaan Negeri Selangor & Ors โดย Malaysia, High Court of Malaya, Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua โดย Inter-American Court of Human Rights เป็นต้น

⁵⁹ เช่น Hopu and Bessert v. France, Communication No. 549/1993 (29 July 1997) โดย Human Rights Committee, Diergaardt et al. v. Namibia, Communication No. 760/1997 (25 July 2000) โดย Human Rights Committee, Case of the Moiwana Community v. Suriname, Series C No. 124 (15 June 2005) โดย Inter-American Court of Human Rights

⁶⁰ เช่น Mary and Carrie Dann v. United States, Case No. 11. 140, Report No. 75/02 (27 December 2002) โดย Inter-American Commission on Human Rights, Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay, Series C No. 125 (17 July 2005) โดย Inter-American Court of Human Rights, Centre for Minority Rights in Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, Communication No. 276/2003 (4 February 2010) โดย African Commission on Human and Peoples' Rights

นอกจากนี้ การนำที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติของชุมชนไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อรัฐแสดงให้เห็นว่าการตัดสินใจของรัฐดังกล่าว 1) ผ่านการปรึกษาหารือร่วมกับชุมชนแล้ว 2) มีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะที่เป็นรูปธรรม และ 3) นำไปใช้ประโยชน์ในขอบเขตของวัตถุประสงค์ที่ตกลงกับชุมชน ดังนั้น การนำที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติไปให้สัมปทานแก่เอกชนหรือนำไปใช้ในการดำเนินการสาธารณะอื่น ๆ โดยไม่ได้ปรึกษาหารือร่วมกับชุมชน และไม่ได้รับความยินยอมจากชุมชน จึงถือเป็นการละเมิดสิทธิในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจของชุมชน ละเมิดสิทธิในสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และละเมิดสิทธิในวัฒนธรรม ชุมชนที่ต้องสูญเสียสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติตามจารีตประเพณีโดยไม่เต็มใจ จึงมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนหรือต้องได้รับการจัดสรรพื้นที่ใหม่ที่ไม่ต่างจากเดิมมากนัก⁶¹

สำหรับการพิจารณาชดเชยความเสียหายให้ชุมชน จะพิจารณาจากการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ว่าชุมชนยังมีการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ดั้งเดิมตามจารีตประเพณีดั้งเดิมอยู่หรือไม่ ในกรณีที่ปรากฏว่าชุมชนไม่ได้มีการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ดังกล่าวตามจารีตประเพณี หรือใช้ประโยชน์ได้เพียงเล็กน้อย เนื่องจากปัจจัยคุกคามจากภายนอก เช่น ชุมชนสูญเสียสิทธิในการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์ในที่ดินตามจารีตประเพณีโดยไม่เต็มใจ ก็ย่อมต้องถือว่าชุมชนยังคงมีสิทธิในการได้รับการชดเชยความเสียหายอยู่จนกว่าภัยคุกคามหรืออุปสรรคนั้นจะหมดไป โดยชุมชนมีสิทธิได้รับการคุ้มครองสิทธิของชุมชนดังกล่าวผ่านองค์กรตุลาการที่เป็นอิสระ⁶²

6. ปัญหาการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญของศาลปกครอง

จากการสืบค้นคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดของปี พ.ศ. 2544 ถึง ธันวาคม พ.ศ. 2566 พบคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่มีการยกสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคำฟ้อง จำนวน 55 คำวินิจฉัย ในจำนวนนี้สามารถนำมาจัดกลุ่มโดยแบ่งตามประเด็นที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิชุมชนออกเป็น 2 กลุ่มด้วยกัน ได้แก่ 1) กลุ่มของคำวินิจฉัยที่มีประเด็นเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁶³ และ 2) กลุ่มของ

⁶¹ เช่น Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, 2014 SCC 44 (26 June 2014) โดย Supreme Court of Canada, Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador, Series C No. 245 (27 June 2012) โดย Inter-American Court of Human Rights, Ecuador contra Arco Oriente, in case No. 994-99-RA (16 March 2000) โดย Constitutional Court of Ecuador

⁶² เช่น Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, Series C No. 146 (29 March 2006) โดย Inter-American Court of Human Rights

⁶³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 247/2552, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 726/2555, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 31/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 157/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 444/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 896/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 897/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 898/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 899/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 900/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 19/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 48/2557, คำพิพากษา

คำวินิจฉัยที่ศาลวินิจฉัยว่าไม่ใช่การฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁶⁴ ทั้งนี้ จากการศึกษาคำวินิจฉัยดังกล่าว พบว่ามีประเด็นปัญหาที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ 1) ปัญหาในการพิจารณาว่าคดีใดจะถือเป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และ 2) ปัญหาการวินิจฉัยประเด็นเนื้อหาของสิทธิชุมชน อันได้แก่ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง และสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยมีรายละเอียดในเชิงเปรียบเทียบ คำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศ ดังนี้

6.1 ปัญหาในการพิจารณาว่าคดีใดจะถือเป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

จากการศึกษาคำวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศ พบว่า ในภาพรวม ศาลต่างประเทศ และองค์กรระดับข้อพิพาทระดับเหนือรัฐ ได้วินิจฉัยวางหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสิทธิการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชน (สิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม) โดยยอมรับว่า “ชุมชน” ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มสามารถใช้สิทธิทางศาลได้ โดยการมอบหมายให้ปัจเจกบุคคล และ/หรือ นิติบุคคล ที่เป็นตัวแทนหรือผู้แทนของชุมชน นำคดีไปฟ้องต่อศาลในนามของชุมชนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของชุมชน อย่างไรก็ตาม ในแต่ละประเทศจะมีมุมมองต่อลักษณะและขอบเขตของ “ชุมชน” ที่จะถือว่าเป็น “ผู้ทรงสิทธิชุมชน” แตกต่างกันไปตามบริบทของสังคม สำหรับกรณีของศาลปกครองไทย ในภาพรวมดูเหมือนศาลปกครองสูงสุดจะวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของชุมชน ในมิติของการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล ในลักษณะเปิดกว้างสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศว่า ชุมชนในฐานะผู้ทรงสิทธิชุมชนทางกฎหมายอาจจะเป็นการรวมตัวกันโดยสภาพทางภูมิศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และประเพณีที่สมาชิกในชุมชนมีส่วนร่วม โดยไม่จำเป็นต้องจะต้องจดทะเบียนตามกฎหมาย⁶⁵ เพียงแต่การรวมกลุ่มที่จะถือว่าเป็นชุมชนนั้น อย่างน้อยจะต้องเป็นหมู่คณะของบุคคลที่เป็นองค์กรรวม⁶⁶ และเป็นไปเพื่อ

ศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 472/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 35/2558, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 297/2560, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 248/2560, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 1/2560, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 4/2561, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 884/2564

⁶⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 447/2556, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 70/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 399/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 409/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 411/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 450/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 452/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 517/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 523/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 540/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 671/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 677/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 692/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 945/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 947/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 30/2558, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 14/2558, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 520/2559, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 39/2559, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 134/2564 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 7/2566

⁶⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 884/2564

⁶⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 70/2556

ประโยชน์โดยรวมของชุมชน⁶⁷ มิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตนของปัจเจกบุคคล⁶⁸ ทั้งนี้ ผู้ที่นำคดีมาฟ้องต่อศาลอาจเป็นตัวแทนของชุมชนหรือได้รับมอบหมายจากชุมชนก็ได้⁶⁹ แต่หากพิจารณาถึงกลไกไปนรยละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่า ประเด็นสิทธิการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในศาลปกครองไทย ยังมีปัญหาความไม่ชัดเจนว่า “ชุมชน” ที่จะถือเป็น “ผู้ทรงสิทธิชุมชน” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คือใคร มีขอบเขต ลักษณะ หรือองค์ประกอบอย่างไร เห็นได้จาก กรณีของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 247/2552 ที่ศาลวินิจฉัยให้การฟ้องคดีของ “คณะบุคคล” ที่รวมกลุ่มกันเป็น “ชมรม” เป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยศาลนำวัตถุประสงค์ของ “ชมรม” มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา หากแต่เป็นกรณีที่กลุ่มของประชาชนนำคดีมาฟ้องต่อศาล ศาลจะนำภูมิสำเนาของผู้ฟ้องคดีมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา โดยจะถือว่าผู้ฟ้องคดีมีภูมิสำเนาและประกอบอาชีพอยู่ในพื้นที่ที่พิพาทหรือไม่ หากข้อเท็จจริงพอจะรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีมีภูมิสำเนาและประกอบอาชีพอยู่ในพื้นที่ที่มีเหตุพิพาทแล้ว ศาลจะถือว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือได้รับผลกระทบโดยตรงและมากเป็นพิเศษกว่าบุคคลทั่วไปที่มีได้อยู่อาศัยหรือประกอบอาชีพในพื้นที่นั้น และถือว่าผู้ฟ้องคดีมีสิทธิมีส่วนร่วมในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และถือเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายที่มีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁷⁰ ในขณะที่ล่าสุด ศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 7/2566 (ประชุมใหญ่) ได้เพิ่มความเคร่งครัดเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมากยิ่งขึ้น โดยมีคำวินิจฉัยโดยสรุปว่า ข้อเท็จจริงในคดียังไม่ปรากฏเหตุเพียงพอที่อาจรับฟังได้ว่าการฟ้องคดีของกลุ่มผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นการรวมตัวกันของประชาชนในนาม “กลุ่มอนุรักษ์และฟื้นฟูผืนน้ำลำพะเนียง” เป็นการใช้สิทธิชุมชนเพื่อปกป้องคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพียงแต่เป็นที่น่าเสียดายที่ในคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่ได้มีการอธิบายขยายความการใช้สิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับชุมชนตามรัฐธรรมนูญไว้ ว่าการฟ้องคดีที่จะถือเป็นการใช้สิทธิชุมชนเพื่อปกป้องคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และการใช้สิทธิฟ้องคดีในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่มที่ไม่ใช่การใช้สิทธิฟ้องคดีในฐานะปัจเจกบุคคล จะต้องมิลักษณะหรือองค์ประกอบอย่างไรบ้าง

⁶⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 247/2552

⁶⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 399/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 409/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 411/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 450/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 452/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 517/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 523/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 540/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 671/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 677/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 692/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 945/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 947/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 30/2558, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 520/2559, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 134/2564

⁶⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 884/2564

⁷⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 31/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 157/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 444/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 896/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 897/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 898/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 899/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 900/2556, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 8/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 19/2557, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 48/2557 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 35/2558

6.2 ปัญหาการวินิจฉัยประเด็นเนื้อหาของสิทธิชุมชน

สำหรับปัญหาการวินิจฉัยประเด็นเนื้อหาของสิทธิชุมชน สามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็นย่อย ได้แก่ หนึ่ง สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง สอง สิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

1. สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง คือ การที่ชุมชนมีสิทธิตัดสินใจในการกำหนดอัตลักษณ์หรือสมาชิกภาพที่สอดคล้องตามจารีตและประเพณีของตน ซึ่งรวมถึงการฟื้นฟู ใช้ พัฒนาและถ่ายทอดประวัติศาสตร์ ภาษา ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม มุขปาฐะ ประเพณี และวรรณกรรมของชุมชนให้คงอยู่ต่อไป เป็นต้น ซึ่งมีโน้ตชนทางวัฒนธรรมของชุมชนดังกล่าวอาจมีความขัดแย้งกับสถานที่หรือพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งหรือไม่ก็ได้ ปัจจุบันข้อพิพาทเกี่ยวกับการแสดงออกทางอัตลักษณ์วัฒนธรรมโดยตรงมักจะเกิดขึ้นในรัฐเสรีประชาธิปไตย ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองของชุมชนที่พบในศาลปกครองของไทยโดยส่วนใหญ่จึงเป็นกรณีที่มีความเกี่ยวพันกับสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะในกรณีที่อัตลักษณ์ของชุมชนมีความขัดแย้งกับทรัพยากร ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างแนบแน่นไม่สามารถแยกออกจากกันได้ โดยสามารถแบ่งประเภทของข้อพิพาทดังกล่าวตามลักษณะของข้อพิพาทออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) ข้อพิพาทที่เกิดจากการที่ฝ่ายปกครองได้ตัดสินใจให้มีการดำเนินกิจการหรือโครงการใด ๆ ก็ตาม ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ชุมชนพึ่งพิงอาศัย ชุมชนจึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งอนุญาตหรืออนุมัติให้ดำเนินกิจการหรือโครงการนั้น ๆ โดยศาลปกครองจะพิจารณาว่า คำสั่งอนุญาตหรืออนุมัติที่เป็นวัตถุแห่งคดีชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เหมือนกับกรณีของคดีปกครองทั่วไป

(2) ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากที่ดิน ป่า หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ ของชุมชนโดยตรง ซึ่งมีประเด็นที่ต้องพิจารณาประการเดียวกับการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่จะกล่าวถึงในลำดับถัดไป

2. สิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม จากการสืบค้นพบคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่มีการวินิจฉัยถึงสิทธิของชุมชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากป่าโดยตรงในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส.4/2561 ซึ่งเป็นกรณีที่ปัญหาความขัดแย้งระหว่างชาวกะเหรี่ยงแก่งกระจาน (ปกากะญอ) กับรัฐเกี่ยวกับสิทธิในการอยู่อาศัยในพื้นที่ที่เป็นเขตอุทยานแห่งชาติมาอย่างยาวนาน⁷¹ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งหกเป็นชาวไทยพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นชุมชนที่อยู่กันมา

⁷¹ ความขัดแย้งระหว่างชาวกะเหรี่ยงแก่งกระจานกับรัฐเริ่มก่อตัวเมื่อปี พ.ศ. 2504 ซึ่งเป็นปีที่พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ประกาศใช้บังคับ พระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดยึดถือหรือครอบครองที่ดิน รวมตลอดถึงการก่อสร้าง แผ้วถาง ถางป่า ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2524 ได้มีการตั้งอุทยานแห่งชาติแก่งกระจาน ทำให้สถานะของชาวกะเหรี่ยงที่อาศัยอยู่ที่บ้าน

นานหลายชั่วอายุคนตั้งแต่บรรพบุรุษร่วมร้อยกว่าปีตามวิถีชีวิตชาวกะเหรี่ยง วิถีชุมชนแบบชนเผ่า ประกอบอาชีพเกษตรกรรม ทำนา ทำไร่หมุนเวียน ทำการเกษตรในเชิงอนุรักษ์ รักษาความสมดุลตามธรรมชาติและ ความอุดมสมบูรณ์ของหน้าดิน เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งหมื่นชาติพันธุ์กะเหรี่ยงดั้งเดิมติดแผ่นดินจึงย่อมมีสิทธิชุมชน ในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความ หลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้ความ ค้ำครอง แต่กลับถูกหัวหน้าอุทยานแห่งชาติแก่งกระจาน พร้อมด้วยคณะเจ้าหน้าที่อุทยานแห่งชาติเขารื้อ เผาทำลายบ้านเรือน ทรัพย์สินภายในบ้าน ข้าวในยุ้งฉาง เพื่อผลักดันและจับกุมชาวไทยเชื้อสายกะเหรี่ยง ที่ตั้งถิ่นฐานบ้านเรือนบริเวณลำห้วยเหนือแม่น้ำบางกลอยในเขตพื้นที่บ้านบางกลอยบน และบริเวณเหนือ แม่น้ำภาชีในเขตพื้นที่บ้านใจแผ่นดินให้ออกจากพื้นที่ ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งหมื่นได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวของเจ้าหน้าที่อุทยานเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ละเมิด ต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และสิทธิชุมชน ผ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 26 มาตรา 30 มาตรา 66 และมาตรา 67 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2553 เรื่อง นโยบายภายใน การฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวกะเหรี่ยง ตลอดจนละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับจึงนำคดีมาฟ้องต่อ ศาลขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดี (กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ผู้ถูกฟ้อง คดีที่ 1 และ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ร่วมกันชดเชยค่าเสียหาย และ ให้ผู้ถูกฟ้องคดียินยอมให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปอยู่อาศัยและทำกินในพื้นที่เดิม

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี ในผลแห่งละเมิดจากการที่เจ้าหน้าที่อุทยานแห่งชาติที่เขารื้อถอนเผาทำลายสิ่งปลูกสร้างและทรัพย์สินของ ผู้ฟ้องคดีทั้งหมื่น ส่วนประเด็นสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากป่าของผู้ฟ้องคดี ปรากฏความตอนหนึ่ง ของคำพิพากษาที่ศาลวินิจฉัยถึงกรณีค่าขาดประโยชน์จากการสูญเสียโอกาสทำการเกษตรในที่ดินทำกินรวม ทั้งสิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และค่าเสียหายจากการสูญเสียอัตลักษณ์ชาติพันธุ์ ว่า

บางกลอยบนและบ้านใจแผ่นดินกลายเป็นผู้บุกรุกป่า จากนั้น เมื่อปี พ.ศ. 2538 เจ้าหน้าที่อุทยานเริ่มมีการเจรจาให้ชาวกะเหรี่ยงใน พื้นที่ ย้ายออกจากใจแผ่นดิน โดยสัญญาว่าจะมอบที่ดินทำกินให้ ชาวกะเหรี่ยงแก่งกระจานบางส่วนจึงตัดสินใจย้ายลงไปอยู่ที่บ้านบาง กลอยล่าง แต่ปรากฏว่ามีชาวบ้านบางส่วนไม่ได้รับการจัดสรรที่ดินทำกิน หรือพื้นที่ที่ได้รับการจัดสรรบางแห่งไม่เหมาะที่จะทำการเพาะ ปลูก จึงมีชาวบ้านบางส่วนกลับขึ้นไปยังถิ่นฐานเดิมตั้งแต่เมื่อประมาณปี พ.ศ. 2538 เป็นต้นมา จนกระทั่งปีเมื่อ พ.ศ. 2553 อุทยาน แห่งชาติแก่งกระจานได้เริ่มยุทธการตะนาวศรีซึ่งเป็นปฏิบัติการผลักดันชาวกะเหรี่ยงแก่งกระจานให้ออกจากพื้นที่บ้านบางกลอยบนและ บ้านใจแผ่นดินรวมประมาณ 10-12 ครั้ง จนกระทั่งเมื่อปี พ.ศ. 2554 ภาพการเผาทำลายทรัพย์สินเพื่อขับไล่ชาวกะเหรี่ยงแก่งกระจาน ได้ถูกเปิดเผยโดยสื่อมวลชน ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องจากเหตุการณ์เฮลิคอปเตอร์ตกในป่าแก่งกระจาน สรุปรจาก สภาพ พงษ์พิพัฒน์วัฒนา, “บันทึกกลับจาก ‘บางกลอย’ ปฐมบทการต่อสู้ของ ‘กะเหรี่ยงแก่งกระจาน’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.the101.world/bang-kloi/> [16 เมษายน 2566] และพาฝัน หน่อแก้ว, “ยุทธการตะนาวศรีคืออะไร? ทำไมชาวกะเหรี่ยงบางกลอย ถึงถูกขับไล่จาก ‘ใจ แผ่นดิน’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://themomentum.co/bangkloi/> [16 เมษายน 2566]

“กรณีค่าขาดประโยชน์จากการสูญเสียโอกาสทำการเกษตรในที่ดินทำกินรวมทั้งสิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ นั้น เห็นว่า... ข้อเท็จจริงรับฟังเป็นที่ยุติว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งหกอยู่อาศัยและทำกินในที่ดินตั้งอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติแก่งกระจาน ... โดยผู้ฟ้องคดีทั้งหกไม่มีหนังสือสำคัญแสดงสิทธิในที่ดินหรือหลักฐานแสดงการได้รับอนุญาตจากทางราชการให้ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินพิพาทโดยชอบด้วยกฎหมาย... ผู้ฟ้องคดีทั้งหกจึงไม่อาจอ้างความชอบธรรมหรือสิทธิเรียกร้องใด ๆ ในอันที่จะเข้ายึดถือ ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินพิพาทตลอดจนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในเขตอุทยานแห่งชาติที่มีเพื่ออำนวยความสะดวกทั้งทางตรงและทางอ้อมแก่รัฐและประชาชนโดยส่วนรวมได้แต่อย่างใด”

“กรณีค่าเสียหายจากการสูญเสียอัตลักษณ์ชาติพันธุ์และศักยภาพในการสืบทอดวัฒนธรรม นั้น เห็นว่า... การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งหกมิได้อยู่อาศัยในพื้นที่บริเวณพิพาทซึ่งเป็นอุทยานแห่งชาติก็ได้หมายความว่าผู้ฟ้องคดีทั้งหกจะสูญเสียอัตลักษณ์ชาติพันธุ์และศักยภาพในการสืบทอดวัฒนธรรมของตน และไม่ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งหกจะอาศัยอยู่ที่ใดก็ตาม เสรีภาพในการแสดงออกหรือรักษาไว้ซึ่งอัตลักษณ์และวัฒนธรรมประจำกลุ่มชาติพันธุ์ย่อมไม่อาจถูกจำกัด กีดกัน ปิดกั้น เพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กรณีจึงไม่อาจรับฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งหกสูญเสียอัตลักษณ์ชาติพันธุ์และศักยภาพในการสืบทอดวัฒนธรรมแต่อย่างใด”

จากคำวินิจฉัยข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาสิทธิของชุมชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยดูจากกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือหลักฐานแสดงการได้รับอนุญาตจากทางราชการเป็นเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดสิทธิดังกล่าว โดยไม่ได้นำหลักเกณฑ์เรื่องของความเป็นชุมชนและความสัมพันธ์ระหว่างชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมาพิจารณา ซึ่งถือเป็นข้อแตกต่างระหว่างคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของศาลต่างประเทศกับศาลปกครองไทย

อย่างไรก็ตาม ต้องยอมรับว่าในทางปฏิบัติการนำหลักเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมาวินิจฉัยสิทธิของชุมชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั้น ถือเป็นส่วนที่ยากที่สุดของการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติรายละเอียดสิทธิชุมชนไว้ ซึ่งเป็นความตั้งใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยวางหลักในการบังคับใช้ต่อไป⁷² ศาลปกครองจึงเผชิญกับสถานการณ์ที่ยากลำบาก เพราะหากศาลตัดสินให้ผู้ฟ้องคดีสามารถอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติได้ ก็จะมีปัญหาว่า ศาลปกครองได้ก้าวล่วงไปใช้อำนาจในแดนของฝ่ายบริหารในการดูแลรักษาป่า และก้าวล่วงไปใช้อำนาจในแดนของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ เพราะผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวย่อมไปกระทบต่อการบังคับ

⁷² มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ, หน้า 118-119.

ใช้พระราชบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องโดยตรง อาทิ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562 เป็นต้น ในขณะที่เดียวกันศาลปกครองไม่บังคับตามสิทธิที่ผู้ฟ้องคดีได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ก็เท่ากับว่าศาลปฏิเสธความมีอยู่ของสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ

7. ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น จึงนำมาสู่ข้อเสนอแนะในการนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายหรือการตีความกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนไปปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในศาลปกครอง โดยแบ่งตามประเด็นปัญหาได้ ดังนี้

7.1 การฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แม้คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 7/2566 (ประชุมใหญ่) จะไม่ได้ขยายความเพิ่มเติมว่า “เหตุเพียงพอที่อาจรับฟังได้ว่าการฟ้องคดีนี้เป็นการใช้สิทธิชุมชนเพื่อปกป้องคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบใดบ้าง แต่เมื่อพิจารณาจากผลการศึกษาที่นำเสนอในบทความวิจัยฉบับนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การฟ้องคดีที่จะถือเป็นการฟ้องปกครองเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ 1. ผู้ฟ้องคดีในคดีนั้นเป็นตัวแทนหรือผู้แทนของ “ชุมชน” หรือฟ้องคดีในนามของ “ชุมชน” เพื่อผลประโยชน์ของชุมชน และ 2. ข้อพิพาทที่เป็นเหตุของการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเกิดจากการที่ผู้ฟ้องคดีถูกละเมิดสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยมีแนวทางในการพิจารณา ดังนี้

1. แนวทางในการพิจารณาว่าผู้ฟ้องคดีเป็นตัวแทนหรือผู้แทนของ “ชุมชน” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่ สามารถนำองค์ประกอบของการเป็น “ชุมชน” ในฐานะผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย 3 ประการ ที่นำเสนอไว้แล้วในบทที่ 2 มาเป็นแนวทางในการพิจารณาได้ ดังนี้

ประการที่ 1 พิจารณาลักษณะของการรวมกลุ่มของผู้ฟ้องคดีเป็นลำดับแรกก่อนว่า กลุ่มของผู้ฟ้องคดีเป็นการรวมกลุ่มกันของปัจเจกบุคคลเป็นการทั่วไปในลักษณะสืบเนื่องถาวรหรือไม่

ประการที่ 2 พิจารณากลุ่มของผู้ฟ้องคดีว่า มีวิถีชีวิต วัฒนธรรม หรืออัตลักษณ์ของกลุ่มโดยเฉพาะหรือไม่ อย่างไร และการรวมกลุ่มมีความสัมพันธ์กับการคงไว้ซึ่งวิถีชีวิต วัฒนธรรม หรืออัตลักษณ์ของกลุ่มมากน้อยเพียงใด โดยหากข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า กลุ่มของผู้ฟ้องคดีเป็นการรวมกลุ่มในลักษณะสืบเนื่องถาวร และการรวมกลุ่มดังกล่าวมีความสำคัญต่อความอยู่รอด หรือความยากง่ายในการดำรงวิถีชีวิตปกติทั่วไปของสมาชิกของกลุ่มในฐานะปัจเจกบุคคล หรือการได้รับการยอมรับให้เป็นสมาชิกของกลุ่มสร้างแต้มต่อในการดำรงวิถีชีวิตมากกว่าการไม่ได้เป็นสมาชิกของกลุ่ม ย่อมหมายความว่า กลุ่มของผู้ฟ้องคดีมีความเหนียวแน่นในระดับที่ถือว่าเป็น “ชุมชน” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ประการที่ 3 พิจารณาการจัดองค์กรของชุมชน ว่ามีรูปแบบของการจัดองค์กรอย่างไร เพื่อจะตรวจสอบว่าผู้ที่นำคดีมาฟ้องต่อศาลเป็นตัวแทนหรือผู้แทนของชุมชนจริงหรือไม่ ในกรณีที่ชุมชนไม่มีการจัดองค์กรอย่างเป็นทางการ อาจพิจารณาสถานะของผู้ฟ้องคดีว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีบทบาทใดในชุมชน หากผู้ฟ้องคดีมีสถานะเป็นผู้นำทางจิตวิญญาณของชุมชน เป็นผู้อาวุโสที่ได้รับความเคารพนับถือจากสมาชิกของชุมชน หรือกรณีอื่นใดที่ผู้ฟ้องคดีสามารถพิสูจน์ได้ว่านำคดีมาฟ้องต่อศาลในนามของชุมชน เพื่อผลประโยชน์ของชุมชน ก็ย่อมถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลในฐานะที่เป็นผู้แทนหรือตัวแทนของชุมชน

2. แนวทางในการพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เป็นเหตุของการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชน สามารถนำลักษณะของสิทธิชุมชนทั้งในเชิงกระบวนการ ได้แก่ สิทธิการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร สิทธิการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ สิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และสิทธิชุมชนในเชิงเนื้อหา ได้แก่ สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง และสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม มาพิจารณาประกอบกับกรณีพิพาทในคดีและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิชุมชนที่ผู้ฟ้องบรรยายมาในคำฟ้อง เพื่อพิจารณาในเบื้องต้นว่า กรณีที่พิพาทเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนหรือไม่ และพิพาทเกี่ยวกับสิทธิชุมชนประการใดบ้าง ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการตั้งประเด็นของคดีและปัญหาที่ต้องวินิจฉัยของคดีต่อไป

ทั้งนี้ ในส่วนของการเตรียมคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี ก็นับว่ามีส่วนสำคัญเป็นอย่างยิ่งที่จะแสดงให้เห็นว่า คดีที่นำมาฟ้องเป็นการใช้สิทธิชุมชนเพื่อปกป้องคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า นอกจากที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องเรียบเรียงคำฟ้องให้มีรายการครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว อย่างน้อยที่สุด คำฟ้องควรมีการบรรยายถึงเนื้อหาดังต่อไปนี้

1. จะต้องมีการบรรยายฟ้องถึงความเป็น “ชุมชน” ของผู้ฟ้องคดี เพื่อให้ศาลสามารถมองเห็นได้ว่า ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องในนามของ “ชุมชน” ซึ่งเป็น “ผู้ทรงสิทธิเชิงกลุ่ม” โดยเริ่มจากการบรรยายถึง ผู้ฟ้องคดีในฐานะที่เป็นตัวแทนหรือผู้แทนของชุมชน ซึ่งได้นำคดีมาฟ้องในนามของชุมชน จากนั้นจึงบรรยายลักษณะชุมชนของผู้ฟ้องคดี ตั้งแต่ความเป็นมาของการรวมกลุ่ม วิถีชีวิตหรืออัตลักษณ์ของกลุ่ม ลักษณะของสมาชิกของกลุ่มในภาพรวมว่าประกอบขึ้นด้วยกลุ่มคนในลักษณะใดบ้าง เช่น เป็นบุคคลที่อาศัยในพื้นที่และยังคงรักษาวิถีชีวิตดั้งเดิมโดยการหาของป่า ซึ่งไม่จำเป็นต้องระบุรายบุคคล และต้องบรรยายถึงรูปแบบการจัดองค์กร ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบอย่างเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการก็ตาม เพื่อเน้นย้ำให้ศาลเห็นว่าผู้ฟ้องคดีเป็นตัวแทนหรือผู้แทนของชุมชนในการนำคดีมาฟ้องในนามของชุมชนจริง

2. จะต้องมีการบรรยายฟ้องถึงการเป็น “ผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งในกรณีของสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิของชุมชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากที่ดิน ป่า หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ โดยตรงนั้น จะต้องมีการบรรยายฟ้องให้เห็นภาพที่ชัดเจนว่า

ชุมชนของผู้ฟ้องคดีมีอัตลักษณ์ หรือวิถีชีวิตและวัฒนธรรมที่ยึดโยงกับที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติดั้งเดิม ที่ชุมชนยกขึ้นอ้างอย่างมีนัยสำคัญอย่างไร และการดำรงวิถีชีวิตแบบดั้งเดิมของชุมชนของผู้ฟ้องคดีได้ เกื้อหนุนต่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติอย่างไรบ้าง เพื่อแสดงให้เห็นว่าชุมชนของผู้ฟ้องคดีมีความชอบธรรมในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น ๆ

3. จะต้องมีการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ได้รับรองสิทธิชุมชนตามกรณีพิพาทในคดี เช่น บรรยายฟ้องว่า ชุมชนของผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากที่ดิน ป่า หรือ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ ตามมาตรา 43 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยอาจนำแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิชุมชนมาอธิบายสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้มีความหนักแน่นมากยิ่งขึ้น

7.2 แนวทางการวินิจฉัยเพื่อรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ปัญหาในการวินิจฉัยเพื่อรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปรากฏชัดในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 4/2561 โดยศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า อัตลักษณ์วัฒนธรรมของชุมชนเป็นสิ่งที่สามารถแยกขาดออกจากพื้นที่ได้ ทั้งยังมีการนำกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือหลักฐานแสดงการได้รับอนุญาตจากทางราชการมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของชุมชน โดยไม่ได้นำหลักเกณฑ์เรื่องของความเป็นชุมชนและความสัมพันธ์ระหว่างชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมาประกอบการพิจารณา ซึ่งเป็นข้อแตกต่างสำคัญกับคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิชุมชนของต่างประเทศดังที่นำเสนอไว้ในหัวข้อที่ 5

เพื่อเป็นทางเลือกในการวินิจฉัยเพื่อรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางในการรับรองสิทธิชุมชนของต่างประเทศมาปรับใช้กับกรณีของศาลปกครองไทย โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ดังนี้

1. แนวทางในการวินิจฉัยการเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากป่า หรือ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ

ผลการศึกษาในหัวข้อที่ 3 และหัวข้อที่ 4 พบว่า การรับรองให้ชุมชนมีสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากป่าซึ่งมีที่มาจากแนวคิดของกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่ยอมรับในภูมิปัญญาของชนพื้นเมืองดั้งเดิมในการดำรงวิถีชีวิตร่วมกับธรรมชาติ และเล็งเห็นถึงความสำคัญในบทบาทของชนพื้นเมืองดั้งเดิมที่สามารถอยู่ร่วมกับป่าไปพร้อม ๆ กับการดูแลรักษาป่าให้ยังคงไว้ซึ่งความอุดมสมบูรณ์ ดังนั้น ในการพิจารณาว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากป่าหรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่า ชุมชนของผู้ฟ้องคดีมีวิถีชีวิตหรือภูมิปัญญาดั้งเดิมในการอยู่ร่วมกับป่าอย่างยั่งยืนหรือไม่ เพียงใด โดยในการแสวงหาข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลปกครองอาจสอบถามความเห็นจากพยาน

ผู้เชี่ยวชาญ เช่น หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง หรือนักวิชาการจากมหาวิทยาลัยที่ศึกษาวิถีชีวิตวัฒนธรรมของชุมชนผู้ฟ้องคดีโดยตรง เป็นต้น โดยหากข้อเท็จจริงรับฟังได้อย่างหนักแน่นว่า ชุมชนของผู้ฟ้องคดีมีวิถีชีวิตหรือภูมิปัญญาดั้งเดิมในการอยู่ร่วมกับป่าอย่างยั่งยืน และยังคงสืบสานวิถีชีวิตดังกล่าวไว้จนถึงปัจจุบัน ก็ย่อมหมายความว่า ชุมชนของผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากป่า หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ

2. แนวทางในการมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพื่อรับรองสิทธิของชุมชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากที่ดิน ป่า หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ โดยตรง

เมื่อศาลปกครองวินิจฉัยแล้วว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมีสิทธิในการดำรงวิถีชีวิตในพื้นที่ป่าซึ่งเป็นเขตอุทยานแห่งชาติ กรณีนี้จะมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยในลำดับถัดไปว่า ศาลปกครองจะบังคับตามสิทธิของผู้ฟ้องคดีอย่างไร โดยผู้เขียนเห็นว่า แนวทางที่เหมาะสมที่สุดในการนำมาใช้ในการบังคับตามสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยของผู้ฟ้องคดีคือ แนวทางที่สามารถประนีประนอมให้สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมประเภทที่มุ่งคุ้มครองป่าหรือทรัพยากรธรรมชาติเป็นหลัก (บัญญัติขึ้นบนฐานคิดที่ว่า คนกับป่าอยู่ร่วมกันไม่ได้) มีผลบังคับใช้ได้มากที่สุด ดังนั้น ภายหลังจากศาลปกครองได้วินิจฉัยแล้วว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมีสิทธิในการดำรงวิถีชีวิตในพื้นที่ป่า แม้ว่า ในท้ายที่สุดศาลจะไม่สามารถออกคำสั่งบังคับให้ผู้ฟ้องคดีดำรงวิถีชีวิตอยู่ในพื้นที่ป่าก็ตาม หากแต่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอค่าสินไหมทดแทนจากการสูญเสียสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง และ/หรือ สิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมาด้วย ศาลปกครองย่อมสามารถกำหนดให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี จากการที่ต้องสูญเสียสิทธิดังกล่าวในการดำรงวิถีชีวิตตามจารีตประเพณีตามบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศได้

แนวทางการวินิจฉัยดังกล่าว น่าจะเป็นแนวทางที่พอจะช่วยให้สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีผลใช้บังคับในทางปฏิบัติมากขึ้น แม้จะยังจำกัดอยู่เพียงสิทธิการได้รับค่าสินไหมทดแทนก็ตาม แต่ก็ถือเป็นแนวทางที่อยู่ในวิสัยที่ศาลปกครองสามารถออกคำสั่งบังคับให้ได้มากที่สุดภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายสาระบัญญัติในปัจจุบัน นอกจากนี้ การที่ศาลปกครองวินิจฉัยรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอย่างชัดเจน จะเป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่ช่วยเร่งให้เกิดการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนขึ้น และยังเป็นการส่งสัญญาณให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และภาคประชาสังคม รับเรื่องไปผลักดันกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนให้มีผลใช้บังคับในทางปฏิบัติที่ดียิ่งขึ้นต่อไป

ปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
ของสหภาพยุโรปและไทยในบริบทของการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย*

The Problems and Obstacles Regarding the Compliance on
the EU Personal Data Protection Law and the Thai Personal Data
Protection Law In the Context of the Tourism Authority of
Thailand

อัญธิกา ณ พิบูลย์
Auntika Na Pibul

อาจารย์ประจำ
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
Lecturer
School of Law, National Institute of Development Administration
148 Serithai Road, Klong Chan, Bangkapi, Bangkok, 10240
Corresponding author Email: auntika.n@nida.ac.th
(Received: July 25, 2024; Revised: September 27, 2024; Accepted: November 20, 2024)

บทคัดย่อ

การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย (ททท.) เป็นหน่วยงานรัฐวิสาหกิจซึ่งมีหน้าที่ในการประชาสัมพันธ์และส่งเสริมการท่องเที่ยวไทย ททท. มีสำนักงานสาขาที่ตั้งอยู่ในเขตสหภาพยุโรป รวมทั้งมีสำนักงานใหญ่และสำนักงานภูมิภาคหลายสำนักงานที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยและมีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลในเขตของสหภาพยุโรปและในประเทศไทย ดังนั้น ททท. จึงอยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปและของไทย แต่อย่างไรก็ตาม ททท. มีการดำเนินกิจกรรมที่มีความหลากหลายที่เกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล จึงก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามภาระหน้าที่ตามกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น การบ่งชี้ว่า ททท. มีสถานะเป็นผู้ควบคุมข้อมูลหรือผู้ประมวลผลข้อมูล การบ่งชี้ฐานทางกฎหมายสำหรับการประมวลผลข้อมูลในแต่ละกิจกรรม งานวิจัยนี้จึงมุ่งศึกษาประเด็นปัญหาและอุปสรรคของ ททท. ในการปฏิบัติตามข้อบังคับทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูล หรือที่เรียกกันว่า General Data Protection Regulation (GDPR) และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 รวมทั้งมุ่งเสนอแนะวิธีการที่เหมาะสมในการบริหารจัดการปัญหาและอุปสรรคดังกล่าว เช่น การจัด

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัยเรื่อง “ปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปและไทยในบริบทของการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย”, สนับสนุนโดย การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย

ทำคู่มือกำหนดแนวปฏิบัติขององค์กรในการปฏิบัติตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดความเสี่ยงที่ ททท. จะมีความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย อันจะส่งผลเสียต่อชื่อเสียงของ ททท. และประเทศไทยต่อไป

คำสำคัญ: การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย, ปัญหาและอุปสรรค, การปฏิบัติตามกฎหมาย, กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

Abstract

The Tourism Authority of Thailand (TAT) is a state-owner enterprise established for promoting Thailand Tourism. There are TAT's branch offices located in the EU and TAT's main offices and regional offices in Thailand which collect a range number of personal data from the data subjects in the EU and in Thailand, so that TAT is obliged to comply with the EU and Thai Personal Data Protection Law. Nevertheless, the fact that there are a wide range of activities of TAT involving the processing of personal data, has brought about some problems for TAT to comply with legal obligations. For instance, it can be difficult to determine whether TAT is a data controller or a data processor, as well as to identify the legal basis for processing personal data in each activity. This research explores the problems and obstacles of TAT to comply with the General Data Protection Regulation (GDPR) and the Personal Data Protection Act B.E. 2019 of Thailand (PDPA). Additionally, it aims to propose appropriate approaches for managing these problems and challenges, such as developing a manual for the organisation to comply with the laws. The goal is to reduce the risks for TAT to be liable for non-compliance with personal data protection laws, which could adversely affect both TAT's reputation and Thailand as a whole.

Keywords: The Tourism Authority of Thailand, Problems and Obstacles, Legal Compliance, Personal Data Protection Law

1. บทนำ

การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย (ททท.) เป็นหน่วยงานรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522¹ เพื่อทำหน้าที่ในการส่งเสริมและดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับ

¹ “พระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2522,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 96 ตอนที่ 72, ฉบับพิเศษ, วันที่ 4 พฤษภาคม 2522, หน้า 1.

การท่องเที่ยวให้ได้กว้างขวางยิ่งขึ้น ซึ่งหมายความว่ารวมถึง การสนับสนุนธุรกิจนำเที่ยว ธุรกิจโรงแรม นักท่องเที่ยว ธุรกิจภัตตาคาร สถานบริการและสถานที่ตากอากาศสำหรับนักท่องเที่ยว ธุรกิจการขายของที่ระลึกหรือสินค้าสำหรับนักท่องเที่ยว ธุรกิจการกีฬาสำหรับนักท่องเที่ยว รวมทั้งการดำเนินงาน นิทรรศการ งานแสดง งานออกร้าน การโฆษณาเผยแพร่ หรือการดำเนินงานอื่นโดยมีความมุ่งหมายเพื่อ ชักนำหรือส่งเสริมให้มีการเดินทางท่องเที่ยว² โดยมีวัตถุประสงค์หลัก 5 ประการ คือ 1. ส่งเสริมการ ท่องเที่ยวและอุตสาหกรรมท่องเที่ยว ตลอดจนการประกอบอาชีพของคนไทยในอุตสาหกรรม ท่องเที่ยว 2. เผยแพร่ประเทศไทยในด้านความงามของธรรมชาติ โบราณสถาน โบราณวัตถุ ประวัติศาสตร์ ศิลปวัฒนธรรม การกีฬา และวิวัฒนาการของเทคโนโลยี ตลอดจนกิจการอย่างอื่นอันจะเป็นการชักจูงให้ มีการเดินทางท่องเที่ยว 3. อำนวยความสะดวกและความปลอดภัยแก่นักท่องเที่ยว 4. ส่งเสริมความเข้าใจ อันดีและความเป็นมิตรไมตรีระหว่างประชาชนและระหว่างประเทศโดยอาศัยการท่องเที่ยว 5. ริเริ่มให้มี การพัฒนาการท่องเที่ยว และเพื่อพัฒนาปัจจัยพื้นฐานและสิ่งอำนวยความสะดวกให้แก่ นักท่องเที่ยว³

ทั้งนี้ เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้น ททท. จึงจำเป็นต้องมีการดำเนิน กิจกรรมที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลในหลากหลายบริบท และด้วยเหตุที่ ททท. มีสำนักงาน หลายแห่งที่ตั้งอยู่ในหลากหลายประเทศซึ่งมีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลเป็นจำนวน มาก ดังนั้น จึงทำให้ ททท. อยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของ หลายประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการดำเนินกิจกรรมของ ททท. มีความหลากหลาย ส่งผลให้ ททท. มีการเก็บรวบรวมข้อมูลหลายประเภทและเป็นจำนวนมาก รวมทั้งมีการเก็บรวบรวมข้อมูลมาจาก หลายหลายแหล่ง และมีการดำเนินกิจกรรมโดยบุคลากรภายในจากหลากหลายฝ่ายงานทั้งในประเทศและ ต่างประเทศเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เดียวกัน นอกจากนั้น ททท. ยังมีการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับ ข้อมูลส่วนบุคคลร่วมกับองค์กรทั้งที่เป็นภาครัฐ ภาคเอกชนมากมายที่อยู่ในหลากหลายประเทศ สถานการณ์ดังกล่าวจึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาและอุปสรรคบางประการสำหรับ ททท. ในการกำหนด แนวทางในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวอาจส่งผล ทำให้ ททท. มีความรับผิดชอบและต้องรับผิดชอบต่อตามกฎหมาย อันจะส่งผลต่อภาพลักษณ์ขององค์กรและ ประเทศไทยต่อไป

วัตถุประสงค์ของงานวิจัยนี้ คือ เพื่อศึกษาประเด็นต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดปัญหาและอุปสรรคกับ ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมนี, ททท. สำนักงานปารีส ประเทศฝรั่งเศส และททท. สำนักงาน ใหญ่ กรุงเทพมหานคร ในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปและไทย รวมทั้งเสนอแนะแนวทางที่มีประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้ ททท. มีแนวปฏิบัติที่เหมาะสมและเป็นไปได้สำหรับการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพ ยุโรปและของไทยและในขณะเดียวกันแนวทางดังกล่าวจะต้องไม่สร้างภาระเกินสมควรและเป็นอุปสรรค ต่อการปฏิบัติภารกิจต่าง ๆ ขององค์กร

² มาตรา 4 พระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2522

³ มาตรา 8 พระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2522

งานวิจัยนี้มุ่งศึกษาโครงสร้างการเคลื่อนไหวของข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของ ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมนี ททท. สำนักงานปารีส ประเทศฝรั่งเศส⁴ และททท. สำนักงานใหญ่ กรุงเทพมหานคร รวมทั้งศึกษาหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป ซึ่งหมายถึง ข้อบังคับทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูล หรือที่เรียกว่า General Data Protection Regulation (GDPR) และหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทย ซึ่งหมายถึง พระราชบัญญัติ คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของททท. รวมทั้งศึกษา คำแนะนำและแนวทางปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวที่กำหนดไว้โดยหน่วยงานกำกับดูแลที่เกี่ยวข้อง จากนั้นจึงนำข้อมูลดังกล่าวและข้อมูลที่ได้รับจากการสัมภาษณ์บุคลากรของ ททท. มาใช้ในการวิเคราะห์ ประเด็นปัญหาและอุปสรรคของ ททท. ในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพ ยุโรปและไทย เพื่อเสนอแนะวิธีการที่เหมาะสมและเป็นไปได้สำหรับ ททท. ในการแก้ไขปัญหาและอุปสรรค ดังกล่าวต่อไป

งานวิจัยนี้ใช้วิธีการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) และการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) เพื่อค้นหาคำตอบของโจทย์วิจัยที่ว่า ททท. มีปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปและไทยอย่างไร และควรกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคนั้นอย่างไร

ในส่วนของการวิจัยเชิงเอกสาร มุ่งศึกษา

1. เอกสารชั้นปฐมภูมิ (Primary Document) ได้แก่ กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของ สหภาพยุโรป (GDPR) และกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทย (พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562) และกรณีศึกษาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง
2. เอกสารชั้นทุติยภูมิ (Secondary Document) ได้แก่ หนังสือ บทความในวารสารต่างประเทศ และคำแนะนำจากคณะทำงานด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น Article 29 Data

⁴ เนื่องจากสำนักงานสาขาต่างประเทศของ ททท. ที่ตั้งอยู่ในสหภาพยุโรปทุกสาขามีการดำเนินกิจกรรมที่คล้ายคลึงกัน ททท. จึงมอบหมายให้สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมนี และสำนักงานปารีส ประเทศฝรั่งเศส เป็นสำนักงานตัวแทนในการให้ข้อมูล เกี่ยวกับโครงสร้างการเคลื่อนไหวของข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของสำนักงานสาขาต่างประเทศที่ตั้งอยู่ในสหภาพยุโรป แต่อย่างไรก็ตาม การที่ ททท. จะสามารถกำหนดแนวทางในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องได้อย่าง ครบถ้วนและสมบูรณ์นั้น จะต้องพิจารณากฎหมายภายในของแต่ละประเทศร่วมด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในของประเทศ เยอรมันและประเทศฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจะไม่อยู่ในขอบเขตของงานวิจัยนี้

Protection Working Party (A29WP)⁵, European Data Protection Board (EDPB)⁶ และหน่วยงานกำกับดูแลด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศต่าง ๆ เช่น CNIL⁷, BfDI⁸, เป็นต้น รวมทั้งข้อมูลจากเว็บไซต์ของหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

ในส่วนของการวิจัยเชิงคุณภาพ⁹ แบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ดังนี้

1. การใช้แบบสอบถามและการสัมภาษณ์ เพื่อศึกษาลักษณะและวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้เปิดเผย และประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของแต่ละฝ่ายงานของ ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมนี ททท. สำนักงานปารีส ประเทศฝรั่งเศส และททท. สำนักงานใหญ่ กรุงเทพมหานคร

2. การสัมภาษณ์เชิงลึก เพื่อศึกษาความรู้ความเข้าใจของบุคลากร ททท. ที่ปฏิบัติหน้าที่ ณ ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมนี ททท. สำนักงานปารีส ประเทศฝรั่งเศส และททท. สำนักงานใหญ่ กรุงเทพมหานคร เกี่ยวกับหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ รวมทั้งปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติตามหลักกฎหมายดังกล่าว

⁵ Article 29 Data Protection Working Party (A29WP) เป็นคณะทำงานของยุโรปที่จัดตั้งขึ้นตามความของมาตรา 29 ของ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data ที่มีความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ให้คำแนะนำในประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลให้กับสหภาพยุโรป (European Commission) คณะทำงานนี้ถูกแทนที่โดย European Data Protection BOARD (EDPB) ในวันที่ 25 พฤษภาคม 2561 ที่จัดตั้งขึ้นตามความของ GDPR มาตรา 68-76, ศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่ European Data Protection Board, “Who We Are,” [online] Available from : https://www.edpb.europa.eu/about-edpb/who-we-are/legacy-art-29-working-party_en [1 March 2024]

⁶ European Data Protection BOARD (EDPB) มีเป้าหมายในการทำให้การปรับใช้และการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในเขตเศรษฐกิจยุโรป European Economic Area (EEA) มีความสอดคล้องกัน ผ่านการดำเนินการในต่าง ๆ เช่น การกำหนดแนวทาง ข้อเสนอแนะ แนวปฏิบัติที่ดี เพื่อสร้างความชัดเจนและความเข้าใจที่ตรงกันของหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งสนับสนุนการทำงานและร่วมมือกันกับ National Supervisory Authorities, ศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่ European Data Protection Board, “What We Do,” [online] Available from : https://www.edpb.europa.eu/about-edpb/what-we-do/tasks-and-duties_en [1 March 2024]

⁷ Commission Nationale de l’informatique et des Libertés (CNIL) คือ หน่วยงานอิสระของประเทศฝรั่งเศสที่จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1978 โดยบทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลของฝรั่งเศส มีหน้าที่หลายประการที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลการบังคับใช้กฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูล เช่น GDPR และ the French Data Protection Act (Loi Informatique et Libertés) รวมทั้งกำหนดแนวปฏิบัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง, ศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่ CNIL, “CNIL’s Missions,” [online] Available from: <https://www.cnil.fr/en/cnil/cnils-missions> [1 March 2024]

⁸ The Federal Commission of Data Protection and Freedom of Information (BfDI) คือ หน่วยงานที่มีความเป็นอิสระของประเทศเยอรมันซึ่งจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1978 มีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่สูงสุดของรัฐบาลกลางซึ่งมีหน้าที่หลายประการที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลการบังคับใช้กฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูล เช่น GDPR และ the BDSG (Federal Data Protection Act) รวมทั้งการจัดการกับข้อร้องเรียนต่าง ๆ ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล, ศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่ The Federal Commission of Data Protection and Freedom of Information, “About Us,” [online] Available from: https://www.bfdi.bund.de/EN/BfDI/UeberUns/ueberuns_node.html [1 March 2024]

⁹ ผ่านกระบวนการพิจารณาและรับรองโดยคณะกรรมการกลางพิจารณาจริยธรรมการวิจัยในมนุษย์ (Central Research Ethics Committee (CREC)) ก่อนดำเนินการเก็บข้อมูลเรียบร้อยแล้ว

2. แผนผังข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย

พระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 กำหนดให้ ททท. มีอำนาจดำเนินการต่าง ๆ ได้ดังต่อไปนี้

1. การให้คำปรึกษา แนะนำ ร่วมมือ และประสานงานกับส่วนราชการ องค์กร สถาบัน นิติบุคคล และเอกชน ทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักร
2. ส่งเสริม ร่วมมือ หรือดำเนินการในการฝึกอบรมและให้การศึกษาวิชาการต่าง ๆ เพื่อสร้างบุคลากรให้ได้มาตรฐานและเพียงพอในอุตสาหกรรมท่องเที่ยว
3. ส่งเสริมการทัศนศึกษา
4. สำรวจและรวบรวมหลักฐานต่าง ๆ จากส่วนราชการ องค์กร สถาบัน นิติบุคคลและเอกชน ผู้ประกอบอุตสาหกรรมท่องเที่ยว เพื่อประโยชน์ในการจัดทำสถิติเกี่ยวกับอุตสาหกรรมท่องเที่ยว
5. สำรวจ กำหนดพื้นที่และสถานที่เป็นสถานที่ท่องเที่ยวและทรัพยากรทางการท่องเที่ยวที่ต้องสงวนไว้เป็นของรัฐและให้อยู่ในความควบคุมดูแลของ ททท.
6. สำรวจ วางแผนและดำเนินการ จัดสร้าง ส่งเสริม อนุรักษ์ พัฒนาพื้นที่พัฒนาสถานที่ท่องเที่ยว ตลอดจนทรัพยากรทางการท่องเที่ยวและคุณภาพสิ่งแวดล้อม
7. ประกอบอุตสาหกรรมท่องเที่ยวเท่าที่จำเป็นรวมถึงการลงทุน หรือร่วมทุน เพื่อเป็นการริเริ่มให้มีการพัฒนาการท่องเที่ยวหรือพัฒนาปัจจัยพื้นฐานและสิ่งอำนวยความสะดวกให้แก่การท่องเที่ยว
8. กู้หรือยืมเงินภายในและภายนอกราชอาณาจักร
9. ให้กู้หรือให้ยืมเงินโดยมีหลักประกันด้วยบุคคลหรือทรัพย์สินเพื่อส่งเสริมอุตสาหกรรมท่องเที่ยว
10. ออกพันธบัตรหรือตราสารอื่นใดเพื่อการลงทุนหรือร่วมทุนในกิจการอุตสาหกรรมท่องเที่ยว
11. ถือกรรมสิทธิ์ หรือมีสิทธิครอบครองหรือมีทรัพย์สินสิทธิต่าง ๆ สร้าง ซื้อ จัดหา ขาย จำหน่าย เช่า ให้เช่า เช่าซื้อ ให้เช่าซื้อ ยืม ให้ยืม รับจำนำ รับจำนอง ทำการแลกเปลี่ยน โอน รับ โอน หรือดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินทั้งในและนอกราชอาณาจักร ตลอดจนรับทรัพย์สินที่มีผู้อุทิศให้
12. กระทำกิจการอย่างอื่นบรรดาที่เกี่ยวกับหรือเนื่องในการจัดให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของ ททท.¹⁰

¹⁰ มาตรา 9 พระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2522

พระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 กำหนดให้ ททท. มีสถานะเป็นนิติบุคคลที่มีสำนักงานใหญ่ในกรุงเทพมหานครหรือจังหวัดใกล้เคียง และจะจัดตั้งสำนักงานสาขาหรือตัวแทนขึ้น ณ ที่อื่นใดภายในหรือนอกราชอาณาจักรก็ได้ แต่ในการจัดตั้งสำนักงานสาขานอกราชอาณาจักรจะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรี¹¹ ทั้งนี้ เพื่อให้ททท. สามารถดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ททท. จึงจัดตั้งสำนักงานทั้งภายในประเทศไทยและต่างประเทศมากมาย ซึ่งในการดำเนินกิจกรรมของแต่ละสำนักงานจะมีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทั้งจากในประเทศไทยและต่างประเทศ ดังนั้น ททท. จึงอยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของหลายประเทศ

จากการศึกษาโครงสร้างขององค์กร หน้าที่ของแต่ละฝ่ายงานในองค์กร รวมทั้งการศึกษาข้อมูลที่ได้รับจากแบบสอบถามและบทสัมภาษณ์ตัวแทนของบุคลากร ททท. แล้ว พบว่า ททท. สำนักงานใหญ่ และททท.สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมนี และสำนักงานปารีส ประเทศฝรั่งเศส มีการดำเนินกิจกรรมที่มีความหลากหลายที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลเป็นจำนวนมาก ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้¹²

¹¹ มาตรา 7 พระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2522

¹² การนำเสนอข้อมูลในส่วนนี้จะเป็นการนำเสนอข้อมูลในลักษณะเป็นภาพรวม เนื่องจากรายละเอียดของข้อมูลมีจำนวนมากและองค์กรขอสงวนสิทธิในการเผยแพร่เป็นการทั่วไปสำหรับข้อมูลบางส่วน

2.1 ททท. สำนักงานใหญ่

ประกอบด้วยหน่วยงานผู้ว่าการและฝ่ายงาน 8 ด้าน ซึ่งมีการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผย และประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ดังต่อไปนี้

2.2.1 หน่วยงานผู้ว่าการ ประกอบด้วย

2.2.1.1 สำนักงานผู้ว่าการ ทำหน้าที่ควบคุม สั่งการและกลั่นกรองงานของหน่วยงาน ภายใต้บังคับบัญชาที่จะขึ้นตรงต่อผู้ว่าการฯ รวมทั้งการดำเนินงานด้านธรรมาภิบาล การกำกับดูแลที่ดี และการบริหารจัดการเรื่องร้องเรียนต่าง ๆ

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การรับเรื่องร้องเรียน	เพื่อช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกให้กับนักท่องเที่ยว	นักท่องเที่ยว	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ อีเมล สัญชาติ เสียงสนทนา เบอร์โทรศัพท์ (รับมาจากช่องทางเคาน์เตอร์ข่าวสารการท่องเที่ยว/1672 (TAT Contact Center)/Tourism Thailand.org Complain Center (https://portal.tourismthailand.org/Send-Complaint/)/	หน่วยงานรัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงคมนาคม/กระทรวงการต่างประเทศ/ผู้ให้บริการเครือข่ายการสื่อสารต่าง ๆ ฯลฯ

2.2.1.2 หน่วยงานตรวจสอบภายใน ทำหน้าที่เกี่ยวกับการจัดทำแผนการตรวจสอบภายใน ให้สอดคล้องกับนโยบาย กลยุทธ์ขององค์กร และตรวจสอบความถูกต้อง ครบถ้วน และความเชื่อถือได้ของ กระบวนการทำงานเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ข้อบังคับ ระเบียบ คำสั่ง และมติคณะรัฐมนตรี

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูล ส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคล ที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผย ข้อมูล
การจัดทำ รายงานผลการ ตรวจสอบและ ติดตามการ ปฏิบัติงาน	เพื่อตรวจสอบ ความถูกต้อง ครบถ้วน และ เชื่อถือได้ของ เอกสารและ กระบวนการ ทำงาน	นักท่งเที่ยว บุคลากร ผู้รับจ้าง ผู้ประกอบการ สื่อมวลชน	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ หมายเลขประจำตัว ประชาชน หมายเลข หนังสือเดินทาง สัญชาติ เชื้อชาติ กรุปเลือด ศาสนา เลขบัญชีธนาคาร อีเมล (รับมาจากฝ่ายงานต่าง ๆ ในองค์กร)	ไม่มี

2.2.2 ด้านบริหาร ประกอบด้วย

2.2.2.1 ฝ่ายบริหารงานทั่วไป ทำหน้าที่บริหารงานสารบรรณ ควบคุมดูแลการรับส่ง หนังสือเข้า-ออกให้กับหน่วยงานทั้งภายในและภายนอก ดูแลด้านกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับขององค์กร ดูแลด้านการจัดซื้อจัดจ้าง รวมทั้งดูแลบริหารงานด้านอาคาร สถานที่และยานพาหนะขององค์กร

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูล ส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคล ที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผย ข้อมูล
การส่งจดหมาย เชิญประชุมต่าง ๆ	เพื่อเชิญ ประชุม	ผู้ทรงคุณวุฒิ ภายนอก	ชื่อ นามสกุล อีเมล เบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่	ไม่มี
การตรวจสอบ เอกสารสัญญา ต่าง ๆ	เพื่อตรวจสอบ ความถูกต้อง เป็นไปตาม กฎหมายที่ เกี่ยวข้อง	ผู้รับจ้าง	ชื่อ นามสกุล อีเมล เบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่ (รับมาจากฝ่ายงานอื่น ๆ ภายในองค์กร)	ไม่มี
การใช้กล้องวงจร ปิด	เพื่อรักษา ความปลอดภัย	บุคคลภายนอก บุคลากร ททท.	ภาพ เสียง วิดีโอ	บริษัทผู้รับจ้าง ดูแลระบบ

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การตรวจสอบการใช้งานเครื่องหมายหรือชื่อขององค์กร และการทำบันทึกข้อตกลงกับผู้ถูกตรวจสอบ	เพื่อควบคุมการใช้งานเครื่องหมายหรือชื่อขององค์กรที่ไม่ได้รับอนุญาต	ผู้ประกอบการธุรกิจท่องเที่ยวประเภทต่าง ๆ	ชื่อ นามสกุล อีเมล เบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่ สำเนาบัตรประจำตัวประชาชน	ไม่มี
การเก็บข้อมูลผู้เข้ามาติดต่อสำนักงาน ททท.	เพื่อรักษาความปลอดภัย	บุคคลภายนอก บุคลากร ททท.	ชื่อ นามสกุล เบอร์โทรศัพท์ เลขบัตรประจำตัวประชาชน	บุคคล/หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดี เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจ ฯลฯ
การจัดซื้อจัดจ้าง และการบันทึกข้อมูลเจ้าหนี้ในระบบ	เพื่อจัดซื้อจัดจ้าง	ผู้รับจ้าง	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ สำเนาบัตรประจำตัวประชาชน สำเนาหนังสือเดินทาง เลขบัญชี เลขประจำตัวผู้เสียภาษี	สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

2.2.2.2 ฝ่ายทรัพยากรบุคคล ทำหน้าที่ บริหารงานด้านทรัพยากรบุคคล งานยุทธศาสตร์ ทรัพยากรบุคคล งานโครงการองค์กร งานอัตรากำลัง งานสรรหาและคัดเลือกบุคลากรให้เหมาะสมกับ ตำแหน่งงาน รวมทั้งดูแลเรื่องการจัดสรรสวัสดิการต่าง ๆ ให้กับบุคลากรอย่างเหมาะสม

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูล ส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคล ที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผย ข้อมูล
การรับสมัครงาน	เพื่อรับสมัครงาน	ผู้สมัครงาน	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ อีเมล เบอร์โทรศัพท์ สำเนา บัตรประจำตัวประชาชน ข้อมูลสุขภาพ ภาพถ่าย วุฒิการศึกษา ประสบการณ์ทำงาน ข้อมูลผู้ติดต่อ ประวัติ อาชญากรรม	เปิดเผยข้อมูล บางส่วนเป็น สาธารณะใน รูปแบบของ ประกาศผล รายชื่อผู้ผ่านการคัดเลือก
การทำคำสั่งจ้าง/สัญญาจ้าง	เพื่อจ้างงาน	บุคลากร ททท.	ชื่อ นามสกุล อีเมล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ ภาพถ่าย สำเนาบัตรประจำตัวประชาชน ข้อมูลสุขภาพ เงินเดือน วุฒิการศึกษา ประสบการณ์ทำงาน ประวัติอาชญากรรม	ไม่มี
การให้สวัสดิการกับบุคลากร ททท.	เพื่อบริหารจัดการสวัสดิการให้กับบุคลากร ททท.	บุคลากร ททท. และผู้ที่ได้รับสวัสดิการตามระเบียบของ ททท. เช่น บุตร	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ อีเมล เบอร์โทรศัพท์ สำเนา บัตรประจำตัวประชาชน ข้อมูลสุขภาพ ภาพถ่าย	หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น สำนักงาน ประกันสังคม/ บริษัทประกัน สุขภาพ ฯลฯ

2.2.2.3 ฝ่ายบัญชีและงบประมาณ ทำหน้าที่บริหารด้านบัญชี การเสนอของงบประมาณจากแหล่งต่าง ๆ การวางระบบและการตรวจสอบบัญชี การควบคุมงบประมาณขององค์กร

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผย/การโอนข้อมูล
การออกไปแจ้งหนี้และใบเสร็จรับเงิน	เพื่อเบิกจ่าย	ผู้รับจ้าง	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ เลขประจำตัวประชาชน เลขหนังสือเดินทาง เลขบัญชี เลขประจำตัวผู้เสียภาษี	สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน
นำส่งใบกำกับภาษีให้กรมสรรพากร	เพื่อปฏิบัติตามกฎหมาย	บุคลากร ททท. และผู้รับจ้าง	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เลขประจำตัวผู้เสียภาษี	กรมสรรพากร

2.2.3 ด้านนโยบายและแผน ประกอบด้วย

2.2.3.1 ฝ่ายวางแผน ทำหน้าที่จัดทำนโยบาย จัดทำแผนยุทธศาสตร์ จัดทำแผนปฏิบัติการขององค์กร และจัดทำบทวิเคราะห์ด้านการตลาดท่องเที่ยวของประเทศไทย เพื่อใช้ในการกำกับทิศทางการดำเนินงานขององค์กร

2.2.3.2 ฝ่ายติดตามและบริหารความเสี่ยง ทำหน้าที่ติดตามและประเมินผลการดำเนินงานตามแผนงาน โครงการ และกิจกรรมต่าง ๆ ขององค์กร ให้ข้อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขและอุปสรรคต่าง ๆ รวมทั้งดำเนินงานด้านการควบคุมภายใน การบริหารความเสี่ยงองค์กร และการบริหารภาวะวิกฤต เพื่อให้ทุกหน่วยงานภายในองค์กรนำไปใช้เป็นแนวทาง

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การจัดประชุมและการจัดทำรายงานผลการติดตามและประเมินผลการปฏิบัติงาน	เพื่อจัดทำแผนยุทธศาสตร์และเพื่อควบคุมดูแลการปฏิบัติงานให้เป็นไปตามแผนยุทธศาสตร์	บุคลากร ททท. และผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกที่เกี่ยวข้อง	ชื่อ นามสกุล อีเมล เบอร์โทรศัพท์ ภาพถ่าย วิดีโอ	ไม่มี

2.2.4 ด้านดิจิทัล วิจัย และพัฒนา ประกอบด้วย

2.2.4.1 ฝ่ายดิจิทัลและเทคโนโลยีสารสนเทศ ทำหน้าที่กำหนดนโยบายและวางแผนงานสารสนเทศขององค์กร การนำระบบสารสนเทศมาใช้ในการปฏิบัติงานขององค์กร รวมทั้งบริหารจัดการระบบงานด้านฐานข้อมูลตลาดเฉพาะในเชิงเทคนิคของระบบ

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การจัดทำ ดูแล เว็บไซต์ และ แอปพลิเคชัน	เพื่อส่งเสริมและประชาสัมพันธ์ การท่องเที่ยว/ เพื่อใช้ในการปรับปรุงประสิทธิภาพในการทำงานของเว็บไซต์	ผู้เข้าเยี่ยมชมและสมัครสมาชิก Website และ Application	ชื่อ นามสกุล อีเมล เบอร์โทรศัพท์ คูกี้ ¹³	บริษัทผู้รับจ้างดูแลเว็บไซต์ และ แอปพลิเคชัน
การจัดทำระบบเครือข่าย WIFI และระบบอีเมล	เพื่อใช้ในการปฏิบัติการกิจต่าง ๆ ขององค์กร	บุคลากร ของททท. และบุคคลภายนอกที่ยื่นคำขอใช้งาน	ชื่อ นามสกุล อีเมล เบอร์โทรศัพท์	บริษัทผู้รับจ้างดูแลระบบ

¹³ คูกี้ (Cookie) คือ ไฟล์ข้อความขนาดเล็กที่ถูกติดตั้งหรือบันทึกไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ที่ใช้เว็บเบราว์เซอร์ในการเข้าชมเว็บไซต์ คูกี้ก็มีหลากหลายประเภทและมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันไป ในบางกรณีการเก็บคูกี้ก็อาจมีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล เช่น IP Address, Location Data, ดูข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่ David Gourley, Brian Totty, Marjorie Sayer, Anshu Aggarwal and Sailu Reddy, **HTTP: The Definitive Guide (Definitive Guides)**, 1st Edition (O'Reilly Media, 2002), p.263.

2.2.4.2 ฝ่ายวิจัยและพัฒนาด้านการท่องเที่ยว ทำหน้าที่สำรวจข้อมูลตลาดพฤติกรรมผู้บริโภคและนักท่องเที่ยว รวมถึงการทำวิจัยหรือประสานงานด้านงานวิจัยด้านตลาดการท่องเที่ยวกับหน่วยงานต่าง ๆ เพื่อให้สามารถกำหนดแผนพัฒนาตลาดท่องเที่ยวให้เป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและสามารถบูรณาการกับนโยบายของรัฐบาลได้

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การสร้างแบบสอบถามโดยใช้ระบบ E-Survey	เพื่อรับความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องในการทำตลาดและงานวิจัยต่าง ๆ	บุคคลภายนอก	ชื่อ นามสกุล อีเมล เบอร์โทรศัพท์ ความเห็นเกี่ยวกับการบริโภคสินค้าต่าง ๆ	ไม่มี

2.2.5 ด้านสินค้าและธุรกิจท่องเที่ยว ประกอบด้วย

2.2.5.1 ฝ่ายสินค้าการท่องเที่ยว ทำหน้าที่วิเคราะห์แนวโน้มการท่องเที่ยวเพื่อกำหนดกลยุทธ์สินค้าการท่องเที่ยว และการส่งเสริมให้เกิดการประกอบการท่องเที่ยวการบริหารจัดการสินค้าท่องเที่ยวให้มีคุณภาพและสร้างสรรค์รูปแบบสินค้าการท่องเที่ยวให้สอดคล้องกับความต้องการของกลุ่มนักท่องเที่ยวในแผนการตลาดการท่องเที่ยว เพื่อดึงดูดนักท่องเที่ยวให้มาใช้จ่ายในประเทศไทย

2.2.5.2 ฝ่ายกิจกรรม ทำหน้าที่ส่งเสริมและสร้างสรรค์กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรม ประเพณี เทศกาลและนันทนาการ เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมการตลาดท่องเที่ยวทั้งในและต่างประเทศ รวมถึงดำเนินกิจกรรมเพื่อสังคม และบริหารเครือข่ายด้านการท่องเที่ยวทั้งในและต่างประเทศ

2.2.5.3 ฝ่ายส่งเสริมการลงทุนอุตสาหกรรมท่องเที่ยว ทำหน้าที่วิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางการลงทุนในอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวของประเทศที่สอดคล้องกับนโยบายด้านการท่องเที่ยว เพื่อให้เกิดความสมดุลและสอดคล้องกับแนวโน้มทิศทางการเปลี่ยนแปลงของอุตสาหกรรมท่องเที่ยว รวมทั้งสนับสนุนให้เกิดการพัฒนาช่องทางการตลาดธุรกิจท่องเที่ยว ส่งเสริมและอำนวยความสะดวกให้นักลงทุนทั้งในและต่างประเทศในการลงทุนธุรกิจด้านการท่องเที่ยวในประเทศไทยที่สอดคล้องกับนโยบายรัฐบาล

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การทำประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการต่าง ๆ	เพื่อประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการ	นักท่องเที่ยวที่ได้รับเชิญเข้าร่วมกิจกรรม	ภาพถ่าย	เปิดเผยสาธารณะ
การจัดงานประกวดต่าง ๆ เช่น กลุ่ม Startup	เพื่อจัดกิจกรรมส่งเสริมการตลาดและให้รางวัล	ผู้สนใจเข้าร่วมกิจกรรม	ชื่อ นามสกุล อีเมล เบอร์โทรศัพท์	เปิดเผยข้อมูลบางส่วนเป็นการสาธารณะ
การจัดทำเว็บไซต์ inspiredthailand.com เพื่อจัดกิจกรรมชิงรางวัลจากการแชร์รูปภาพประทับใจ	เพื่อจัดกิจกรรมส่งเสริมการท่องเที่ยวและให้รางวัล	ผู้สนใจเข้าร่วมกิจกรรม	ชื่อ นามสกุล อีเมล เบอร์โทรศัพท์	บริษัทผู้รับจ้างดูแลเว็บไซต์และแอปพลิเคชัน

2.2.6 ด้านตลาดในประเทศ ประกอบด้วย ฝ่ายภูมิภาคเหนือ ฝ่ายภูมิภาคกลาง ฝ่ายภูมิภาคตะวันออกเฉียงเหนือ ฝ่ายภูมิภาคภาคใต้ ฝ่ายภูมิภาคตะวันออก ทำหน้าที่บริหารจัดการ กลั่นกรอง ควบคุมดูแลการปฏิบัติงาน และการดำเนินงานของสำนักงานสาขาในเขตพื้นที่รับผิดชอบของภูมิภาค ทั้งในเรื่องการวิเคราะห์ข้อมูลการตลาดเพื่อกำหนดแผนปฏิบัติทางการตลาดของภูมิภาค การส่งเสริมการตลาดในรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งสร้างพันธมิตรด้านการท่องเที่ยวเพื่อกระตุ้นให้เกิดการเดินทางและกิจกรรมท่องเที่ยว

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การจัดทำสมุดเยี่ยมสำนักงาน	เพื่อรับฟังความคิดเห็นของนักท่องเที่ยว และนำไปปรับปรุงแก้ไข	นักท่องเที่ยว	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ ความเห็นเกี่ยวกับสถานที่ท่องเที่ยวในประเทศไทย	ไม่มี
การจัดฝึกอบรมให้กับผู้ประกอบการ	เพื่อจัดฝึกอบรม	ผู้เข้าร่วมอบรม	ชื่อ นามสกุล อีเมล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์	ไม่มี

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การรับข้อมูลคนต่างชาติเพื่อประสานงานในการจัด FAM Trip ในไทย	เพื่ออำนวยความสะดวกในการจัด FAM Trip	สื่อมวลชน Influencers Bloggers	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ อีเมล เบอร์โทรศัพท์ สำเนา หนังสือเดินทาง	ผู้ให้บริการ สายการบิน/ ที่พัก
การถ่ายภาพและวิดีโอเพื่อประชาสัมพันธ์กิจกรรมต่าง ๆ	เพื่อส่งเสริมการท่องเที่ยว	นักท่องเที่ยวที่ได้รับเชิญเข้าร่วมกิจกรรม	ภาพ เสียง วิดีโอ	เปิดเผย สาธารณะ

2.2.7 ด้านตลาดยุโรป อเมริกา แอฟริกา ตะวันออกกลาง ประกอบด้วย ฝ่ายภูมิภาคยุโรป ฝ่ายภูมิภาคอเมริกา แอฟริกา และตะวันออกกลาง ทำหน้าที่กำหนดกลยุทธ์การประชาสัมพันธ์และวิธีการส่งเสริมการขายที่เหมาะสมกับตลาดเป้าหมาย รวมทั้งกำหนดทิศทาง และดำเนินงานด้านความร่วมมือด้านการตลาดทางการท่องเที่ยวระหว่างประเทศ เพื่อขยายความร่วมมือกับประเทศต่าง ๆ

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การจัดทำฐานข้อมูลผู้ประกอบการผ่านการจัดกิจกรรม Road Show ในต่างประเทศ โดยรับลงทะเบียนทาง http://www.thaitravelmart.com	เพื่อส่งเสริมการขายที่เหมาะสมกับตลาดเป้าหมาย	ผู้ประกอบการ นักท่องเที่ยว	ชื่อ นามสกุล อีเมลเบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่	ผู้สมัคร ลงทะเบียน และบริษัท ผู้รับจ้าง ดูแลเว็บไซต์
การเก็บข้อมูลผู้ร่วมงานต่าง ๆ เพื่อส่ง E-Brochure	เพื่อเชิญเข้าร่วมกิจกรรมส่งเสริมการท่องเที่ยวและส่งเสริมข้อมูลข่าวสารให้ทราบ	ผู้สนใจสมัครสมาชิก	ชื่อ นามสกุล อีเมล	ไม่มี

2.2.8 ด้านตลาดเอเชีย และแปซิฟิกใต้ ประกอบด้วย ฝ่ายภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ฝ่ายภูมิภาคอาเซียน เอเชียใต้ และแปซิฟิกใต้ หน้าที่กำหนดกลยุทธ์การประชาสัมพันธ์และวิธีการส่งเสริมการขายที่เหมาะสมกับตลาดเป้าหมาย รวมทั้งกำหนดทิศทาง และดำเนินงานด้านความร่วมมือด้านการตลาดทางการท่องเที่ยวระหว่างประเทศ เพื่อขยายความร่วมมือกับประเทศต่าง ๆ

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การจัดทำฐานข้อมูลผู้ประกอบการและนักท่องเที่ยวผ่านทางการลงทะเบียนทาง http://www.thaitravelmart.com	เพื่อส่งเสริมการขายที่เหมาะสมกับตลาดเป้าหมาย	ผู้ประกอบการ นักท่องเที่ยว	ชื่อ นามสกุล อีเมล เบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่	ผู้สมัครลงทะเบียน
การจัดกิจกรรม FAM Trip	เพื่อให้ชาวต่างชาติได้รับประสบการณ์การท่องเที่ยวไทยและนำกลับไปประชาสัมพันธ์	สื่อมวลชน Influencer Blogger	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ อีเมล เบอร์โทรศัพท์ สำเนาหนังสือเดินทาง	ผู้ให้บริการสายการบิน/ที่พัก

2.2.9 ด้านสื่อสารการตลาด ประกอบด้วย

2.2.9.1 ฝ่ายโฆษณาและประชาสัมพันธ์ ทำหน้าที่กำหนด วางแผนกลยุทธ์การโฆษณา และกลยุทธ์การประชาสัมพันธ์เพื่อสร้างภาพลักษณ์การท่องเที่ยวของประเทศและองค์กรผ่านสื่อต่าง ๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ

2.2.9.2 ฝ่ายบริการการตลาด ทำหน้าที่กำหนดนโยบาย กำกับ ควบคุมดูแลการผลิตวัสดุ อุปกรณ์และสื่ออุปกรณ์ทุกประเภทเพื่อส่งเสริมการขายการท่องเที่ยวขององค์กรให้เป็นไปตามแผนที่กำหนด รวมทั้งอำนวยความสะดวกด้านข้อมูลข่าวสารให้กับนักท่องเที่ยวทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศ

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การสำรวจตลาด โดยโดยใช้แบบสอบถาม	เพื่อให้ทราบพฤติกรรมผู้บริโภคและนำไปใช้ในการกำหนดกลยุทธ์	นักท่องเที่ยว	ชื่อ นามสกุล เบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่ อีเมล	ไม่มี
การเก็บรวบรวมข้อมูลผู้เข้าร่วมงานต่าง ๆ	เพื่อเชิญเข้าร่วมงาน Road Show และงานแถลงข่าว	ผู้ประกอบการ สื่อมวลชน	ชื่อ นามสกุล เบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่ อีเมล	ไม่มี

2.2 ททท. สำนักงานสาขาต่างประเทศที่อยู่ในเขตของสหภาพยุโรป

ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมัน และททท. สำนักงานปารีส ประเทศฝรั่งเศส มีบุคลากรที่ปฏิบัติงานจำนวน 7-9 คน โดยจะมีผู้อำนวยการและรองผู้อำนวยการสำนักงานเป็นหลักในการบริหารงานและดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อเป็นการส่งเสริมการท่องเที่ยวไทยและเพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามนโยบายและกลยุทธ์ของ ททท. ในแต่ละปี โดยทั้งสองสำนักงานจะดำเนินกิจกรรมที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะเดียวกัน ซึ่งสามารถสรุปรายละเอียดได้ดังต่อไปนี้

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การเชิญผู้ประกอบการเข้าร่วมกิจกรรม Road Show	เพื่อให้ผู้ประกอบการไทยได้พบกับนักท่องเที่ยวและผู้ประกอบการต่างชาติ	นักท่องเที่ยว/ผู้ประกอบการที่เข้าร่วมงาน	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ อีเมล สำเนาหนังสือเดินทาง	ไม่มี
การจัดกิจกรรม FAM Trip	เพื่อให้ชาวต่างชาติได้รับประสบการณ์การท่องเที่ยวไทยและนำกลับไปประชาสัมพันธ์	สื่อมวลชน Influencer Blogger	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ อีเมล สำเนาหนังสือเดินทาง	ผู้ให้บริการสายการบิน/ที่พัก
การรับลงทะเบียนเพื่อจัดฝึกอบรม	เพื่อจัดฝึกอบรม	ผู้เข้าร่วมฝึกอบรม	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ อีเมล	ไม่มี

กิจกรรม	วัตถุประสงค์	เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล	ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม	การเปิดเผยข้อมูล
การถ่ายภาพและวิดีโอ	เพื่อใช้ในการประชาสัมพันธ์	ผู้เข้าร่วมกิจกรรม	ภาพถ่าย วิดีโอ	เปิดเผยต่อสาธารณะ
การรับสมัครงาน	เพื่อรับสมัครงาน	ผู้สมัครงาน	ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ อีเมล เบอร์โทรศัพท์ สำเนาหนังสือเดินทาง ข้อมูลสุขภาพ ภาพถ่าย วุฒิการศึกษา ประสบการณ์ทำงาน ข้อมูลผู้ติดต่อ ประวัติ อาชญากรรม	ไม่มี
การทำคำสั่งจ้าง/สัญญาจ้าง	เพื่อจ้างงาน	บุคลากร ททท.	ชื่อ นามสกุล อีเมล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ ภาพถ่าย สำเนา หนังสือเดินทาง ประชาชน ข้อมูลสุขภาพ เงินเดือน วุฒิการศึกษา ประสบการณ์ทำงาน ประวัติอาชญากรรม	ททท. สำนักงานใหญ่ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการจัดสวัสดิการให้บุคลากร ททท.

3. หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปและไทยที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมของการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย

3.1 หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป

กฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่บังคับใช้ในเขตสหภาพยุโรปในปัจจุบัน คือข้อบังคับทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูล หรือที่เรียกว่า General Data Protection Regulation (GDPR)¹⁴ มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 25 พฤษภาคม 2561 เป็นต้นมา ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุปที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาที่จะวิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป ดังต่อไปนี้

3.1.1 ขอบเขตการบังคับใช้

GDPR กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ซึ่งเนื้อหาไว้ว่า ลักษณะของกิจกรรมที่อยู่ภายใต้บังคับของ GDPR คือ การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลทั้งหมดหรือบางส่วนด้วยวิธีการอัตโนมัติและกระบวนการประมวลผลอื่นนอกเหนือจากวิธีอัตโนมัติกับข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งประกอบเป็นส่วนหนึ่งของระบบแฟ้มข้อมูลหรือตั้งใจจะประกอบเป็นส่วนหนึ่งของระบบแฟ้มข้อมูล¹⁵ โดยไม่ได้ระบุเฉพาะเจาะจงว่า จะต้องเป็นการดำเนินการโดยหน่วยงานภาครัฐหรือของภาคเอกชน¹⁶ นอกจากนั้น GDPR กำหนดไว้ว่าจะไม่ใช่บังคับกับการประมวลผลข้อมูลในบางกรณี เช่น การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกัน สืบสวนสอบสวน ตรวจสอบหรือดำเนินคดีต่อความผิดหรือบังคับโทษทางอาญา รวมถึงการคุ้มครองและป้องกันภัยคุกคามต่อความปลอดภัยสาธารณะ¹⁷ โดย GDPR กำหนดคำนิยามของคำว่า ‘การประมวลผล’ ไว้ว่าหมายถึง “การกระทำใด ๆ ต่อข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าจะด้วยวิธีการอัตโนมัติหรือไม่ เช่น การเก็บรวบรวม การบันทึก การจัดระเบียบ การวางแผนโครงสร้าง การจัดเก็บ การปรับเปลี่ยนหรือแก้ไข การดึงข้อมูลมาใช้ การผสมรวม การใช้ การเปิดเผยโดยการโอน การเผยแพร่ หรือกระทำการอื่นใดที่ทำให้ข้อมูลมีการแพร่หลาย การจัดตำแหน่งหรือการรวม การจำกัดการลบหรือการทำลาย”¹⁸

GDPR กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ซึ่งพื้นที่ไว้ว่า บังคับใช้ในกรณีดังต่อไปนี้

1. การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทของกิจกรรมของสถานที่ตั้งของผู้ควบคุมหรือผู้ประมวลผลซึ่งอยู่ในสหภาพยุโรป ไม่ว่าการประมวลผลนั้นได้กระทำในหรือนอกสหภาพยุโรปก็ตาม
2. การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลที่อยู่ในสหภาพยุโรปโดยที่ผู้ควบคุมหรือผู้ประมวลผลมิได้อยู่ในสหภาพยุโรป เมื่อกิจกรรมการประมวลผลนั้นเกี่ยวข้องกับ (a)

¹⁴ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) มีผลบังคับใช้ในเขตเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Area (EEA)) ซึ่งประกอบด้วยประเทศที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป (European Commission (EU)) จำนวน 27 ประเทศ และประเทศไอซ์แลนด์ ลิกเตนสไตน์ นอร์เวย์

¹⁵ Article 2 of GDPR

¹⁶ Article 2 of GDPR

¹⁷ Article 2 of Para 2 of GDPR

¹⁸ Article 4 (2) of GDPR

การเสนอสินค้าหรือบริการให้แก่เจ้าของข้อมูลซึ่งอยู่ในสหภาพยุโรป โดยไม่คำนึงว่าจะมีการชำระเงินโดยเจ้าของข้อมูลหรือไม่ (b) การติดตามพฤติกรรมของเจ้าของข้อมูลที่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรป¹⁹

3.1.2 ข้อมูลส่วนบุคคลและข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษ

GDPR กำหนดคำนิยามศัพท์ของคำว่า ‘ข้อมูลส่วนบุคคล’ ไว้ว่า หมายถึง “ข้อมูลใด ๆ ที่เกี่ยวกับบุคคลธรรมดาที่ถูกระบุหรือสามารถระบุตัวได้ (‘เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล’) บุคคลธรรมดาที่สามารถถูกระบุตัวได้ คือ บุคคลที่สามารถถูกระบุตัวได้ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยการอ้างอิงจากสิ่งที่ระบุตัวได้เป็นการเฉพาะ เช่น ชื่อ หมายเลขประจำตัว ข้อมูลที่แสดงถึงสถานที่ตั้ง สิ่งระบุตัวออนไลน์หรือปัจจัยประการหนึ่งหรือหลายประการที่เจาะจงไปยังอัตลักษณ์ทางกายภาพหรือจิตใจ เศรษฐกิจ วัฒนธรรม หรืออัตลักษณ์ทางสังคมของบุคคลดังกล่าว”²⁰

GDPR อธิบายลักษณะของข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษไว้ว่าคือ “ข้อมูลส่วนบุคคลที่เปิดเผยต้นกำเนิดทางเชื้อชาติและชาติพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อทางศาสนาหรือปรัชญา หรือการเป็นสมาชิกสหภาพวิชาชีพ และการประมวลข้อมูลพันธุกรรม ข้อมูลชีวภาพเพื่อวัตถุประสงค์ในการระบุตัวบุคคลธรรมดาอย่างเฉพาะเจาะจง ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพหรือข้อมูลเกี่ยวกับชีวิตทางเพศหรือพฤติกรรมทางเพศของบุคคลธรรมดา”²¹

3.1.3 ผู้ควบคุมข้อมูลและผู้ประมวลผลข้อมูล

GDPR กำหนดสถานะของบุคคลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นสองสถานะ คือ ผู้ควบคุม (Controller) และผู้ประมวลผล (Processor) คำว่า ‘ผู้ควบคุม’ หมายถึง “บุคคลหรือนิติบุคคล หน่วยงานภาครัฐ ตัวแทนหรือองค์กรอื่นใด โดยลำพังหรือร่วมกันกำหนดวัตถุประสงค์และวิธีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ในกรณีที่วัตถุประสงค์และวิธีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวถูกกำหนดโดยกฎหมายของสหภาพยุโรปหรือของประเทศสมาชิก ผู้ควบคุมหรือเกณฑ์เฉพาะสำหรับการแต่งตั้งตัวแทนผู้ควบคุมอาจถูกกำหนดไว้โดยกฎหมายของสหภาพยุโรปหรือกฎหมายของประเทศสมาชิกรายนั้น”²² โดย GDPR กำหนดให้ผู้ควบคุมมีหน้าที่ต่าง ๆ เช่น แจ้งข้อมูลต่าง ๆ ให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบเมื่อได้รับข้อมูลส่วนบุคคล เช่น วัตถุประสงค์ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล และฐานทางกฎหมายสำหรับการประมวลผลข้อมูล ฯลฯ จัดทำบันทึกกิจกรรมการประมวลผล²³ คำว่า

¹⁹ Article 3 of GDPR

²⁰ Article 4 (1) of GDPR

²¹ Article 9 of GDPR

²² Article 4 (7) of GDPR

²³ Article 13 and 30 of GDPR

‘ผู้ประมวลผล’ หมายถึง “บุคคลหรือนิติบุคคล หน่วยงานภาครัฐ ตัวแทนหรือองค์กรอื่นใด ซึ่งประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในนามของผู้ควบคุม”²⁴ โดย GDPR กำหนดให้ผู้ประมวลผลมีหน้าที่ต่าง ๆ เช่น การปรับใช้มาตรการทางเทคนิคและมาตรการขององค์กรที่เหมาะสมในลักษณะที่ทำให้การประมวลผลข้อมูลเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและทำให้แน่ใจว่ามีการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของข้อมูล ฯลฯ²⁵ ในส่วนของ ‘ผู้ควบคุมร่วม’ GDPR อธิบายลักษณะไว้ว่าคือ “ผู้ควบคุมจำนวนตั้งแต่สองรายขึ้นไปซึ่งร่วมกันกำหนดวัตถุประสงค์และวิธีการในประมวลผล”²⁶ ซึ่ง GDPR กำหนดให้ผู้ควบคุมร่วมจะต้องกำหนดความผิดชอบในการปฏิบัติตามกฎหมายสำหรับผู้ควบคุมร่วมแต่ละรายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูลและหน้าที่ของผู้ควบคุมแต่ละราย รวมทั้งการระบุที่ติดต่อสำหรับเจ้าของข้อมูล

3.1.4 ฐานทางกฎหมายในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

GDPR กำหนดหลักเกณฑ์การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ว่า ควรดำเนินการภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ความเป็นธรรม ความโปร่งใส หลักการกำหนดขอบเขตของวัตถุประสงค์ หลักการใช้ข้อมูลให้น้อยที่สุด หลักความแม่นยำ หลักการกำหนดขอบเขตการเก็บรักษา หลักความสมบูรณ์ และเป็นความลับ หลักความรับผิดชอบและสามารถตรวจสอบได้²⁷ ซึ่งการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อดำเนินการภายใต้ฐานทางกฎหมายที่กำหนดไว้ เช่น (1) เจ้าของข้อมูลให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของตนเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างหนึ่งหรือมากกว่า (2) การประมวลผลจำเป็นสำหรับการปฏิบัติตามสัญญาที่เจ้าของข้อมูลเป็นคู่สัญญาหรือเพื่อให้เป็นตามขั้นตอนที่เจ้าของข้อมูลร้องขอก่อนทำสัญญา ฯลฯ²⁸

นอกจากนั้น GDPR กำหนดไว้ว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษจะสามารถดำเนินการได้ในกรณี เช่น (1) เจ้าของข้อมูลให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้งในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของตนเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างหนึ่งหรือมากกว่า (2) การประมวลผลจำเป็นต่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติตามพันธกรณีและใช้สิทธิบางประการของผู้ควบคุมหรือเจ้าของข้อมูลในด้านที่เกี่ยวกับกฎหมายการจ้างงาน²⁹ โดย GDPR กำหนดไว้ในกรณีที่การประมวลผลอยู่บนฐานความยินยอม ผู้ควบคุมจะต้องสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเจ้าของข้อมูลให้ความยินยอมสำหรับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของตน ซึ่งในกรณีที่เจ้าของข้อมูลให้ความยินยอมในรูปแบบของลายลักษณ์อักษร คำร้องขอความยินยอมควรอยู่ในลักษณะที่มีความแยกเฉพาะจากเรื่องอื่น ๆ ในรูปแบบที่เข้าใจได้และเข้าถึงได้ง่าย ใช้ภาษาที่ชัดเจนและไม่ซับซ้อน และแจ้งให้เจ้าของข้อมูลทราบก่อนการให้ความยินยอมว่ามีสิทธิในการถอนความยินยอมเมื่อใดก็ได้³⁰

²⁴ Article 4 (8) of GDPR

²⁵ Article 28 of GDPR

²⁶ Article 26 of GDPR

²⁷ Article 5 of GDPR

²⁸ Article 6 of GDPR

²⁹ Article 9 of GDPR

³⁰ Article 7 of GDPR

3.1.5 การเยียวยา ความรับผิดและโทษ

GDPR กำหนดสิทธิในการได้รับการชดเชยและความรับผิดไว้ว่า บุคคลใดก็ตามที่ได้ ได้รับความเสียหายทางวัตถุหรือความเสียหายที่ไม่ใช่ทางวัตถุอันเป็นผลจากการละเมิดบทบัญญัติจะต้องมี สิทธิได้รับการชดเชยจากผู้ควบคุมหรือผู้ประมวลผลจากความเสียหายที่ได้รับ³¹ และกำหนดค่าปรับทาง ปกครองไว้สำหรับกรณีมีการละเมิดบทบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งแบ่งออกเป็น (1) กำหนดจำนวนค่าปรับทาง ปกครองไม่เกิน 10,000,000 ยูโรหรือในกรณีของวิสาหกิจคือไม่เกินร้อยละ 2 ของยอดเงินหมุนเวียน ทั้งหมดตลอดปีงบประมาณก่อนหน้า แล้วแต่ว่าสิ่งใดมีมูลค่าสูงกว่า สำหรับการละเมิดบทบัญญัติ เช่น กรณี ที่ผู้ควบคุมละเมิดการดำเนินการเกี่ยวกับเงื่อนไขการขอความยินยอมเด็กที่เกี่ยวข้องกับบริการสารสนเทศ ฯลฯ และ (2) กำหนดจำนวนค่าปรับทางปกครองไม่เกิน 20,000,000 ยูโร หรือในกรณีของวิสาหกิจคือ ไม่เกินร้อยละ 4 ของยอดเงินหมุนเวียนทั้งหมดตลอดปีงบประมาณก่อนหน้า แล้วแต่ว่าสิ่งใดมีมูลค่าสูงกว่า สำหรับกรณีการละเมิดบทบัญญัติ เช่น การละเมิดหลักการพื้นฐานสำหรับการประมวลผลรวมถึงเงื่อนไข เรื่องความยินยอมตามมาตรา 5, 6, 7, 9 ฯลฯ³²

3.2 หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทย

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มีผลบังคับใช้อย่างเต็มรูปแบบใน วันที่ 1 มิถุนายน 2565 ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุปที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาที่จะวิเคราะห์ในหัวข้อ ถัดไป ดังต่อไปนี้

3.2.1 ขอบเขตการบังคับใช้

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ กำหนดขอบเขตในเชิงเนื้อหาไว้ว่า ไม่ใช่ บังคับในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการใดที่บัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะใด กิจการ ใด หรือหน่วยงานใดไว้โดยเฉพาะแล้ว เว้นแต่มีเหตุบางกรณี เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล และบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งบทกำหนด โทษที่เกี่ยวข้อง ให้บังคับตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะซ้ำกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้นหรือ ไม่ก็ตาม³³ และไม่ใช่บังคับการดำเนินกิจกรรมบางประการ เช่น การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและ การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี การบังคับคดี และการวางทรัพย์ รวมทั้ง การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ฯลฯ³⁴

³¹ Article 82 of GDPR

³² Article 83 of GDPR

³³ มาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

³⁴ มาตรา 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ กำหนดขอบเขตเชิงพื้นที่ไว้ว่าจะบังคับใช้กับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักร ไม่ว่า การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยนั้น ได้กระทำในหรือนอกราชอาณาจักรก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอยู่นอกราชอาณาจักร พระราชบัญญัตินี้จะใช้บังคับแก่การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรโดยการดำเนินกิจกรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล เมื่อเป็นกิจกรรมดังนี้ (1) การเสนอสินค้าหรือบริการให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักร ไม่ว่าจะมีการชำระเงินของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ก็ตาม (2) การเฝ้าติดตามพฤติกรรมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักร³⁵

3.2.2 ข้อมูลส่วนบุคคลและข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษ

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ กำหนดบทนิยามศัพท์ของคำว่า ‘ข้อมูลส่วนบุคคล’ ไว้ว่า “ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลซึ่งทำให้สามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม แต่ไม่รวมถึงข้อมูลของผู้ถึงแก่กรรมโดยเฉพาะ”³⁶ และอธิบายลักษณะของข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษไว้ว่าคือ “ข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับเชื้อชาติเผ่าพันธุ์ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อในลัทธิ ศาสนา หรือปรัชญา พฤติกรรมทางเพศ ประวัติอาชญากรรม ข้อมูลสุขภาพ ความพิการ ข้อมูลสหภาพแรงงาน ข้อมูลพันธุกรรม ข้อมูลชีวภาพ หรือข้อมูลอื่นใด ซึ่งกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในทำนองเดียวกันตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”³⁷

3.2.3 ผู้ควบคุมข้อมูลและผู้ประมวลผลข้อมูล

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ กำหนดบทนิยามศัพท์ของคำว่า ‘ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล’ ไว้ว่าหมายถึง “บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตัดสินใจเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล”³⁸ โดยกำหนดหน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไว้หลายประการ เช่น การแจ้งวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล การจัดให้มีมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสม การแจ้งเหตุการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล การตอบสนองต่อคำขอของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเมื่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลใช้สิทธิของตน การจัดทำและเก็บรักษาบันทึกการของกิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ฯลฯ³⁹ และกำหนดคำนิยามศัพท์ของคำว่า ‘ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล’ ไว้ว่าหมายถึง “บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับ การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผย

³⁵ มาตรา 5 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

³⁶ มาตรา 6 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

³⁷ มาตรา 26 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

³⁸ มาตรา 6 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

³⁹ มาตรา 37 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

เผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลตามคำสั่งหรือในนามของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งดำเนินการดังกล่าวไม่เป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล”⁴⁰ โดยกำหนดหน้าที่ของผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ เช่น การจัดให้มีมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสม การแจ้งให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลทราบถึงเหตุการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลที่เกิดขึ้น การจัดทำและเก็บรักษาบันทึกการของกิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ฯลฯ⁴¹

3.2.4 ฐานทางกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้ เผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคล

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ กำหนดฐานทางกฎหมายสำหรับการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลไว้หลายประการ ยกตัวอย่างเช่น 1. เพื่อป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพของบุคคล 2. เป็นการจำเป็นเพื่อปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นคู่สัญญาหรือเพื่อใช้ในการดำเนินการตามคำขอของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนเข้าทำสัญญา 3. เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล 4. ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล⁴² โดยมีการกำหนดเงื่อนไขของความยินยอมที่โดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น การขอความยินยอมต้องทำโดยชัดแจ้ง เป็นหนังสือหรือทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ เว้นแต่โดยสภาพไม่อาจขอความยินยอมด้วยวิธีการดังกล่าวได้ การแจ้งวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยใช้ภาษาที่อ่านง่าย และไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ ฯลฯ⁴³ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ กำหนดฐานทางกฎหมายสำหรับการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษไว้หลายประการ ยกตัวอย่างเช่น 1. เป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณะด้วยความยินยอมโดยชัดแจ้งของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล 2. เป็นการจำเป็นในการปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ต่าง ๆ เช่น ประโยชน์สาธารณะด้านการสาธารณสุข ประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ การคุ้มครองแรงงาน ฯลฯ 3. ได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูล⁴⁴

3.2.5 ความรับผิดและโทษ

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ กำหนดความรับผิดและโทษไว้ 3 ประเภท คือ ความรับผิดทางแพ่ง โทษทางอาญา และโทษทางปกครอง

ความรับผิดทางแพ่ง ถูกกำหนดไว้สำหรับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ และก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ไม่ว่าจะกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม โดยจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน

⁴⁰ มาตรา 6 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

⁴¹ มาตรา 40 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

⁴² มาตรา 24 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

⁴³ มาตรา 19 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

⁴⁴ มาตรา 26 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

และศาลอาจสั่งให้จ่ายค่าสินไหมทดแทนเพิ่มเติมตามที่เห็นสมควรแต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง เว้นแต่จะสามารถพิสูจน์ได้ว่าเข้าเงื่อนไขบางประการ เช่น ความเสียหายนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย หรือเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจตามกฎหมาย⁴⁵ โทษทางอาญา (ปรับและ/หรือจำคุก) ถูกกำหนดไว้สำหรับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติบางมาตราโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเกิดความเสียหาย เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย เช่น การใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล หรือการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ ฯลฯ โดยให้เป็นความผิดที่ยอมความได้และกำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับผู้ล่วงรู้ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่นเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าผู้นั้นนำไปเปิดเผยแก่ผู้อื่น เว้นแต่เป็นการเปิดเผยในบางกรณี เช่น การเปิดเผยตามหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์การสอบสวน ฯลฯ นอกจากนั้น ยังมีการกำหนดโทษทางอาญากรณินิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดไว้ด้วย⁴⁶ โทษทางปกครอง ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ตามมาตราต่าง ๆ จะต้องได้รับโทษทางปกครอง ซึ่งกำหนดอัตราโทษไว้สามระดับ ได้แก่ ค่าปรับทางปกครองไม่เกินหนึ่งล้านบาท ไม่เกินสามล้านบาท และไม่เกินห้าล้านบาท เช่น กรณีผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลขอความยินยอมโดยการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ ต้องระวางโทษปรับทางปกครองไม่เกินสามล้านบาท ทั้งนี้ คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญจะเป็นผู้ที่มีอำนาจสั่งลงโทษปรับทางปกครอง และในกรณีที่เห็นสมควร คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญจะสั่งให้แก้ไขหรือตักเตือนก่อนก็ได้⁴⁷

4. บทวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติตามหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปและไทยในบริบทของการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย⁴⁸

จากการศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้รับจากการสัมภาษณ์บุคลากร ททท. ผู้วิจัยพบว่ามีปัจจัยหลายประการที่ส่งผลให้เกิดปัญหาและอุปสรรคแก่บุคลากร ททท. ในการปฏิบัติตาม GDPR และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ ปัจจัยที่สำคัญคือ การดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของ ททท. ซึ่งส่งผลให้ ททท. มีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลในปริมาณที่ค่อนข้างมากและมีความหลากหลายทั้งในแง่ของประเภทของข้อมูลส่วนบุคคล สัญชาติของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล วัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผย หรือประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ประเภทของบุคคล/องค์กรที่โอนหรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

⁴⁵ มาตรา 77-78 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

⁴⁶ มาตรา 79-81 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

⁴⁷ มาตรา 82-90 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

⁴⁸ การนำเสนอข้อมูลในหัวข้อนี้เป็นเพียงการนำเสนอประเด็นปัญหาและอุปสรรคส่วนหนึ่งเท่านั้น เนื่องจากข้อจำกัดในเรื่องจำนวนหน้าของบทความและบางประเด็นมีข้อมูลที่ต้องขอสงวนสิทธิ์ไม่เปิดเผยเป็นการทั่วไป อนึ่ง แนวทางการปรับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปสำหรับประเด็นปัญหาและอุปสรรคทั้งหมดที่ปรากฏในงานวิจัยฉบับนี้ ททท. ได้นำเข้าหารือกับองค์กรกำกับดูแลในสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องเรียบร้อยแล้ว

ให้ ททท. ลักษณะของกิจกรรมที่มีทั้งในรูปแบบออนไลน์และออฟไลน์ ประเภทของบุคคล/องค์กรที่รับโอนข้อมูลส่วนบุคคลจาก ททท. รวมทั้งการขาดความรู้ ความเข้าใจที่เพียงพอเกี่ยวกับหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของบุคลากรก็อาจส่งผลให้มีการปรับใช้หลักกฎหมายไม่ถูกต้องและไม่ครบถ้วนตามหลักกฎหมาย และมีความแตกต่างไม่เป็นไปตามแนวทางเดียวกัน นอกจากนี้ ประเด็นในเรื่องการขาดความตระหนักในการปฏิบัติตามหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของบุคลากรก็เป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลให้เกิดปัญหาและอุปสรรคดังกล่าวได้เช่นกัน ในส่วนนี้จะวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้น โดยแยกอธิบายเป็นประเด็นได้ดังต่อไปนี้

4.1 ททท. สำนักงานใหญ่ กรุงเทพมหานคร ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมนี และททท.สำนักงานปารีส ประเทศฝรั่งเศสอยู่ภายใต้บังคับของที่จะต้องปฏิบัติตาม GDPR และ/หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ หรือไม่

4.1.1 ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมัน และททท. สำนักงานปารีส ประเทศฝรั่งเศส

หากพิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ GDPR ในเชิงเนื้อหาแล้วพบว่า ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต และททท. สำนักงานปารีส อยู่ภายใต้บังคับของ GDPR เนื่องจากมีการดำเนินกิจกรรมในลักษณะที่เป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยวิธีการอัตโนมัติและกระบวนการประมวลผลอื่นนอกเหนือจากวิธีอัตโนมัติซึ่งประกอบเป็นส่วนหนึ่งของระบบแฟ้มข้อมูล จากผลการสัมภาษณ์ พบว่ามีประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตในการบังคับใช้กฎหมายในเชิงพื้นที่ กล่าวคือ ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต และททท. สำนักงานปารีส ถือเป็นสถานที่ตั้งของผู้ควบคุมข้อมูลซึ่งอยู่ในสหภาพยุโรปหรือไม่ เนื่องจากเป็นสำนักงานขนาดเล็ก มีบุคลากรจำนวนไม่มากและมีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่เกิดจากการดำเนินกิจกรรมที่ไม่ได้มีความหลากหลาย ในกรณีนี้ GDPR กำหนดไว้ว่าจะบังคับใช้กับ “การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทของกิจกรรมของสถานที่ตั้งของผู้ควบคุมข้อมูลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลซึ่งอยู่ในสหภาพยุโรป ไม่ว่าการประมวลผลข้อมูลนั้นได้กระทำในหรือนอกสหภาพยุโรปก็ตาม” โดยไม่ได้กำหนดบทนิยามศัพท์ของคำว่า “สถานที่ตั้ง” ไว้ แต่ใน GDPR Recital 22 ให้คำอธิบายไว้ว่า “เป็นสถานที่ที่มีการดำเนินกิจกรรมที่เกิดขึ้นจริงและมีประสิทธิภาพผ่านระบบการบริหารจัดการที่มั่นคง ไม่ว่าจะเป็นสำนักงานสาขาหรือบริษัทลูกก็ตาม สถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลในรูปแบบใดก็ไม่ใช่ว่าปัจจัยที่นำมาใช้ในการพิจารณาสถานที่ตั้ง” แต่ในเรื่องสถานที่ในการจดทะเบียนจัดตั้งสถานที่ตั้งดังกล่าว ถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปนำมาใช้ในการพิจารณาในหลายคดีว่าองค์กรนั้น ๆ มีสถานที่ตั้งอยู่ในเขตสหภาพยุโรปหรือไม่⁴⁹ นอกจากนี้ ในคดี Weltimmo v NAIH (2015) ศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์

⁴⁹ See Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sarl (C-191/15, CJEU, 2016) and Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein (C-210/16, ECJ, 2018)

ไว้ว่า องค์กรที่มีสำนักงานที่ตั้งหลักอยู่นอกเขตสหภาพยุโรป จะถือว่ามิใช่สถานที่ตั้งในสหภาพยุโรปหรือไม่ ควรจะต้องพิจารณาระดับของความมั่นคงของระบบการบริหารจัดการและระดับของการดำเนินกิจกรรม ที่มีประสิทธิภาพที่เกิดขึ้น ณ สถานที่ตั้งในสหภาพยุโรป โดยพิจารณาถึงลักษณะและบริบทของกิจกรรม ขององค์กรร่วมด้วย⁵⁰ EDPB ให้ความเห็นว่าระดับของ “การบริหารจัดการที่มั่นคง” อาจอยู่ในระดับต่ำ ได้ เช่น หากมีพนักงานประจำสถานที่ตั้งเพียงหนึ่งคนและมีการดำเนินกิจกรรมที่อยู่ในระดับที่เพียงพอต่อ ระดับความมั่นคงของระบบการบริหารจัดการ ก็จะทำให้สถานที่ตั้งดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของ GDPR ได้เช่นกัน แต่ในทางตรงกันข้าม หากสถานที่ตั้งดังกล่าวมีพนักงานประจำสถานที่ตั้งหลายคน แต่ไม่ได้มีการดำเนินกิจกรรมประมวลผลใดเลยก็จะถือว่าไม่มีการบริหารจัดการในระดับที่มั่นคงเพียงพอที่จะทำให้ เกิดการบังคับใช้กฎหมายได้⁵¹

ประเด็นต่อไปคือ ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต และททท. สำนักงานปารีส มีการ ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ “ดำเนินการในบริบทของกิจกรรมของสถานที่ตั้งในสหภาพยุโรป” หรือไม่ เนื่องจากทั้งสองสำนักงานมีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเป็นไปตามนโยบายของ ททท. สำนักงาน ใหญ่ ประเทศไทย ในกรณีนี้จะต้องพิจารณาว่าสำนักงานดังกล่าว (1) มีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ในสหภาพยุโรปหรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติหรือที่อยู่ของเจ้าของข้อมูล (GDPR Recital 14) และ (2) มีความเชื่อมโยงที่เป็นไปได้ระหว่างกิจกรรมที่ดำเนินการโดยสถานที่ตั้งที่อยู่ในสหภาพยุโรปกับข้อมูลที่ถูก ประมวลผลหรือไม่⁵² ในกรณีที่ผู้ควบคุมมีสถานที่ตั้งอยู่นอกเขตสหภาพยุโรปด้วย จะต้องพิจารณาความ สัมพันธ์ระหว่างผู้ควบคุมที่อยู่นอกสหภาพยุโรปกับสถานที่ตั้งที่อยู่ในสหภาพยุโรปด้วย กล่าวคือ กิจกรรม การประมวลผลข้อมูลของผู้ควบคุมที่ตั้งอยู่นอกสหภาพยุโรปจะต้องมีความเชื่อมโยงกับกิจกรรมของ สถานที่ตั้งในสหภาพยุโรปอย่างแยกไม่ออก ภายใต้เงื่อนไขว่าสถานที่ตั้งที่อยู่ในสหภาพยุโรปจะต้องมีอำนาจ การตัดสินใจเกี่ยวกับการประมวลผลดังกล่าวด้วย สถานที่ตั้งดังกล่าวจึงจะถือเป็นสถานที่ตั้งที่อยู่ภายใต้ บังคับของ GDPR⁵³

เมื่อพิจารณาทั้งสองประเด็นข้างต้นแล้ว พบว่า ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต และ ททท. สำนักงานปารีส อยู่ภายใต้บังคับของ GDPR เนื่องจาก ททท. ทั้งสองสำนักงานมีการจดทะเบียน จัดตั้งเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากสำนักงานใหญ่ โดยจดทะเบียน ณ ประเทศอื่นเป็นที่ตั้งของสำนักงาน ดังกล่าว ซึ่งแต่ละสำนักงานมีบุคลากรประจำจำนวน 4-6 คน มีภาระหน้าที่ที่ถูกต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจน มีระบบการบริหารจัดการที่ชัดเจนทั้งในส่วนของการตลาด การเงินและบัญชี การบริหารงานทั่วไป การบริหารงานบุคคล รวมทั้งมีการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอันเป็น

⁵⁰ Para 29 and 31 of *Weltimmo v NAIH* (C-230/14, CJEU, 2015)

⁵¹ European Data Protection Board, **Guidelines 3/2018 on the Territorial Scope of the GDPR (Article 3) Version 2.1**, (Adopted on 12 November 2019), p.7.

⁵² *Google Spain SL, Google Inc. v AEPD, Mario Costeja González* (C-131/12, ECJ, 2014)

⁵³ Article 29 Data Protection Working Party, **Update of Opinion 8/2010 on Applicable Law in Light of the CJEU Judgement in Google Spain**, 00720/12/EN WP193, (Adopted on 16 December 2015), p.6.

ภารกิจหลักของสำนักงานและกิจกรรมดังกล่าวเกิดขึ้นจากการวางแผนงาน การบริหารจัดการโดยสำนักงานดังกล่าว เช่น การจัดงาน Road Show ในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส โดยทั้งสองสำนักงานจะส่งหนังสือเชิญผู้ประกอบการไทย นักท่องเที่ยวและผู้ประกอบการต่างชาติให้มาเข้าร่วมกิจกรรมเพื่อเป็นการประชาสัมพันธ์การท่องเที่ยวไทย จึงถือได้ว่าทั้งสองสำนักงานมีระบบการบริหารจัดการที่มั่นคง และมีประมวผลข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเป็นการดำเนินการในบริบทของกิจกรรมของสถานที่ตั้งในสหภาพยุโรป แม้การดำเนินการดังกล่าวจะเป็นการดำเนินการตามนโยบายของ ททท. สำนักงานใหญ่ ประเทศไทยก็ตาม แต่ทั้งสองสำนักงานยังคงมีอำนาจในการตัดสินใจในการกำหนดวัตถุประสงค์และวิธีการในการประมวผลข้อมูลส่วนบุคคลในแต่ละกิจกรรม ทั้งนี้เพื่อเป็นการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นภารกิจหลักของแต่ละสำนักงาน

4.1.2 ททท. สำนักงานใหญ่ ประเทศไทย⁵⁴

เมื่อพิจารณาลักษณะของการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของ ททท. สำนักงานใหญ่ แล้ว พบว่า ททท. สำนักงานใหญ่มีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลในฐานะเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล จึงตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แต่จากการสัมภาษณ์แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า มีประเด็นทำให้เกิดความสับสนว่าหากมีการเก็บรวบรวมข้อมูลของนักท่องเที่ยวต่างชาติ โดยททท. สำนักงานใหญ่ แล้ว จะทำให้ ททท. สำนักงานใหญ่อยู่ใต้บังคับของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศที่เป็นรัฐสัญชาติของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ ในกรณีนี้หากพิจารณาเงื่อนไขของการที่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลของแต่ละประเทศแล้วจะพบว่า มักจะไม่ได้คำนึงถึงสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหลัก⁵⁵ แต่จะพิจารณาจากสถานที่ตั้งของผู้ควบคุมข้อมูลหรือผู้ประมวผลข้อมูลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในขณะที่มีการประมวผลข้อมูลซึ่งมักจะมีความสัมพันธ์กับสถานที่อยู่ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในขณะที่มีการประมวผลข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าว เช่น การประมวผลข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลซึ่งเป็นพลเมืองของประเทศในเขตสหภาพยุโรปหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหภาพยุโรป หากการประมวผลนั้นเกิดขึ้นนอกสหภาพยุโรปโดยสำนักงานที่ตั้งอยู่นอกสหภาพยุโรป การประมวผลดังกล่าวก็จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของ GDPR ตราบเท่าที่ไม่มีการเสนอสินค้าหรือบริการให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือการเฝ้าติดตามพฤติกรรมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรป⁵⁶

⁵⁴ เนื่องจากสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งมีหน้าที่ในการกำกับดูแลให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ยังไม่มีแนวทางในการตีความกฎหมายในบางประเด็น ประกอบกับในบางกรณี ททท. สำนักงานใหญ่ตกอยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตาม GDPR ททท. สำนักงานใหญ่จึงกำหนดแนวทางในการปรับใช้หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามแนวทางการปรับใช้ GDPR เป็นหลัก

⁵⁵ European Data Protection Board, *Guidelines 3/2018 on the Territorial Scope of the GDPR (Article 3) Version 2.1*, (Adopted on 12 November 2019), p.10 and Recital 14 of GDPR

⁵⁶ Ibid., p. 16 and Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 8/2010 on the Applicable Law*, 0836-02/10/EN WP179, (Adopted on 16 December 2010), p.8.

ประเด็นถัดไปคือ หาก ททท. สำนักงานใหญ่เป็นผู้รับโอนข้อมูลส่วนบุคคลมาจาก ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต และททท. สำนักงานปารีส ททท. สำนักงานใหญ่จะอยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตาม GDPR หรือไม่ กรณีนี้ GDPR มาตรา 3(2) กำหนดไว้ชัดเจนว่า GDPR จะบังคับใช้ในกรณีที่มีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลที่อยู่ในสหภาพยุโรปโดยที่ผู้ควบคุมหรือผู้ประมวลผลมิได้อยู่ในสหภาพยุโรป เมื่อพิจารณาการประมวลผลนั้นเกี่ยวข้องกับ (a) การเสนอสินค้าหรือบริการให้แก่เจ้าของข้อมูลซึ่งอยู่ในสหภาพยุโรป โดยไม่คำนึงว่าจะมีการชำระเงินโดยเจ้าของข้อมูลหรือไม่ (b) การติดตามพฤติกรรมของเจ้าของข้อมูลที่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรป ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากกิจกรรมของ ททท. สำนักงานใหญ่แล้ว พบว่ามีการดำเนินกิจกรรมบางอย่างที่เกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลซึ่งอยู่ในสหภาพยุโรปซึ่งได้รับโอนมาจาก ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต และททท. สำนักงานปารีส ซึ่งเป็นผู้เก็บรวบรวมข้อมูลมาจากเจ้าของข้อมูลที่อยู่ในสหภาพยุโรป เช่น การรับโอนข้อมูลส่วนบุคคลของสื่อมวลชน/Influencer/Blogger ต่างประเทศ เพื่อนำไปใช้ในการจัดกิจกรรมท่องเที่ยวในประเทศไทย (FAM TRIP) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ชาวต่างชาติได้รับประสบการณ์การท่องเที่ยวที่ดีและกลับไปประชาสัมพันธ์การท่องเที่ยวไทย ซึ่งในการดำเนินกิจกรรมดังกล่าวถือว่า ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ททท. สำนักงานปารีส ททท. สำนักงานใหญ่ร่วมกันกำหนดวัตถุประสงค์และวิธีการในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ททท. สำนักงานใหญ่ จึงมีสถานะเป็นผู้ควบคุมร่วมที่อยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตาม GDPR

4.2 ททท. มีการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผย และประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลและข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษหรือไม่

4.2.1 ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมัน และททท. สำนักงานปารีส ประเทศฝรั่งเศส

หากพิจารณาจากกิจกรรมที่ดำเนินการโดย ททท. ทั้งสองสำนักงาน แล้วจะเห็นได้ว่าการเก็บรวบรวมข้อมูลหลากหลายประเภท ทั้งที่อยู่ในรูปแบบของเอกสารและไฟล์ดิจิทัลเพื่อดำเนินกิจกรรมที่มีความหลากหลาย จากผลการสัมภาษณ์พบว่าประเด็นปัญหาในการพิจารณาว่า ข้อมูลใดบ้างเป็นข้อมูลส่วนบุคคล เช่น เบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่ เลขหนังสือเดินทาง ข้อมูลเท็จ ฯลฯ ในกรณีนี้ A29WP อธิบายองค์ประกอบของข้อมูลส่วนบุคคลไว้ 4 ประการ ดังนี้ (1) “ข้อมูลใดก็ได้” กล่าวคือ เมื่อพิจารณา ลักษณะ คือ ข้อมูลใดก็ได้ทั้งที่เป็นรูปธรรม (เช่น เพศ) และนามธรรม (เช่น ความคิดเห็น การประเมิน) โดยไม่จำเป็นต้องได้รับการพิสูจน์แล้วว่าจริงหรือเท็จ เมื่อพิจารณา เนื้อหา คือ ข้อมูลที่เป็นเรื่องส่วนตัวของแต่ละบุคคลและชีวิตครอบครัว ซึ่งอาจมีความเกี่ยวข้องกับสถานะต่าง ๆ ของบุคคลนั้น เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับผลประเมินการปฏิบัติงานเมื่อมีสถานะลูกจ้าง ข้อมูลเกี่ยวกับสุขภาพเมื่อมีสถานะเป็นผู้ป่วย เมื่อพิจารณา รูปแบบ คือ อยู่ในรูปแบบใดก็ได้ที่สามารถเข้าถึงได้ เช่น ตัวเลข ตัวอักษร รูปภาพ เสียง (2) “ที่เกี่ยวข้องกับบุคคล” กล่าวคือ ข้อมูลบางอย่างอาจเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับวัตถุแต่สามารถเข้าถึงถึง

ตัวบุคคลได้ โดยจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ เนื้อหา และผลกระทบของข้อมูลที่มีต่อบุคคลในแต่ละกรณีด้วย เช่น ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ (3) “ถูกระบุหรือสามารถระบุอัตลักษณ์ได้” คือ ข้อมูลที่เป็นตัวบ่งชี้ที่ทำให้บุคคลนั้น ๆ แตกต่างจากบุคคลอื่น เช่น ส่วนสูง น้ำหนัก อาชีพ ซึ่งแบ่งเป็น 1. บ่งชี้โดยตรง (เช่น ชื่อ ภาพถ่าย) และ 2. บ่งชี้โดยอ้อม (เช่น เบอร์โทรศัพท์ เลขหนังสือเดินทาง) (4) “บุคคลธรรมดา” กล่าวคือ จะต้องเป็นข้อมูลของบุคคลธรรมดาที่มีชีวิต โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติและถิ่นที่อยู่⁵⁷

4.2.2 ททท. สำนักงานใหญ่ ประเทศไทย

เนื่องจาก ททท. สำนักงานใหญ่ มีระบบ Server ในการจัดเก็บข้อมูลของตนเอง จึงมีการบริหารจัดการความปลอดภัยของข้อมูลให้เป็นไปตามระบบมาตรฐานการจัดการความมั่นคงปลอดภัยด้านสารสนเทศต่าง ๆ เช่น ISO 27001⁵⁸ ซึ่งทำให้ต้องมีการใช้มาตรการทางเทคนิคต่าง ๆ เพื่อรักษาความมั่นคงปลอดภัยข้อมูลส่วนบุคคล เช่น การทำข้อมูลนิรนาม (Anonymisation) การทำข้อมูลแฝง (Pseudonymisation) จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาในการพิจารณาว่า เมื่อข้อมูลดังกล่าวไม่สามารถระบุอัตลักษณ์ได้ จึงไม่ใช่ข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ และส่งผลให้ ททท. ไม่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องเมื่อมีการประมวลผลข้อมูลดังกล่าวหรือไม่

ในกรณีของการทำข้อมูลนิรนาม (Anonymisation) GDPR Recital 26 ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “.....หลักเกณฑ์ในการคุ้มครองข้อมูลจะไม่บังคับใช้กับข้อมูลนิรนาม กล่าวคือ ข้อมูลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลธรรมดาที่ถูกระบุหรือสามารถระบุอัตลักษณ์ได้ หรือข้อมูลส่วนบุคคลที่แสดงผลในลักษณะที่เป็นนิรนามซึ่งไม่ถูกระบุหรือไม่สามารถระบุอัตลักษณ์ได้อีกต่อไป GDPR จะไม่ครอบคลุมไปถึงการประมวลผลข้อมูลนิรนาม รวมถึงการใช้ข้อมูลดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ทางสถิติและวิจัย” โดย A29WP แนะนำให้พิจารณาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเป็นรายกรณี โดยได้วิเคราะห์ถึงข้อจำกัดและความมีประสิทธิภาพของเทคนิคการทำข้อมูลนิรนามภายใต้หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปไว้หลากหลายประเด็น⁵⁹ ดังนั้น จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า การประมวลผลข้อมูลนิรนามไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

⁵⁷ Article 29 Data Protection Working Party, **Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data**, 01248/07/EN WP136, (Adopted on 20 June 2007), p.6-23.

⁵⁸ มาตรฐาน ISO 27001 เป็นแนวทางเชิงระบบที่ประกอบด้วยกระบวนการ เทคโนโลยี และบุคคลที่ช่วยปกป้องและจัดการกับข้อมูลองค์กรด้วยการจัดการความเสี่ยงที่มีประสิทธิภาพอย่างถูกต้องและครอบคลุมภายใต้หลักการสำคัญ 3 ประการ คือ การปกป้องข้อมูลให้เข้าถึงได้เฉพาะผู้ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น การปกป้องความถูกต้องครบถ้วนของข้อมูล และความพร้อมใช้งานของระบบข้อมูล, ศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่ สถาบันรับรองมาตรฐานไอเอสโอ, “มาตรฐานระบบการจัดการความมั่นคงปลอดภัยด้านสารสนเทศ (ISO 27001)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.masci.or.th/service/cert-iso27001/> [1 มีนาคม 2567]

⁵⁹ Article 29 Data Protection Working Party, **Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques**, 0829/14/EN WP216, (Adopted on 10 April 2014).

ในส่วนของการทำข้อมูลแฝง (Pseudonymisation) GDPR Article 4 (5) ได้ให้คำนิยามไว้ว่า หมายถึง “การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะที่ข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถระบุเจาะจงถึงบุคคลธรรมดาได้อีกต่อไปหากไม่มีการใช้ข้อมูลเพิ่มเติม โดยที่ข้อมูลเพิ่มเติมนี้นั้นจะต้องถูกเก็บแยกจากกันและอยู่ภายใต้มาตรการขององค์กรและมาตรการทางเทคนิคเพื่อให้แน่ใจได้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวจะไม่สามารถระบุถึงบุคคลธรรมดาที่ถูกระบุหรือสามารถระบุตัวบุคคลได้” กล่าวคือการแฝงข้อมูลถือเป็นกระบวนการในการปกปิดอัตลักษณ์ในลักษณะเป็นการลดโอกาสในการเชื่อมโยงข้อมูลชุดนั้น ๆ เข้ากับข้อมูลชุดอื่น ๆ เช่น การเข้ารหัสข้อมูล (Encryption) การทำแฮช (Hash) ฯลฯ GDPR Recital 28 ระบุว่า การใช้เทคนิคแฝงข้อมูลสามารถลดความเสี่ยงของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้และช่วยให้ผู้ควบคุมและผู้ประมวลผลสามารถปฏิบัติตามภาระหน้าที่ตามกฎหมายได้ GDPR มองว่าการแฝงข้อมูลเป็นมาตรการหนึ่งในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูล⁶⁰ นอกจากนี้ GDPR Recital 26 ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “.....หลักเกณฑ์ในการคุ้มครองข้อมูลจะบังคับใช้กับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลธรรมดาที่ถูกระบุหรือสามารถระบุตัวบุคคลได้ ข้อมูลส่วนบุคคลที่ผ่านกระบวนการแฝงข้อมูลที่สามารถบ่งชี้ไปยังบุคคลธรรมดาโดยการใช้ข้อมูลเพิ่มเติมควรได้รับการพิจารณาว่าเป็นข้อมูลที่สามารถระบุตัวบุคคลธรรมดาได้” ดังนั้น จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลแฝงในลักษณะที่สามารถระบุตัวบุคคลธรรมดาได้หากใช้ข้อมูลเพิ่มเติม เช่น ข้อมูลที่ถูกเข้ารหัสข้อมูล ฯลฯ จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

4.3 ททท. มีสถานะเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและ/หรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ อย่างไร

4.3.1 ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมัน และททท. สำนักงานปารีส ประเทศฝรั่งเศส

จากผลการสัมภาษณ์ พบว่า มีประเด็นปัญหาในการพิจารณาสถานะของททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต และททท. สำนักงานปารีส ในแต่ละกิจกรรม ว่าจะมีสถานะเป็นผู้ควบคุม ผู้ควบคุมร่วม ทั้งนี้ เนื่องจาก ททท. ทั้งสองสำนักงานมีการดำเนินกิจกรรมที่หลากหลายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่มีความหลากหลาย และในบางกรณีเป็นการดำเนินการร่วมกันกับหลายองค์กร ในกรณีนี้ EDPB ให้คำแนะนำเกี่ยวกับองค์ประกอบของผู้ควบคุมข้อมูลไว้ 5 ประการ ดังนี้ (1) “เป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล องค์กรสาธารณะหรือองค์กรอื่นใด” กล่าวคือ ไม่มีข้อจำกัดสำหรับสถานะของผู้ควบคุมข้อมูล จะเป็นบุคคลหรือองค์กรก็ได้ (2) “ผู้กำหนด” กล่าวคือ ต้องเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับการประมวลผล โดยพิจารณาจากกฎหมายที่ให้อำนาจ หรือจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นซึ่งมักจะเกี่ยวพันกับบทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบที่จะต้องดำเนินการ (3) “โดยลำพังหรือร่วมกัน” กล่าวคือ อาจมีผู้ควบคุมได้มากกว่าหนึ่ง

⁶⁰ Article 25 and 32 of GDPR

ในการตัดสินใจเกี่ยวกับวัตถุประสงค์และวิธีการสำหรับการประมวลผลข้อมูลชุดเดียวกัน (4) “วัตถุประสงค์และวิธีการ” กล่าวคือ ผู้ควบคุมจะต้องสามารถกำหนดทั้งในส่วนของวัตถุประสงค์และวิธีการในการประมวลผลเพื่อแสดงให้เห็นถึงอำนาจในการควบคุมและตัดสินใจที่มีต่อการประมวลผลข้อมูล โดยผู้ควบคุมสามารถมอบหมายให้บุคคลหรือองค์กรอื่นมีอำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับวิธีการประมวลผลได้แต่จะต้องไม่ใช่วิธีการที่จำเป็นสำหรับการประมวลผลนั้น ๆ วิธีการที่จำเป็นจะเกี่ยวพันใกล้ชิดกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของการประมวลผล เช่น ชนิดของข้อมูลที่ถูกประมวล ระยะเวลาในการประมวลผล ประเภทของผู้รับข้อมูล ประเภทของเจ้าของข้อมูล ฯลฯ และเกี่ยวพันใกล้ชิดกับเรื่องการประมวลผลที่ถูกต้องตามหลักกฎหมายจำเป็นและได้สัดส่วนหรือไม่ (5) “ของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล” กล่าวคือ การประมวลผลอาจจะมีหลายกระบวนการที่เกี่ยวข้องเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เดียวกัน ในส่วนของผู้ควบคุมร่วม EDPB แนะนำให้พิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ไม่พิจารณาแต่เพียงข้อตกลงระหว่างกัน โดยมุ่งพิจารณาว่าจะต้องเป็นลักษณะของการร่วมกันมากกว่า 1 ตัวตนที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจว่าทำไมจะต้องมีการประมวลผล และจะต้องประมวลผลด้วยวิธีการใด และจะต้องมีการตัดสินใจร่วมกัน ไม่ใช่ต่างฝ่ายต่างดำเนินการ แต่สามารถแบ่งหน้าที่กันทำได้ ในกรณีที่มีผู้ควบคุมมากกว่าหนึ่งใช้ข้อมูลจากฐานข้อมูลเดียวกันเพื่อดำเนินกิจกรรมให้บรรลุวัตถุประสงค์ของตนเอง โดยไม่มีการตัดสินใจร่วมกันในการใช้ข้อมูล ก็จะไม่ถือว่าผู้ควบคุมเหล่านั้นเป็นผู้ควบคุมร่วม⁶¹ นอกจากนั้น ผู้ควบคุมร่วมแต่ละฝ่ายไม่จำเป็นต้องสามารถเข้าถึงข้อมูลที่ประมวลผลก็ได้ แต่ต้องเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดวัตถุประสงค์และวิธีการที่จำเป็นสำหรับการประมวลผลข้อมูลนั้น ๆ⁶²

ดังนั้น ในกรณีที่ ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต หรือททท. สำนักงานปารีส จัดกิจกรรม Road Show ร่วมกับองค์กรภาครัฐหรือภาคเอกชนอื่น ๆ โดยมีการประชุมหารือเพื่อร่วมกันกำหนดแนวทางและวิธีการในการดำเนินกิจกรรมดังกล่าว และกำหนดภาระหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินงานต่าง ๆ ของแต่ละองค์กร เช่น ททท. มีหน้าที่ส่งหนังสือเชิญผู้ประกอบการไทย นักท่องเที่ยวและผู้ประกอบการนำเที่ยวต่างชาติเข้าร่วมงาน โดยองค์กรร่วมจัดจะเป็นผู้ส่งมอบรายชื่อผู้ประกอบการบางรายให้ ททท. รวมทั้งช่วยติดต่อประสานงานโดยตรงกับผู้ประกอบการ สื่อมวลชน หรือองค์กรอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่ออำนวยความสะดวกในการจัดกิจกรรม Road Show และทำหน้าที่ประชาสัมพันธ์งานกิจกรรม ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันคือสนับสนุนให้เกิดการท่องเที่ยวในประเทศไทย ในกรณี ททท. ทั้งสองสำนักงานและองค์กรร่วมจัดร่วมกันตัดสินใจในการกำหนดวัตถุประสงค์และวิธีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล จึงทำให้มีสถานะเป็นผู้ควบคุมร่วมตาม GDPR ดังนั้น ททท. ทั้งสองสำนักงานจึงมีหน้าที่จะต้องทำข้อตกลงกับหน่วยงานร่วมจัดเพื่อกำหนดภาระหน้าที่และความรับผิดชอบตามที่ GDPR Article 26 กำหนดไว้ แต่หากเป็นกรณีที่ ททท. ทั้งสองสำนักงานจัดกิจกรรม Road Show โดยได้รับการช่วยเหลือจากองค์กร

⁶¹ European Data Protection Board, **Guidelines 7/2020 on the Concepts of Controller and Processor in the GDPR Version 2.1**, (Adopted on 7 July 2021), p.9-24.

⁶² Para 38 of Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, (C-210/16, CJEU, 2018)

อื่น ๆ ในการประชาสัมพันธ์กิจกรรมโดยการแชร์โพสใน Facebook ขององค์กรนั้น ๆ โดยไม่ได้มีการประชุมร่วมกันเพื่อวางแผนการดำเนินงานหรือกำหนดภาระหน้าที่ระหว่างกัน กรณีเช่นนี้ ถือว่า ททท. ทั้งสองสำนักงานเป็นผู้ควบคุมและองค์กรอื่น ๆ ไม่มีสถานะเป็นผู้ควบคุมร่วม เนื่องจากไม่ได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจกำหนดแนวทางในการดำเนินงานรวมทั้งไม่มีส่วนร่วมในการกำหนดวัตถุประสงค์และวิธีการในการประมวลผลข้อมูลในการดำเนินกิจกรรมดังกล่าว

4.3.2 ททท. สำนักงานใหญ่ ประเทศไทย

จากข้อมูลสัมภาษณ์พบว่า เนื่องจาก ททท. สำนักงานใหญ่ มีบุคลากรจำนวนมากจากหลากหลายฝ่ายงาน จึงมีประเด็นพิจารณาในกรณีที่ ททท. สำนักงานใหญ่มีสถานะเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ บุคลากรผู้ปฏิบัติหน้าที่ดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ ซึ่งเป็นผู้เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลมาโดยตรงจากเจ้าของข้อมูลจะถือว่าเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลแยกต่างหากจาก ททท. สำนักงานใหญ่หรือไม่ และหากบุคลากรดังกล่าวโอนข้อมูลไปยังบุคลากรฝ่ายงานอื่น ๆ จะถือว่าเป็นบุคลากรผู้รับโอนเป็นผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลด้วยหรือไม่ ในกรณีนี้ EDPB ให้ความเห็นไว้ว่า กรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลคือองค์กร บุคลากรที่ทำงานในองค์กร เช่น CEO หรือพนักงานขององค์กร ที่ดำเนินการตามภาระหน้าที่ของตนในฐานะที่เป็นลูกจ้างขององค์กร จะไม่ถือว่าเป็นผู้ควบคุมแยกต่างหากจากองค์กร EDPB อธิบายลักษณะของผู้ประมวลผลไว้ว่าจะต้องเป็นอีกตัวตนที่แยกต่างหากจากผู้ควบคุมซึ่งมีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในนามของผู้ควบคุม ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็บุคลากรฝ่ายใดก็ตามที่เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเป็นการดำเนินการตามภาระหน้าที่ในฐานะเป็นลูกจ้างขององค์กร ไม่ว่าจะได้รับข้อมูลส่วนบุคคลมาโดยตรงจากเจ้าของข้อมูลหรือได้รับโอนข้อมูลมาจากอีกฝ่ายงานก็ตาม ก็จะไม่มีสถานะเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลแยกต่างหากจากองค์กร⁶³

นอกจากนั้น หาก ททท. สำนักงานใหญ่ จ้างบริษัทหรือบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินการต่าง ๆ ผู้รับจ้างดังกล่าวจะมีสถานะเป็นผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลก็ต่อเมื่อเป็นการรับจ้างประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเท่านั้นและผู้รับจ้างจะต้องทำตามคำสั่งของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่มีอำนาจตัดสินใจใด ๆ เลยหรือไม่ เนื่องจากในบางกรณีผู้รับจ้างเข้ามาดำเนินการในกิจกรรมหลักที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรง แต่การดำเนินการดังกล่าวส่งผลให้สามารถประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้และผู้รับจ้างสามารถกำหนดวิธีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้เอง เช่น การจ้างบริษัทเข้ามาดูแลเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยของระบบเทคโนโลยีสารสนเทศทั้งหมด ส่งผลให้บริษัทสามารถเข้าถึงและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในระบบ Server ของ ททท. ได้ จึงเกิดประเด็นพิจารณาว่าบริษัทผู้รับจ้างนี้ถือเป็นผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ผู้ควบคุมเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลของสหภาพยุโรป (European Data Protection Supervisory (EDPS)) แนะนำไว้ว่า เรื่องนี้จะต้องพิจารณา

⁶³ European Data Protection Board, *Guidelines 7/2020 on the Concepts of Controller and Processor in the GDPR Version 2.1*, (Adopted on 7 July 2021), p.3.

ข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี แม้ผู้ประมวลผลจะต้องดำเนินการตามสั่งของผู้ควบคุมเท่านั้น แต่ผู้ควบคุมสามารถให้อำนาจแก่ผู้ประมวลผลในการใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจเลือกวิธีการที่ดีที่สุดที่จะประมวลผลข้อมูลตามคำสั่งของผู้ควบคุมได้ เช่น ให้อำนาจแก่ผู้ประมวลผลในการเลือกวิธีการทางเทคนิคที่เหมาะสมในการดำเนินการตามคำสั่งของผู้ควบคุม⁶⁴ ดังนั้น บริษัทผู้รับจ้างดูแลเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยของระบบสารสนเทศดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

4.4 ททท. ใช้ฐานทางกฎหมายใดในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลและข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษ

4.4.1 ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมัน และททท. สำนักงานปารีส ประเทศฝรั่งเศส

ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต และททท. สำนักงานปารีส มีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ประกอบการและนักท่องเที่ยวในสหภาพยุโรป เช่น ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ส่วนตัว อีเมลส่วนตัว และในบางกรณีจะมีการประมวลผลข้อมูลสุขภาพ (เพื่อใช้ในการจัดเลี้ยงอาหารและ/หรืออำนวยความสะดวกกรณีเป็นคนที่พิการ) ฯลฯ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการท่องเที่ยวไทย ซึ่งข้อมูลบางส่วนจะถูกเก็บรวบรวมในลักษณะของนามบัตร หรือเป็นการรับแจ้งด้วยวาจา ในงานกิจกรรมต่าง ๆ เช่น งาน Road Show ที่สำนักงานเป็นผู้จัด โดยข้อมูลบางส่วน เช่น ข้อมูลรายละเอียดการติดต่อ (ชื่อ นามสกุล อีเมล) จะถูกนำไปทำเป็นฐานข้อมูลและแบ่งปันให้กับผู้เข้าร่วมงานคนอื่น ๆ ในงานนั้นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ข้างต้น ในกรณีนี้จึงเกิดประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า ททท. ทั้งสองสำนักงานจะประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวโดยใช้ฐานทางกฎหมายใด สามารถใช้ฐานเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุม (Legitimate Interests) ได้หรือไม่

GDPR กำหนดฐานทางกฎหมายสำหรับประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ใน Article 6 และกำหนดฐานทางกฎหมายสำหรับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษไว้ใน Article 9 ในส่วนฐานทางกฎหมายเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายจะเป็นฐานที่ใช้สำหรับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตาม Article 6 เท่านั้น จึงอาจกล่าวในเบื้องต้นได้ว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษไม่สามารถใช้ฐานเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายได้ โดย GDPR Article 9 อธิบายลักษณะของข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษไว้ แต่ไม่ได้ระบุกำหนดไว้ชัดเจนว่าเป็นข้อมูลใดบ้าง โดยใช้คำว่า “...ข้อมูลส่วนบุคคลที่เปิดเผยถึง...” (“... Personal Data *Revealing*...”)⁶⁵ ดังนั้น ข้อมูลดังกล่าวจึงอาจแบ่งขึ้นถึงข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษได้โดยตรงหรือบ่งชี้โดยอ้อมก็ได้⁶⁵ จึงสรุปได้ว่า ททท. ทั้งสองสำนักงานมีการประมวลผล

⁶⁴ European Data Protection Supervisor, *Guidelines on the Concepts of Controller, Processor and Joint Controllership under Regulation (EU) 2018/1725*, (Adopted on 7 November 2019), p.9-10.

⁶⁵ ดูคำอธิบายลักษณะของ “ข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษ” ตามบทบัญญัติของ GDPR ในหัวข้อ 3.1.2.

ข้อมูลชนิดพิเศษ คือ ข้อมูลสุขภาพ และเมื่อพิจารณาฐานทางกฎหมายตาม GDPR Article 9 แล้วพบว่า ททท. ทั้งสองสำนักงานจะต้องใช้ฐานความยินยอมโดยแจ้งชัดจากเจ้าของข้อมูลในการประมวลผลข้อมูลดังกล่าว โดยจะต้องดำเนินการขอความยินยอมให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ GDPR กำหนดไว้ เช่น จะต้องมีการแจ้งสิทธิในการถอนความยินยอมให้เจ้าของข้อมูลทราบก่อนและผู้ควบคุมจะต้องสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเจ้าของข้อมูลให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวแล้ว ฯลฯ⁶⁶ ในส่วนของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอื่น ๆ เช่น ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ส่วนตัว อีเมลส่วนตัวนั้น จะใช้ฐานทางกฎหมายเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมได้หรือไม่ ในกรณีนี้ GDPR Recital 47 กำหนดไว้ว่า ฐานเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมจะใช้ได้เมื่อการประมวลผลข้อมูลไม่เกินไปว่าผลประโยชน์หรือสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเจ้าของข้อมูลภายใต้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ควบคุมกับเจ้าของข้อมูล (เจ้าของข้อมูลอาจอยู่ในฐานะลูกค้าหรือผู้ใช้บริการของผู้ควบคุม) โดยจะต้องมีการประเมินอย่างระมัดระวังว่า เจ้าของข้อมูลสามารถคาดหมายได้อย่างมีเหตุผลในเวลาและในบริบทที่มีการเก็บรวบรวมข้อมูลว่าการประมวลผลตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวจะเกิดขึ้นหรือไม่ โดยยกตัวอย่างกรณีที่อาจใช้ฐานเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมได้ เช่น การประมวลผลเพื่อป้องกันการฉ้อโกง ฯลฯ แต่อย่างไรก็ตาม ฐานทางกฎหมายนี้มีความยืดหยุ่นค่อนข้างมาก จึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี A29WP ให้ความเห็นไว้ว่า บทบัญญัติตาม GDPR Article 6(f) กล่าวถึงฐานเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งแบ่งได้เป็น 3 องค์ประกอบที่ต้องมีการบ่งชี้ คือ (1) เป็นประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมหรือบุคคลที่สาม (ซึ่งข้อมูลถูกเปิดเผย) (2) เป็นการประมวลผลที่มีความจำเป็นต้องดำเนินการสำหรับวัตถุประสงค์ของประโยชน์ดังกล่าว (3) จะต้องทำให้สมดุลกันกับประโยชน์หรือสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเจ้าของข้อมูล โดยจะต้อง (3.1) ประเมินประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมหรือบุคคลที่สาม (3.2) ประเมินผลกระทบต่อเจ้าของข้อมูล (3.3) ทำให้สมดุลกัน (3.4) ปรับใช้มาตรการในการคุ้มครองข้อมูลเพิ่มเติมเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะส่งผลต่อเจ้าของข้อมูล⁶⁷

จากหลักกฎหมายข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า ททท. ทั้งสองสำนักงาน อาจใช้ฐานเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อส่งเสริมการท่องเที่ยวได้ ซึ่งรวมถึงการแชร์ฐานข้อมูลรายละเอียดการติดต่อให้กับผู้เข้าร่วมงานคนอื่น ๆ เนื่องจากเจ้าของข้อมูลสามารถคาดหมายได้ในขณะส่งมอบข้อมูลให้ ททท. ซึ่ง ททท. ได้แจ้งรายละเอียดดังกล่าวไว้ในหนังสือเชิญเข้าร่วมงานเรียบร้อยแล้ว ประกอบกับประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายที่จะเกิดขึ้นกับ ททท. ไม่เกินไปว่าประโยชน์และสิทธิ เสรีภาพของเจ้าของข้อมูลที่จะได้รับการประมวลผลดังกล่าว โดย ททท. จะต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความปลอดภัยข้อมูล เช่น การเข้ารหัสฐานข้อมูลและส่งมอบรหัส

⁶⁶ Article 4 (11), 7, and 13 of GDPR; Article 29 Data Protection Working Party, **Opinion 15/2011 on the Definition of Consent**, 01197/11/EN WP187, (Adopted on 13 July 2011), p.9,21.

⁶⁷ Article 29 Data Protection Working Party, **Opinion 06/2014 on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller under Article 7 of Directive 95/46/EC**, 844/14/EN WP217, (Adopted on 9 April 2014), p.23-34.

ให้กับผู้เข้าร่วมงานเท่านั้น ฯลฯ แต่อย่างไรก็ตาม ททท. ทั้งสองสำนักงานจะต้องมีการเก็บรวบรวมทั้งข้อมูลส่วนบุคคลและข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษไปพร้อมกัน ดังนั้น เพื่อให้ ททท. สามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้องและครบถ้วน จึงควรเร่งดำเนินการรับข้อมูลในรูปแบบของวาจา และส่งแบบฟอร์มลงทะเบียนในรูปแบบลายลักษณ์อักษรซึ่งระบุข้อความขอความยินยอมให้ ททท. สามารถประมวลผลข้อมูลแต่ละประเภทเพื่อวัตถุประสงค์ใดบ้าง โดยระบุให้ชัดเจนว่าจะต้องมีการแชร์ข้อมูลอะไรให้กับบุคคลหรือหน่วยงานใดบ้าง ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักที่ GDPR กำหนดไว้

ประเด็นถัดไป ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต และททท. สำนักงานปารีส จะสามารถโอนข้อมูลส่วนบุคคล (ชื่อ/นามสกุล/อีเมล) ของนักท่องเที่ยวและผู้ประกอบการไปยังบริษัทนำเที่ยวและผู้ประกอบการที่พักต่าง ๆ ที่มีสถานที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยได้หรือไม่ กรณีนี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าเป็นการโอนข้อมูลไปยังประเทศทั้งสามซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ใน Chapter V ของ GDPR หรือไม่ ซึ่ง EDPB กำหนดหลักเกณฑ์พิจารณาไว้ดังนี้ (1) ผู้ควบคุมหรือผู้ประมวลผล (“ผู้ส่งออก”) จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของ GDPR (2) ผู้ส่งออกเปิดเผยข้อมูลโดยการโอนหรือกระทำด้วยวิธีการอื่นใดที่ทำให้ข้อมูลสามารถเข้าถึงได้โดยผู้ควบคุมอื่น ๆ ผู้ควบคุมร่วม หรือผู้ประมวลผล (ผู้นำเข้า) (3) ผู้นำเข้าอยู่ในประเทศที่สาม (ประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปและไอซ์แลนด์ ลิกเตนสไตน์ นอร์เวย์)⁶⁸ ดังนั้น จากกรณีข้างต้น จึงถือว่า ททท. ทั้งสองสำนักงานมีการโอนข้อมูลไปยังประเทศที่สาม และเนื่องจากประเทศไทยไม่ได้รับการรับรอง (Adequacy Decision) โดยสหภาพยุโรปว่ามีระดับในการคุ้มครองข้อมูลที่เพียงพอ ททท. ทั้งสองสำนักงานจึงอาจโอนข้อมูลไปได้หากมีมาตรการป้องกันที่เหมาะสมตามหลักเกณฑ์ของ GDPR Article 46 เช่น การจัดทำ Standard Contractual Clauses ระหว่าง ททท. สำนักงานที่โอนข้อมูลกับหน่วยงานผู้รับโอนข้อมูลในประเทศไทย ทั้งนี้เพื่อให้มั่นใจได้ว่าข้อมูลที่ถูกโอนออกไปยังประเทศที่สาม จะได้รับการคุ้มครองในระดับที่สูงเช่นเดียวกับข้อมูลที่ถูกประมวลผลในสหภาพยุโรป โดยสหภาพยุโรปได้จัดทำและรับรองแบบฟอร์มของข้อสัญญาดังกล่าวไว้แล้วเพื่อให้องค์กรต่าง ๆ สามารถนำไปใช้ในบริบทตนได้อย่างเหมาะสม⁶⁹

4.4.2 ททท. สำนักงานใหญ่ ประเทศไทย

ททท. สำนักงานใหญ่มีการเก็บรวบรวมข้อมูลลายพิมพ์นิ้วมือของบุคลากรโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบันทึกและควบคุมเวลาเข้าออกงานของบุคลากร ซึ่งเป็นนโยบายของฝ่ายทรัพยากรบุคคลขององค์กร เนื่องจากบุคลากรมีนิติสัมพันธ์กับ ททท. ในรูปแบบของสัญญาจ้างแรงงาน บุคลากรจึงมีสถานะ

⁶⁸ European Data Protection Board, *Guidelines 05/2021 on the Interplay between the Application of Article 3 and the Provisions on International Transfers as per Chapter V of the GDPR Version 2.0*, (Adopted on 14 February 2023), p.6-11.

⁶⁹ European Data Protection Board, *Recommendations 01/2020 on Measures that Supplement Transfer Tools to Ensure Compliance with EU Level of Protection of Personal Data Version 2.0*, (Adopted on 18 June 2021), p.10-25.

เป็นลูกจ้างที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาจ้างซึ่งประกอบด้วยภาระหน้าที่ในการปฏิบัติตามนโยบายต่าง ๆ ขององค์กร จึงเกิดประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า ททท. สำนักงานใหญ่สามารถเก็บรวบรวมข้อมูลดังกล่าวไว้ภายใต้ฐานทางกฎหมายเป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นคู่สัญญาได้หรือไม่ ในกรณีนี้หากพิจารณาลักษณะของข้อมูลลายพิมพ์นิ้วมือแล้วพบว่า A29WP ได้กล่าวถึงข้อมูลลายพิมพ์นิ้วมือว่าเป็นข้อมูลชีวภาพ (Biometric) ประเภทหนึ่ง⁷⁰ ซึ่งมาตรา 26 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ กำหนดฐานทางกฎหมายสำหรับการเก็บรวบรวมข้อมูลดังกล่าวที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงานไว้ เช่น การคุ้มครองแรงงาน การประกันสังคม แต่ไม่ปรากฏฐานทางกฎหมายเป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้น ททท. สำนักงานใหญ่จึงต้องใช้ฐานความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ตามมาตรา 26 วรรคแรกในการเก็บรวบรวมข้อมูลดังกล่าว โดยใช้แบบขอความยินยอมซึ่งต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ เช่น ในกรณีนี้จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรในรูปแบบหนังสือหรือผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ แจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบถึงข้อมูลที่จะมีการจัดเก็บ วัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูล ประเภทของบุคคลหรือหน่วยงานซึ่งข้อมูลที่เกิดขึ้นจะถูกเปิดเผย โดยแยกส่วนของข้อความขอความยินยอมจากข้อความอื่นอย่างชัดเจน ใช้ภาษาที่อ่านง่าย เข้าใจได้ง่าย ไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ ฯลฯ⁷¹

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงข้างต้นแล้วพบว่าสาเหตุของปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติตามหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปและไทยในบริบทของ ททท. ก็คือ การที่ททท. มีสำนักงานตั้งอยู่หลายประเทศ มีการดำเนินกิจกรรมที่มีความหลากหลาย จึงทำให้มีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นจำนวนมากและมีความหลากหลาย และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการดำเนินการต่าง ๆ ททท. จำเป็นต้องมีการโอนหรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลให้กับบุคคลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้อง นอกจากนั้น การขาดความรู้ ความเข้าใจในหลักกฎหมายและการปรับใช้หลักกฎหมายที่เพียงพอของบุคลากรก็อาจส่งผลให้ ททท. มีแนวทางในการปฏิบัติตามกฎหมายที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานเดียวกัน จึงสามารถสรุปได้ว่า ปัจจัยทั้งหลายดังกล่าวอาจทำให้ ททท. ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ ททท. อยู่ภายใต้บังคับได้อย่างถูกต้องและครบถ้วน ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดความเสี่ยงที่ ททท. จะมีความรับผิดและต้องรับโทษตามกฎหมาย อันจะส่งผลกระทบต่อชื่อเสียง ความน่าเชื่อถือขององค์กรและประเทศชาติต่อไป ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเสนอแนะแนวทางที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับบริบทของททท. ในการจัดการกับปัญหาและอุปสรรคดังกล่าว โดยที่ไม่เป็นการก่อให้เกิดภาระหน้าที่ให้กับ

⁷⁰ Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 3/2012 on Developments in Biometric Technologies*, 00720/12/EN, (Adopted on 27 April 2012), p.4.

⁷¹ มาตรา 19 และ 23 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

บุคลากร ททท. มากเกินไปจนกระทบต่อการปฏิบัติงานในหน้าที่ และจะส่งผลกระทบยาวในลักษณะเป็นการป้องกันหรือลดอัตราการเกิดขึ้นของปัญหาและอุปสรรคในอนาคต รวมทั้งเป็นการวางแผนปฏิบัติที่ดี (Best Practice) ขององค์กรในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 จัดทำแผนผังข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของ ททท.

เพื่อเป็นการควบคุมดูแลการดำเนินงานกิจกรรมของ ททท. ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลให้เป็นไปตามหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งเพื่อแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทของ ททท. ททท.จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทราบรายละเอียดเกี่ยวกับแผนผังข้อมูลส่วนบุคคล (Data Mapping) ที่อยู่ในความครอบครองของ ททท. อย่างละเอียด ผู้วิจัยจึงแนะนำให้ ททท. จัดทำแผนผังข้อมูลฯ ของแต่ละสำนักงาน โดยแยกเป็นแต่ละฝ่ายงานและแยกเป็นรายการกิจกรรม ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถบริหารจัดการข้อมูลได้ง่าย เนื่องจากข้อมูลดังกล่าวจะต้องทำให้มีความทันสมัยอยู่เสมอและจะต้องมีการทบทวนอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง ซึ่งข้อมูลในแผนผังดังกล่าวนอกจากจะทำให้ ททท. สามารถควบคุมดูแลการดำเนินงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายแล้ว ก็ยังสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการจัดทำเอกสารต่าง ๆ เพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อีกด้วย เช่น แบบบันทึกรายการกิจกรรมการประมวลผล (Records of Processing Activities (RoPA))⁷² นโยบายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล คู่มือขององค์กรในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ฯลฯ⁷³

รายละเอียดที่ปรากฏในแผนผังข้อมูลฯ ของแต่ละฝ่ายงานจะประกอบด้วยลักษณะของกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคล วัตถุประสงค์ของการดำเนินงาน เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวม วิธีการเก็บรวบรวมข้อมูล สถานที่ในการจัดเก็บข้อมูล (Server หรือ Cloud) รูปแบบในการจัดเก็บข้อมูล (เอกสารหรือไฟล์ข้อมูล) กำหนดระยะเวลาในการเก็บรักษาข้อมูล มาตรการในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยข้อมูล ผู้ที่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้ การโอนหรือเปิดเผยข้อมูลให้บุคคลหรือองค์กรภายนอก และข้อมูลเกี่ยวกับผู้ควบคุมและเจ้าหน้าที่ที่คุ้มครองข้อมูล ซึ่งในกรณีนี้ องค์กรกำกับดูแลด้านคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศฝรั่งเศส (CNIL) ได้มีการเผยแพร่ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับ 6 กระบวนการและเครื่องมือสำหรับภาคธุรกิจในการเตรียมตัวเพื่อปฏิบัติตาม GDPR โดย CNIL

⁷² GDPR Article 30 กำหนดหน้าที่สำหรับองค์กรที่มีสถานะเป็นผู้ควบคุมและผู้ประมวลผล ให้ต้องจัดทำและเก็บรักษาแบบบันทึกรายการกิจกรรมการประมวลผล (Records of Processing Activities (RoPA)) ไว้เพื่อแสดงให้กับเจ้าหน้าที่ผู้ควบคุม (Supervisory Authority) เมื่อได้รับการร้องขอ และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 39 และ 40 (3) กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่ต้องจัดทำและเก็บแบบบันทึกรายการกิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและสำนักงานคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสามารถตรวจสอบได้

⁷³ ผู้วิจัยจัดทำแผนผังข้อมูลส่วนบุคคลของแต่ละฝ่ายงานของ ททท. โดยมีปรากฏรายละเอียดในเล่มรายงานฉบับสมบูรณ์ ซึ่ง ททท. จะนำข้อมูลไปบริหารจัดการและพัฒนาโปรแกรมเพื่อใช้ในการจัดทำแผนผังการเคลื่อนไหวของข้อมูล (Data Flow Diagram) ต่อไป

ระบุชัดเจนว่า การจัดทำและเก็บรักษาแผนผังข้อมูลส่วนบุคคล (Data Mapping) ขององค์กร ถือเป็นกระบวนการลำดับขั้นที่ภาคธุรกิจจะต้องดำเนินการเพื่อให้สามารถทราบรายละเอียดของกิจกรรมการประมวลผลข้อมูลขององค์กร ซึ่ง CNIL ได้แนบเอกสารซึ่งเป็นแบบฟอร์มตัวอย่างสำหรับการจัดทำแผนผังข้อมูลดังกล่าวด้วย⁷⁴ จึงแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า การจัดทำแผนผังข้อมูลฯ ขององค์กรถือเป็นกระบวนการขั้นต้นที่สำคัญสำหรับทุกองค์กรที่ต้องการปรับใช้หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทขององค์กรให้เกิดความมีประสิทธิภาพมากที่สุด และเนื่องจาก ททท. มีระบบ Server ซึ่งมีมาตรการในการรักษามั่นคงความปลอดภัยที่เป็นไปตามมาตรฐานของ ISO ต่าง ๆ รวมทั้งมีระบบโปรแกรมที่สามารถพัฒนาเพื่อใช้ในการบริหารจัดการแผนผังข้อมูลดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้วิจัยจึงแนะนำให้ททท. จัดทำแผนผังข้อมูลโดยใช้ระบบโปรแกรมขององค์กรและเก็บรักษาไว้ในระบบ Server ขององค์กร

นอกจากนั้น เพื่อให้สามารถทำความเข้าใจโครงสร้างการเคลื่อนไหวของข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของ ททท. และกระบวนการทำงานที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าวได้ง่ายขึ้น องค์กรควรจัดทำแผนผังการเคลื่อนไหวของข้อมูล (Data Flow Diagram) เพิ่มเติม ซึ่งในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ผู้ควบคุมเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลของสหภาพยุโรป (European Data Protection Supervisory (EDPS)) แนะนำให้มีการจัดทำแผนผังการเคลื่อนไหวของข้อมูลของกระบวนการดำเนินงาน (Data Flow Diagram of Process) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า แผนภาพ (Flowchart) เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างคำอธิบายที่เป็นระบบของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการควบคุมการดำเนินกิจกรรมการประมวลผลข้อมูลขององค์กรให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ GDPR กำหนดไว้⁷⁵

5.2 จัดทำคู่มือในการปฏิบัติตามหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปและไทย

เพื่อให้ ททท. สำนักงานใหญ่และสำนักงานสาขาต่าง ๆ มีแนวทางในการปรับใช้หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความชัดเจน มีมาตรฐานเป็นไปตามแนวทางเดียวกัน ผู้วิจัยแนะนำให้ ททท. จัดทำคู่มือในการปฏิบัติตามหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของแต่ละสำนักงาน เนื่องจากแต่ละสำนักงานของ ททท. จะตั้งอยู่ในเขตของประเทศที่แตกต่างกัน ซึ่งประเด็นเรื่องสถานที่ตั้งถือเป็นเงื่อนไขตามกฎหมายประการหนึ่งที่จะทำให้สำนักงานนั้น ๆ อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศที่สำนักงานนั้นตั้งอยู่ ซึ่งในแต่ละประเทศอาจมีการกำหนดบทบัญญัติเฉพาะเพิ่มเติม เช่น ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมัน อยู่ภายใต้บังคับที่จะต้องปฏิบัติตาม GDPR และ the Federal Data Protection Act (BDSG) ซึ่งเป็นกฎหมายคุ้มครองข้อมูลของประเทศเยอรมัน โดย BDSG

⁷⁴ CNIL, “Comment se préparer au règlement européen sur la protection des données ?,” [online] Available from : <https://www.cnil.fr/fr/comment-se-preparer-au-reglement-europeen-sur-la-protection-des-donnees> [1 March 2024]

⁷⁵ European Data Protection Supervisory, **Flowcharts and Checklists on Data Protection**, (2020).

กำหนดหลักเกณฑ์ที่มีความเฉพาะเพิ่มเติมไปจาก GDPR เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการบันทึกภาพจากกล้อง เพื่อเฝ้าระวังในพื้นที่สาธารณะซึ่งสามารถดำเนินการได้ภายใต้เงื่อนไข ดังนี้ 1. สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานภาครัฐ 2. เพื่อใช้สิทธิในการพิจารณาอนุญาตหรือปฏิเสธการเข้าพื้นที่ 3. เพื่อใช้ในการคุ้มครองประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจง และจะต้องมีการแจ้งชื่อและข้อมูลติดต่อของเจ้าของผู้ควบคุมข้อมูลให้เจ้าของข้อมูลทราบด้วย ฯลฯ⁷⁶ นอกจากนี้ ททท. สำนักงานแฟรงก์เฟิร์ต ประเทศเยอรมัน จะต้องปฏิบัติตามแนวทางเฉพาะที่กำหนดโดยหน่วยงานกำกับดูแลของประเทศเยอรมัน (Federal Commissioner for Data Protection and Freedom of Information (BfDI)) เพิ่มเติมด้วย

ด้วยเหตุที่บริบทการทำงานของบุคลากรในแต่ละสำนักงานสาขามีความแตกต่างกัน เช่น บางสำนักงานจำเป็นต้องมีการจ้างบริษัทเพื่อเข้ามาบริหารจัดการงานในบางกิจกรรม หรือบางสำนักงานมีงบประมาณน้อยสำหรับการบริหารจัดการเกี่ยวกับการจัดเก็บข้อมูลขององค์กร ฯลฯ จึงอาจทำให้ต้องมีการกำหนดแนวทางที่มีความแตกต่างกันเพื่อให้แนวทางดังกล่าวมีความเหมาะสมและสามารถปฏิบัติได้จริง ไม่สร้างภาระและค่าใช้จ่ายที่มากเกินไปจนความจำเป็น ซึ่งในเรื่องนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของภาระหน้าที่ของททท. ในฐานะเป็นผู้ควบคุมข้อมูลที่จะต้องปฏิบัติตามหลัก Data Protection by Design and by Default ซึ่ง EDPB แนะนำว่าหลักการดังกล่าวองค์กรจะต้องพิจารณาเป็นลำดับต้น ๆ เมื่อมีการประมวลผลข้อมูล กล่าวคือ ต้องทำให้แน่ใจว่ามีมาตรการในการคุ้มครองข้อมูลที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมทั้งที่เกิดขึ้นโดยการออกแบบและการตั้งค่าเริ่มต้น ในส่วนของการออกแบบ ผู้ควบคุมข้อมูลควรจะสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าการใช้มาตรการทางเทคนิคและมาตรการขององค์กรที่เหมาะสมในการประมวลผลข้อมูลซึ่งได้ปรับใช้หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะที่มีประสิทธิภาพและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นสำคัญ ในส่วนของการตั้งค่าเริ่มต้น ผู้ควบคุมข้อมูลควรกำหนดไว้ว่าข้อมูลที่จะถูกประมวลผลนั้นจะต้องเป็นข้อมูลที่มีความจำเป็นเฉพาะเจาะจงสำหรับแต่ละวัตถุประสงค์เท่านั้น⁷⁷ ดังนั้น การจัดทำคู่มือแยกตามสำนักงานจะทำให้ ททท. สามารถบริหารจัดการในเรื่องของปรับใช้หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้อย่างเหมาะสมกับบริบทของแต่ละสำนักงานและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยระบุในระเบียบการปฏิบัติงานขององค์กรให้เป็นหน้าที่ที่บุคลากรจะต้องปฏิบัติตามคู่มือ ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามก็จะส่งผลกระทบต่อประเมินผลการปฏิบัติงานประจำปี

ในส่วนของรายละเอียดที่ปรากฏในคู่มือจะประกอบด้วยแนวทางในการดำเนินงานในแต่ละกิจกรรม แบ่งออกเป็นขั้นตอนเริ่มตั้งแต่ (1) การเก็บรวบรวมข้อมูล : กำหนดช่องทางและวิธีการในการเก็บรวบรวม รวมทั้งข้อมูลที่จะต้องแจ้งเจ้าของข้อมูลเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้เปิดเผยและประมวลผลข้อมูล (เช่น วัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ข้อมูลที่เก็บรวบรวม ระยะเวลาในการเก็บรวบรวม ฯลฯ)

⁷⁶ Section 22 (2), 27 and 28 of BDSG

⁷⁷ European Data Protection Board, *Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default Version 2.0*, (Adopted on 20 October 2020), p.5.

วิธีการแจ้งข้อมูล ฐานทางกฎหมายในการเก็บรวบรวมข้อมูล (2) การจัดเก็บข้อมูล : กำหนดรูปแบบในการจัดเก็บข้อมูล(เอกสาร/ไฟล์ดิจิทัล) สถานที่ในการจัดเก็บข้อมูล (ตู้เก็บเอกสารที่มีกุญแจล็อค/Server/Cloud) มาตรการในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลแต่ละประเภท (3) การใช้ข้อมูล : กำหนดผู้มีสิทธิเข้าถึงข้อมูล ระยะเวลาในการเก็บรักษาข้อมูล วิธีการและกระบวนการในการทำลายข้อมูล (4) การเปิดเผย/โอนข้อมูล : บุคคลหรือองค์กรผู้รับโอน วัตถุประสงค์และฐานทางกฎหมายในการเปิดเผย มาตรการในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลเมื่อมีการโอน⁷⁸ รายละเอียดที่ปรากฏในคู่มือดังกล่าวไม่เพียงแต่จะช่วยให้บุคลากรสามารถปรับใช้หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้อย่างถูกต้องและครบถ้วนเท่านั้น แต่สามารถใช้เป็นหลักฐานเพื่อแสดงให้เห็นได้ว่า ททท. มีแนวทางที่ชัดเจนในการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย เช่น แนวปฏิบัติดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่า ททท. มีการประมวลผลข้อมูลเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความเป็นธรรม หลักความโปร่งใส หลักการกำหนดขอบเขตของวัตถุประสงค์ หลักการใช้ข้อมูลให้น้อยที่สุด หลักความแม่นยำ หลักการกำหนดขอบเขตการเก็บรักษา หลักความสมบูรณ์และเป็นความลับ⁷⁹ นอกจากนี้ การจัดทำคู่มือดังกล่าวสามารถสะท้อนให้เห็นถึงการปฏิบัติตามหลักความรับผิดชอบ (Accountability) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่จะทำให้แน่ใจได้ว่าได้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย แนวคิดของหลักการนี้คือการมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติตามกฎหมายและต้องสามารถแสดงให้เห็นว่ามีการปฏิบัติตามหลักกฎหมาย ซึ่ง GDPR กำหนดให้เป็นภาระหน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูล ดังนั้น ททท. ในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลสำหรับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในกิจกรรมต่าง ๆ จึงสามารถใช้คู่มือขององค์กรเป็นเครื่องมือในการแสดงให้เห็นถึงความรับผิดชอบขององค์กรในการปฏิบัติตามภาระหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้อย่างชัดเจน⁸⁰

5.3 จัดอบรมเพื่อสร้างความรู้ ความเข้าใจและสร้างความตระหนักให้กับบุคลากร

ปัจจัยประการสำคัญที่จะทำให้การปรับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทของททท. มีประสิทธิภาพสูงสุด คือ การที่บุคลากรมีความรู้ ความเข้าใจหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของตน กล่าวคือ เมื่อได้อ่านนโยบายและคู่มือขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับแนวทางในการปฏิบัติงานเพื่อให้เป็นไปตามหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว บุคลากรสามารถดำเนินการตามแนวทางดังกล่าวได้อย่างถูกต้องและครบถ้วน เป็นไปตามมาตรฐานเดียวกัน โดยผู้วิจัยแนะนำให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลขององค์กรจัดหลักสูตรอบรมพร้อมทั้งวัดผลความรู้เพื่อเป็นการสร้างความรู้ ความเข้าใจให้แก่บุคลากรอย่างสม่ำเสมอ อย่างน้อยปีละ 2-3 ครั้งเพื่อเป็นการทบทวนความรู้เกี่ยวกับหลักกฎหมายซึ่งอาจมีการแก้ไขเพิ่มเติม และเพื่อทำความเข้าใจร่วมกันถึงแนวปฏิบัติ

⁷⁸ ผู้วิจัยดำเนินการจัดทำคู่มือการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของ ททท. สำนักงานใหญ่ ททท. สำนักงานแพร่ภัทร์ และททท. สำนักงานปารีส โดย ททท. ได้เผยแพร่คู่มือดังกล่าวภายในองค์กรทั้งในรูปแบบเอกสารและไฟล์ดิจิทัล

⁷⁹ Article 5 of GDPR

⁸⁰ Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 03/2010 on the Principle of Accountability*, 00062/10/EN WP173, (Adopted on 13 July 2010), p.9-10.

ใหม่ ๆ ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการที่องค์กรกำกับดูแลเผยแพร่คำแนะนำ แนวทางใหม่ ๆ ในการปฏิบัติตามกฎหมาย รวมทั้งเป็นการเปิดโอกาสให้บุคลากรได้แลกเปลี่ยนประสบการณ์ ปัญหา อุปสรรคที่เกิดขึ้น เพื่อร่วมกันค้นหาแนวทางและวิธีการในการแก้ไขหรือกำหนดแนวปฏิบัติใหม่ที่เหมาะสม เป็นไปได้ และมีประสิทธิภาพมากที่สุด ซึ่งถือเป็นวิธีการในการควบคุมดูแลบุคลากรให้ปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้องและครบถ้วน

นอกจากนั้น การสร้างความตระหนักให้กับบุคลากรให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลถือเป็นปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะทำให้การปรับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทขององค์กรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ⁸¹ โดยบุคลากรจะต้องทราบถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่ทำให้เกิดความเสี่ยงต่อความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งทราบแนวทางในการลดความเสี่ยงและการบริหารจัดการกับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น ตลอดจนผลกระทบและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากความเสี่ยงดังกล่าวในกรณีที่ไม่สามารถบริหารจัดการได้ ซึ่งก็คือมีความรับผิดชอบและต้องรับผิดชอบต่อตามกฎหมาย และในท้ายที่สุดก็จะส่งผลต่อความน่าเชื่อถือและภาพลักษณ์ขององค์กรและประเทศไทยต่อไป สำหรับแนวทางในการสร้างความตระหนักดังกล่าวสามารถดำเนินการได้โดยการจัดอบรมให้ความรู้ การประชาสัมพันธ์แนวปฏิบัติผ่านสื่อต่าง ๆ เช่น โปสเตอร์ คลิปวิดีโอ ฯลฯ การจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมความรู้ความเข้าใจ เช่น การตอบคำถามชิงรางวัลในงานสัมมนาบุคลากรประจำปี ฯลฯ รวมทั้งการจัดทำคู่มือขององค์กรในการปฏิบัติตามกฎหมายก็สามารถทำให้บุคลากรเกิดความความตระหนักได้เช่นกัน การที่เจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลขององค์กรจัดให้มีหลักสูตรอบรม และจัดกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อเป็นการสร้างความรู้ ความเข้าใจในหลักกฎหมายและสร้างความตระหนักให้กับบุคลากรในรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลและคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้น นอกจากจะส่งผลดีต่อการปรับใช้กฎหมายในบริบทขององค์กรแล้ว ยังถือเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายในส่วนของการระหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามที่ GDPR และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ กำหนดไว้อีกด้วย กล่าวคือ เจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลขององค์กรมีหน้าที่ให้คำแนะนำรวมทั้งตรวจสอบควบคุมดูแลบุคลากรให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่ง GDPR ให้ความหมายรวมถึง การมอบหมายความรับผิดชอบ การสร้างความตระหนัก การจัดอบรมที่เกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลและการตรวจสอบที่เกี่ยวข้อง⁸²

⁸¹ European Data Protection Board, “Secure Personal Data (Organisational Measures_Raising User Awareness),” [online] Available from : https://www.edpb.europa.eu/sme-data-protection-guide/secure-personal-data_en [1 March 2024]

⁸² Article 39 of GDPR และมาตรา 42 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบुरายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ

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

2. รูปแบบผลงาน

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

3. การอ้างอิง

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

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

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

- 3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่
 1. (ภาษาไทย)
<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr-9lcl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCu>
 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 โดยผู้เขียนสามารถส่งผลงานผ่านเว็บไซต์ของวารสารกฎหมายในระบบ Thai Journals Online (ThaiJO) ได้ที่
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้
 - 1) โปรดเข้าไปยังเว็บไซต์ของวารสาร ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index> (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของเว็บไซต์)
 - 2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิก จะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน จึงจะส่งบทความได้
 - 3) ศึกษา “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” อย่างละเอียด เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่วารสารกำหนด
 - 4) ส่งบทความมายังวารสาร
 - 5) คำอธิบายเพิ่มเติมสามารถศึกษาได้ที่
<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

กระบวนการพิจารณาผลงาน

การพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้เขียนส่งผลงานมายังกองบรรณาธิการเพื่อขอรับการพิจารณา ผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้วผู้เขียนจะได้รับแจ้งว่าผลงานเข้าสู่ระบบแล้ว

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

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

ข้อกำหนดอื่น

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ไหนมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วัน นับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
2. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง
3. ผลงานที่ส่งมาไม่ได้ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
4. กองบรรณาธิการสามารถแก้ไขเพิ่มเติม และ/หรือปรับเปลี่ยนรูปแบบของผลงานให้เป็นไปตามที่กองบรรณาธิการกำหนด และนำผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายมาแปลงเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (PDF) เพื่อเผยแพร่ในเว็บไซต์ของห้องสมุดระบบออนไลน์สำหรับการศึกษา ค้นคว้าและอ้างอิงแก่คณาจารย์และนิสิต และเผยแพร่ผลงานต่อไปได้ในอนาคต
5. การพิจารณาผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์เป็นดุลพินิจของกองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย และผลการประเมินจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด โดยที่กองบรรณาธิการจะไม่รับผิดชอบในเนื้อหาหรือความถูกต้องของผลงาน

Author's Guidelines

Preparing Manuscript

Manuscripts submitted for consideration to be published by Chulalongkorn University 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) Typewritten on A4 size (21 x 29.4 centimeters) on one side.
 - 3) Use top and bottom margin at 1 inch (2.54 centimeters) and left and right margin at 1 inch (2.54 centimeters).
 - 4) Use TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 16 points for content.
 - 5) Use single spacing.
3. Citation Style:
 - 1) Use footnote format for citation, using TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 12.5 points.
 - 2) Use Chicago Style Citation, which corresponds with the prescribed citation format style used for writing dissertations or thesis at Faculty of Law, Chulalongkorn University, for instance:

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

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

3) For more information, please visit:

1. (Thai)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr-9Icl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCu>

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 University 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 University 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 three 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 hereof onwards.
5. Decision whether to publish the manuscript solely belongs to the Editorial Board, and such decision shall be final. The Editorial Board is not responsible for any contents nor accuracy in the manuscript.

จริยธรรมการตีพิมพ์

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

ผู้เขียนจะต้อง

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

หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

บรรณาธิการจะต้อง

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

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

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

ผู้ประเมินจะต้อง

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

Publication Ethics

Responsibilities of Authors

Authors must:

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

Responsibilities of the Editor-in-Chief

The Editor-in-Chief must:

1. Ensure that the published manuscripts are in line with the aim and scope of Chulalongkorn University 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 University 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.