



ปีที่ 43 ฉบับที่ 4 เดือนตุลาคม-ธันวาคม 2568

วารสารกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY LAW JOURNAL

บทความวิชาการ

การกำกับดูแลแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีอำนาจเหนือตลาด:
บทเรียนจากประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น

ศักดา ธนิตกุล

หลักความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายปกครอง: พัฒนาการ
แนวคิดเชิงเปรียบเทียบ และบทวิเคราะห์สำหรับประเทศไทย

ปภาณภณ ปกั๊งกรูรินทร์

บทความวิจัย

การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกในฐานะความผิดทางอาญาร้ายแรง

ณฐา วิเชียร

มาตรการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็ก: กรณีศึกษาการโฆษณา
โดยเจาะจงตัวบุคคลในประเทศไทย

เจนจิรา ดาวเรือง

หลักการพัฒนาที่ยั่งยืนในกฎหมายป่าไม้ของประเทศไทย:
พัฒนาการทางประวัติศาสตร์จากอดีตจนถึงปัจจุบัน

ปวรุตม์ จงศิริรักษ์

นัยของพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน
ต่อการทำหน้าที่ของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์
ระหว่างประเทศ

โชติกา วิทยาวรากุล

CHULALONGKORN UNIVERSITY LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 43 ฉบับที่ 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2568)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริศ เอกจริยกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชฌู เครื่องงาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มันทาภรณ์	รองศาสตราจารย์ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โหมะโลกุล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(รองศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์)

บรรณาธิการ

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

รองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปภาวดี ธโนดมเดช	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
---------------------------------------	---

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
รองศาสตราจารย์ ดร.บุญญรัตน์ โชคบัณฑิตชัย	คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
ดร.สุพรรณวษา โชติปัญญา ณัฏฐ์	กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
นางสันทิพย์ ดิษยบุตร	สำนักงานอัยการสูงสุด

กองจัดการ

สุพิชา จินฉนวนโส	วรลักษณ์ ทองใบ
วรินทร์ทิพย์ สายมงคลเพชร	

Chulalongkorn University Law Journal
Volume 43 Issue 4 (October-December 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	(Associate Professor Dr.Suphasit TAWEEJAMSUP)

Editor-in-Chief

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

Deputy Editor

Assistant Professor Dr.Papawadee TANODOMDEJ	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
---	---

Editorial Board

Professor Dr.Pairojana KAMPUSIRI	Faculty of Law Thammasat University
Associate Professor Dr.Boonyarat CHOKBANDANCHAI	Faculty of Law Naresuan University
Dr.Suphanvasa Chotikajan TANG	Department of Treaties and Legal Affairs Ministry of Foreign Affairs
Mrs.Santanee DITSAYABUT	Office of the Attorney General

Management Team

Supicha CHINNAVASO	Vorraluk THONGBAI
Warintip SAIMONGKONPET	

วัตถุประสงค์

“วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวารสารทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการ ด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาที่น่าสนใจ 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 จะพิจารณารับตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- **บทความวิชาการ** หมายถึง บทความที่นำเสนอข้อมูลใหม่ ๆ ในสาขานิติศาสตร์ และแสดง การวิเคราะห์หรือวิจารณ์ข้อมูลนั้นทั้งในเชิงทฤษฎี นิตินโยบาย หรือทางปฏิบัติ และให้ ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขาวิชานิติศาสตร์และต่อสังคมใน วงกว้าง ทั้งนี้ บทความวิชาการควรประกอบด้วย ความนำ เนื้อเรื่อง ซึ่งแบ่งเป็นประเด็นหลัก ประเด็นรอง ประเด็นย่อย และบทสรุป
- **บทความวิจัย** หมายถึง บทความที่มีฐานมาจากการวิจัยสาขานิติศาสตร์ และแสดง ข้อค้นพบจากการวิจัยนั้นอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ บทความวิจัยควรประกอบด้วย ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ สมมติฐานของการวิจัย (ถ้ามี) ขอบเขตที่ครอบคลุม ในการวิจัย ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง วิธีดำเนินการวิจัย (เช่น ข้อมูลประชากร กลุ่มตัวอย่าง การสุ่มตัวอย่าง เครื่องมือการวิจัย การเก็บรวบรวมข้อมูล และการวิเคราะห์ข้อมูล เป็นต้น) ผลการวิจัย (สรุปผลการวิจัย อภิปรายผลและข้อเสนอแนะ)

บทความหรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวรรณกรรม และความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และ กองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ 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 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยฉบับนี้เป็นฉบับประจำปีที่ 43 ฉบับที่ 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2568) ในส่วนเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงประกอบไปด้วยผลงานที่น่าสนใจและมีความหลากหลายทั้งบทความในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัย ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง “การกำกับดูแลแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีอำนาจเหนือตลาด: บทเรียนจากประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น” เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล ภาควิชานิติศาสตร์ สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ สำนักธรรมศาสตร์และการเมือง ราชบัณฑิตยสภา

บทความที่สองเป็นบทความวิชาการเรื่อง “หลักความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายปกครอง: พัฒนาการ แนวคิดเชิงเปรียบเทียบ และบทวิเคราะห์สำหรับประเทศไทย” เขียนโดย คุณภาณภณ ปภังกรภูรินท์ ผู้อำนวยการกองบริหารงาน คณะนิติศาสตร์และนวัตกรรมจัดการ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

บทความที่สามเป็นบทความวิจัยเรื่อง “การรอกำหนดโทษหรือรอกำหนดโทษจำคุกในฐานะความผิดทางอาญาร้ายแรง” เขียนโดย คุณณฐา วิเชียร นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง “มาตรการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็ก: กรณีศึกษาการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลในประเทศไทย” เขียนโดย คุณเจนจิรา ดาวเรือง นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่ห้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง “หลักการพัฒนาที่ยั่งยืนในกฎหมายป่าไม้ของประเทศไทย: พัฒนาการทางประวัติศาสตร์จากอดีตจนถึงปัจจุบัน” เขียนโดย คุณปวรุตม์ จงศิริรักษ์ นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง “นัยของพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่อการทำหน้าที่ของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการหวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่
ในวารสารฉบับนี้ กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสาร
กฎหมายมาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่ง
ที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อ ๆ ไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 43 ฉบับที่ 4

(ตุลาคม-ธันวาคม 2568)

สารบัญ

-
- บทความวิชาการ**
 - 1-24 การกำกับดูแลแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีอำนาจเหนือตลาด: บทเรียนจากประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น
ศักดา ธนิตกุล
 - 25-69 หลักความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายปกครอง: พัฒนาการ แนวคิดเชิงเปรียบเทียบและบทวิเคราะห์สำหรับประเทศไทย
ปภาณภณ ปังกรภูรินทร์
 - บทความวิจัย**
 - 71-108 การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกในฐานะความผิดทางอาญาร้ายแรง
ณัฐา วิเชียร
 - 109-140 มาตรการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็ก: กรณีศึกษาการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลในประเทศไทย
เจนจิรา ดาวเรือง
 - 141-174 หลักการพัฒนาที่ยั่งยืนในกฎหมายป่าไม้ของประเทศไทย: พัฒนาการทางประวัติศาสตร์จากอดีตจนถึงปัจจุบัน
ปวรุตม์ จงศิริรักษ์
 - 175-217 นัยของพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่อการทำหน้าที่ของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ
โชติกา วิทยาวรากุล

* บทความและความคิดเห็นใด ๆ ใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Chulalongkorn University Law Journal

Vol. 43 No. 4

(October-December 2025)

Contents

- *Academic articles*

1-24 **Regulation of Dominant E-Commerce Platform: Lessons from the United States and Japan**
Sakda Thanitcul

25-69 **The Principle of Legitimate Expectations in Administrative Law: Development, Comparative Concepts, and Analysis for Thailand**
Paphanphon Paphangkornphurin

- *Research articles*

71-108 **Suspension of Sentence and Suspension of Punishment for Serious Criminal Offenses**
Natha Wichien

109-140 **Protective Measures on Children's Right to Privacy: A Case Study of Targeted Advertisement in Thailand**
Janejira Daorueang

141-174 **The Principle of Sustainable Development of Thailand's Forestry Laws: A Historical Development from Past to Present**
Pawarut Jongsirirag

175-217 **Implications of International Investment Agreement's Obligations on a Supervisory Function of Domestic Courts over International Commercial Arbitration**
Chotika Wittayawarakul

* 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.

บทความวิชาการ
ACADEMIC ARTICLES

การกำกับดูแลแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีอำนาจเหนือตลาด:
บทเรียนจากประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น
Regulation of Dominant E-Commerce Platform:
Lessons from the United States and Japan

ศักดา ธนิตกุล
Sakda Thanitcul

ศาสตราจารย์ ดร.

ภาคีสมาชิก ประเภทวิชานิติศาสตร์ 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: July 3, 2025; Revised: August 19, 2025; Accepted: November 25, 2025)

บทคัดย่อ

จากการศึกษาเปรียบเทียบการกำกับดูแลการผูกขาดในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น ผู้เขียนได้ค้นพบว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายต่อต้านทรสต์ของประเทศสหรัฐอเมริกาคือ “ประสิทธิภาพ” และ “สวัสดิการผู้บริโภค” ทำให้ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายต่อต้านทรสต์ของประเทศสหรัฐอเมริกาประสบปัญหาในการกำกับดูแลการผูกขาดโดยบริษัทแพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์ที่มีอำนาจเหนือตลาด เนื่องจากผู้บริโภคได้ประโยชน์จากการผูกขาดดังกล่าว แม้ว่าผู้มีส่วนได้เสียอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งคู่ค้าที่เป็นบริษัทขนาดกลางและขนาดย่อม (Small and Medium Enterprise: SME) จะถูกเอารัดเอาเปรียบก็ตาม ส่วนในประเทศญี่ปุ่น วัตถุประสงค์ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด คือ การสนับสนุนและรักษาไว้ซึ่ง “การแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม” ซึ่งหมายความรวมถึงการปกป้อง SMEs จากการถูกเอารัดเอาเปรียบและพฤติกรรมกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) ของบริษัทขนาดใหญ่ด้วย ส่วนวัตถุประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยมีความคล้ายคลึงกับประเทศญี่ปุ่น จึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมกีดกันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกัน ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศไทยออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มตัวกลางการซื้อขาย (E-Commerce) ที่มีอำนาจเหนือตลาดในประเทศไทย

คำสำคัญ: กฎหมายต่อต้านทรัสต์, กฎหมายป้องกันการผูกขาด, กฎหมายแข่งขันทางการค้า, การใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม, การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม, พฤติกรรมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม, ธุรกิจแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

Abstract

A comparative study on antitrust enforcement between the United States and Japan finds that the objective of U.S. antitrust law is focusing on “efficiency” and “consumer welfare.” In the era of the digital economy, this emphasis has hindered U.S. enforcement agencies from effectively regulating monopolistic behavior by powerful platform-based electronic companies. That’s because consumers often benefit from such monopolies—even when other stakeholders, especially small and medium-sized enterprises (SMEs), are being disadvantaged. In contrast, Japan’s antimonopoly law is designed to uphold and preserve “free and fair competition,” which includes protecting SMEs from being exploited or harmed by unfair trade practices employed by large corporations. Thailand’s competition law shares the similar objective with Japan’s, including provisions against unfair trade practices. Based on the above comparison, this author proposes that Thailand’s enforcement agency should introduce secondary regulations to specifically govern the behavior of dominant ecommerce platform currently operating in Thailand.

Keywords: Antitrust Law, Antimonopoly Law, Trade Competition Law, Abuse of Dominant Position, Abuse of Superior Bargaining Position, Unfair Trade Practices, E-Commerce Platform

บทเกริ่นนำ

ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล การผูกขาดทางธุรกิจโดยผู้ประกอบการแพลตฟอร์มออนไลน์ยักษ์ใหญ่เป็นการผูกขาดตามรูปแบบธุรกิจ 5 รูปแบบ ดังนี้ (1) พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce) หรือแพลตฟอร์มตัวกลางซื้อขาย (Marketplace) โดยอะเมซอน (2) แพลตฟอร์มระบบสื่อสาร (Mobile Ecosystem) และแอปพลิเคชันผูกขาดโดยระบบปฏิบัติการแอนดรอยด์ (Android) ซึ่งพัฒนาโดยกูเกิ้ล (Google) และระบบปฏิบัติการไอโอเอส (iOS) ซึ่งพัฒนาโดยแอปเปิ้ล (Apple) (3) แพลตฟอร์มบริการด้านข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต (Internet Search Services) ผูกขาดโดยกูเกิ้ล (4) แพลตฟอร์มสื่อสังคมออนไลน์ (Social Media and Content) ผูกขาดโดยเฟซบุ๊ก (Facebook) ซึ่งปัจจุบันอยู่ภายใต้เมต้า (Meta) และ (5) แพลตฟอร์มโฆษณาออนไลน์ (Online Advertising) ผูกขาดโดยกูเกิลและไมโครซอฟท์

(Microsoft)¹ โดยบริษัทเหล่านี้ถือเป็นผู้ประกอบการเทคโนโลยีที่ใหญ่และมีอิทธิพลมากที่สุดในโลก (Big Tech)² ซึ่งเป็นกลุ่มผู้ประกอบการดิจิทัลแพลตฟอร์มที่มีอิทธิพลเหนือตลาด (Dominant Digital Platform)³ หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายต่อต้านทรสต์ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ กระทรวงยุติธรรมและคณะกรรมการการแข่งขันที่เป็นธรรม (Fair Trade Commission: FTC) ได้พยายามกำกับดูแลพฤติกรรมของกลุ่มบริษัทดังกล่าวโดยได้ดำเนินการฟ้องร้องกลุ่มบริษัทดังกล่าวโดยอาศัยกฎหมายต่อต้านทรสต์ซึ่งตราขึ้นมาเพื่อใช้บังคับในช่วงเวลาเชื่อมต่อการปฏิวัติอุตสาหกรรมครั้งที่ 1 และการปฏิวัติอุตสาหกรรมครั้งที่ 2 แต่ประสบปัญหาอุปสรรคหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยสหรัฐอเมริกาในคดี Ohio v. American Express (ค.ศ. 2018)⁴ เนื่องจากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นคำนึงถึงประโยชน์ของผู้บริโภคเพียงอย่างเดียว ไม่ได้คำนึงว่าผู้ขายสินค้าบนแพลตฟอร์มซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมจะต้องถูกผู้ประกอบการดิจิทัลแพลตฟอร์มตัวกลางการซื้อขายเอารัดเอาเปรียบอย่างมาก

ในบทความส่วนที่ 1 ผู้เขียนจะนำเสนอการกำกับดูแลการผูกขาดในประเทศไทยตั้งแต่คดีผูกขาดน้ำมันก๊าดของสแตนดาร์ด ออยล์ ทรสต์ (Standard Oil Trust) ตลอดจนวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา Ohio v. American Express เพราะต่อมามีคำพิพากษานี้ได้นำไปสู่อุปสรรคทางกฎหมายในการฟ้องร้องบังคับคดีบริษัท อะเมซอน โดย FTC ส่วนที่ 2 ผู้เขียนจะนำเสนอเกี่ยวกับกลุ่มบริษัทเทคโนโลยีที่ใหญ่และมีอิทธิพลมากที่สุดในโลก (Big Tech) ที่นอกจากจะประกอบธุรกิจดิจิทัลแพลตฟอร์มในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ยังประกอบธุรกิจดิจิทัลแพลตฟอร์มไปทั่วโลก ทั้งนี้ ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะกรณีของบริษัทอะเมซอนที่เข้าไปดำเนินการจัดตั้งบริษัท อะเมซอน ญี่ปุ่น โดยประกอบธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศญี่ปุ่นและมีพฤติกรรมเอารัดเอาเปรียบคู่ค้า (Merchant) ที่ขายสินค้าผ่านแพลตฟอร์มของบริษัท อะเมซอน ญี่ปุ่น และนำเสนอถึงวิธีการที่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (Japan Fair Trade Commission: JFTC) ใช้เพื่อแก้ไขปัญหาโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองเรื่องการห้ามผู้ประกอบการรายใหญ่เอารัดเอาเปรียบคู่ค้าซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม รวมถึงวิธีการแก้ไขปัญหาพฤติกรรมเอารัดเอาเปรียบคู่ค้าที่ขายสินค้าผ่านแพลตฟอร์มของราคุเท็น (Rakuten) ซึ่งเป็นผู้ประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของประเทศญี่ปุ่นเองของ JFTC โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองข้างต้น โดยผู้เขียนจะนำเสนอการกำกับดูแลการผูกขาดในประเทศญี่ปุ่น ตั้งแต่รัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นถูกกองกำลังสัมพันธมิตรซึ่งครองประเทศญี่ปุ่นอยู่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้บังคับให้รัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นต้องตรากฎหมายป้องกันการผูกขาด

¹ ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, *กฎหมายและนโยบายแพลตฟอร์ม* (โครงการส่งเสริมการผลิตผลงานวิชาการ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2567), 56-60.

² Martin Moore and Damian Tambini, eds., *REGULATING BIG TECH* (Oxford: Oxford University Press, 2022), 1-14.

³ Steven C. Salop, "DOMINANT DIGITAL PLATFORMS: IS ANTITRUST UP TO THE TASK?," *Yale Law Journal Forum* 130 (January 2021): 563-587.

⁴ Ohio v. American Express Co., 138 S.Ct. 2274 (2018).

ออกมาใช้บังคับในปี ค.ศ. 1947 โดยเริ่มจากคดี JFTC v. Noda Company⁵ ซึ่งเป็นคดีสำคัญในการกำกับดูแลการผูกขาดในธุรกิจซีอิ๊วขาว (Shoyu) ของบริษัทโนดะ (Noda) ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า คิกโคมัน (Kikkoman) จนถึงกรณีบริษัทราคุเท็นในส่วนที่ 3 ผู้เขียนจะนำเสนอเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าและการกำกับดูแลการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมในประเทศไทย โดยนำเสนอถึงสาระสำคัญของพฤติกรรมการต่อต้านการแข่งขันทางธุรกิจที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กำหนดห้ามเอาไว้ พร้อมนำเสนอและวิเคราะห์คดีสำคัญเกี่ยวกับการกำกับดูแลการผูกขาด ได้แก่ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในคดีบริษัท เอพี ฮอนด้า และคดีเครื่องดื่มชูกำลังที่มีอำนาจเหนือตลาด โดยจะเน้นวิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาที่สำคัญในคดี และในส่วนสุดท้าย ผู้เขียนจะวิเคราะห์เปรียบเทียบการกำกับดูแลการผูกขาดในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นเพื่อถอดบทเรียนและเสนอแนะการกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีอำนาจเหนือตลาดในประเทศไทย

1. การกำกับดูแลการผูกขาดในประเทศสหรัฐอเมริกา: จากคดีสแตนดาร์ด ออยล์ ถึงคดีอะเมซอน

ในปี ค.ศ. 1765 เจมส์ วัตต์ ได้ปรับปรุงเครื่องจักรไอน้ำของโทมัส นิวโคเมนและต่อมาได้รับสิทธิบัตรจากสำนักงานสิทธิบัตรของประเทศอังกฤษในปี ค.ศ. 1769 ทำให้เกิดการเริ่มต้นการปฏิวัติอุตสาหกรรมครั้งที่ 1⁶ และในปี ค.ศ. 1776 หนังสือความมั่งคั่งแห่งชาติ (The Wealth of Nations) ซึ่งเป็นหนังสือที่ได้รับการขนานนามว่าเป็นหนังสือที่เปลี่ยนประวัติศาสตร์ของโลกได้รับการตีพิมพ์ออกมาชี้แนะให้ประเทศต่าง ๆ รั้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (Economic Liberalism) เพื่อที่ประเทศจะมีความมั่งคั่ง⁷ นอกจากประเทศอังกฤษจะเป็นประเทศที่เริ่มการปฏิวัติอุตสาหกรรมและรั้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมดังกล่าวแล้ว ประเทศในทวีปยุโรปหลายประเทศต่างก็รั้ระบบเศรษฐกิจดังกล่าวด้วยเช่นกัน ในขณะที่อีกฝั่งหนึ่งของมหาสมุทรแอตแลนติกก็มีประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีผู้อพยพส่วนใหญ่ในเวลานั้นคือ ผู้อพยพชาวอังกฤษรั้ทั้งการปฏิวัติอุตสาหกรรมและระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมจากประเทศอังกฤษไปใช้อย่างเต็มที่ ทำให้เศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาเจริญเติบโตสูงและมีการพัฒนาด้านอุตสาหกรรมอย่างรวดเร็ว⁸ มีการสร้างทางรถไฟเชื่อมฝั่งตะวันตกและฝั่งตะวันออกในปี ค.ศ. 1869 ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกกลายเป็นประเทศที่มีขนาดของตลาดใหญ่อย่างมหาศาล⁹

⁵ JFTC v. Noda Company, ศาลสูงเมืองโตเกียว, 25 ธันวาคม ค.ศ. 1957.

⁶ DK, *TIMELINES OF SCIENCE* (New York: Penguin Random House, 2023), 96.

⁷ Jemima Dunne and others, eds., *BOOKS THAT CHANGED HISTORY: FROM THE ART OF WAR TO ANNE FRANK'S DIARY* (London: Dorling Kindersley, 2017), 162-163. และ Stanley L. Brue and Randy R. Grant, *THE EVOLUTION OF ECONOMIC THOUGHT* (8th edition, South Western: Cengage Learning, 2007), 67-90. และ ปวงชนอุจนจะนำ, *เศรษฐกิจการเมือง: ความมั่งคั่ง อำนาจ และชนชั้น* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2567), 59-98.

⁸ A. G. Kenwood and A. L. Lougheed, *THE GROWTH OF THE INTERNATIONAL ECONOMY 1820 - 1980* (London: George Allen and Unwin, 1983), 21.

⁹ Hashiba Yuzuru, Kishimoto Mio and others, *WORLD HISTORY FOR HIGH SCHOOL* (Tokyo: Yamagawa, 2019), 277.

ในปี ค.ศ. 1850 อับราฮัม เกสเนอร์ ได้ค้นพบวิธีกลั่นน้ำมันก๊าดจากน้ำมันดิบ ทำให้ต้นทุนการทำให้มีแสงสว่างในเวลากลางคืนของประชาชนชาวอเมริกันโดยทั่วไปถูกลงถึง 5 เท่าเมื่อเปรียบเทียบกับราคาของการใช้น้ำมันจากวาท อีกทั้งยังสว่างและสะอาดกว่าด้วย¹⁰

ท่ามกลางการพัฒนาอุตสาหกรรมและการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วของเศรษฐกิจทำให้เกิดผู้ประกอบการธุรกิจที่ร่ำรวยมั่งคั่งมหาศาล ยกตัวอย่างเช่น จอห์น ร็อกกีเฟลเลอร์ ในธุรกิจผลิต กลั่น ส่ง และจำหน่ายน้ำมันก๊าด แอนดรูว์ คาร์เนกี ในธุรกิจเหล็กและเหล็กกล้า เจมส์ ฮิล ในธุรกิจขนส่งทางรถไฟ เจ.พี. มอร์แกน ในธุรกิจการเงิน เป็นต้น¹¹ โดยผู้ประกอบการรายใหญ่จะจัดตั้งทรัสต์ขึ้นมาเพื่อประกอบธุรกิจ โดยในปี ค.ศ. 1882 จอห์น ร็อกกีเฟลเลอร์ได้ก่อตั้งสแตนดาร์ด ออยล์ ทรัสต์ (Standard Oil Trust) ขึ้นมา ตามมาด้วยผู้ประกอบการรายใหญ่ในธุรกิจอื่น ๆ เช่น น้ำตาล ถ่านหิน เกลือ ยาสูบ และกิจการเดินรถไฟ เป็นต้น¹² โดยมีจุดเด่นที่สำคัญ คือ บรรดาทรัสต์ทั้งหลายเป็นบริษัทผู้ผูกขาดในธุรกิจนั้น ๆ เมื่อบรรดาทรัสต์ผูกขาดในสินค้าที่สำคัญและจำเป็นต่าง ๆ รวมถึงกิจการรถไฟและกิจการที่เกี่ยวข้อง เช่น กิจการขนส่งธัญพืชไปเมืองใหญ่ กิจการขนธัญพืชขึ้นบรรทุกบนรถไฟ ส่งผลให้ต้นทุนราคาของการขนส่งสินค้าและบริการมีราคาสูงขึ้น ในขณะที่บรรดาเกษตรกรที่ปลูกธัญพืชและเลี้ยงปศุสัตว์กลับถูกบรรดาพ่อค้าคนกลางกดราคาสินค้าเกษตรกรรมและปศุสัตว์ ส่วนบรรดาลูกจ้างของกิจการรถไฟหรือกิจการอื่นก็ถูกนายจ้างซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจผูกขาดกดค่าจ้างลงให้ต่ำที่สุด สิ่งเหล่านี้ทำให้เกิดความไม่พอใจเป็นอย่างมากและเกิดการเคลื่อนไหวต่อต้านทรัสต์¹³ เรียกว่า National Grange of the Order of Patrons of Husbandry จนนำไปสู่การตรากฎหมายเพื่อสลายทรัสต์โดยวุฒิสมาชิกจากมลรัฐโอไฮโอชื่อ จอห์น เซอร์แมน ในปี ค.ศ. 1890¹⁴ และในปี ค.ศ. 1892 ศาลฎีกาแห่งมลรัฐโอไฮโอได้ตัดสินว่าการตกลงจัดตั้งทรัสต์ดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดการผูกขาดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁵ จอห์น ร็อกกีเฟลเลอร์จึงได้ดำเนินการต่าง ๆ ที่ทำให้เห็นว่าได้มีการสลายทรัสต์ตามคำพิพากษาของศาลแล้ว ทั้งที่ในความเป็นจริงกลับเป็นกระบวนการโอนหุ้นของบริษัทต่าง ๆ ที่ทรัสต์ถืออยู่ไปยังบริษัทอื่น ๆ อีก 20 แห่งที่เหลืออยู่เท่านั้น¹⁶

¹⁰ Jacob Goldstein, *ประวัติศาสตร์ว่าด้วยเรื่องเงิน Money*, แปลโดย อารีตา พงศ์ธรรานนท์ (กรุงเทพฯ: แอร์โรว์ มัลติมีเดีย, 2567), 90-91.

¹¹ Alan Greenspan and Adrian Wooldridge, *CAPITALISM IN AMERICA: A HISTORY* (Manhattan: Penguin Press, 2018), 123-149.

¹² Amy Klobuchar, *ANTITRUST: TAKING ON MONOPOLY POWER FROM THE GILDED AGE TO THE DIGITAL ERA* (New York: Knopf, 2022), 44, 72-73. และโปรดดู Suzuki Masuhiro and others, *TEXT 経済法 (TEXT KEIZAIHOU)* (Kyoto: Horitsu Bunkasha, 2016), 14. (ภาษาญี่ปุ่น).

¹³ Amy Klobuchar, *ANTITRUST: TAKING ON MONOPOLY POWER FROM THE GILDED AGE TO THE DIGITAL ERA*, 68.

¹⁴ Michael H. Roffer, *THE LAW BOOK: FROM HAMMURABI TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 250 MILESTONES IN THE HISTORY OF LAW* (New York: Sterling, 2015), 178.

¹⁵ Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 38 - 40 (1911).

¹⁶ Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 40 (1911).

ในปี ค.ศ. 1889 มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้แก้ไขกฎหมายบริษัทโดยกฎหมายที่แก้ไขใหม่อนุญาตให้มีการตั้งบริษัทโฮลดิ้ง (Holding Company) ขึ้นเพื่อถือหุ้นในบริษัทอื่น ๆ ได้¹⁷ จอห์น ร็อกกีเฟลเลอร์ จึงอาศัยช่องโหว่ทางกฎหมายดังกล่าวในการจัดตั้งบริษัท สแตนดาร์ด ออยล์ แห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (Standard Oil Company of New Jersey) ขึ้นเพื่อให้เป็นบริษัทโฮลดิ้งและถือหุ้นในบริษัทต่าง ๆ ที่ประกอบกิจการซื้อขายขนส่ง ก๊าซ และขายน้ำมันในมลรัฐต่าง ๆ ในจำนวนที่ใกล้เคียงกับที่สแตนดาร์ด ออยล์ ทรัสต์ ซึ่งถูกสลายไปแล้วเคยถือไว้¹⁸ หลังจากประสบความสำเร็จในการฟ้องคดีบริษัท นอร์เทิร์น เซเคียวริตี้ (the Northern Security Company) ซึ่งเป็นบริษัทโฮลดิ้งของบริษัทรถไฟขนาดใหญ่ 2 บริษัท ในปี ค.ศ. 1904 กระทรวงยุติธรรมภายใต้รัฐบาลของประธานาธิบดีธีโอดอร์ รูสเวลท์ ก็ได้ดำเนินการฟ้องบริษัท สแตนดาร์ด ออยล์ แห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ในปี ค.ศ. 1906 เช่นเดียวกัน¹⁹

ก. คดี Standard Oil Co. v. United States (1911)

ในคดีนี้ ศาลฎีกาประเทศสหรัฐอเมริกาตีความคำพิพากษาให้กระทรวงยุติธรรมชนะคดี โดยให้เหตุผลว่าบริษัท สแตนดาร์ด ออยล์ แห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ผ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายเชอร์แมน (Sherman Act) เนื่องจากการได้มาซึ่งสถานะการเป็นผู้ผูกขาดธุรกิจน้ำมันก๊าดเป็นการได้มาโดยมีพฤติกรรมที่ไม่ชอบ เช่น การได้รับส่วนลดหรือการได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษจากบริษัทรถไฟ การผูกขาดและจำกัดการประกอบธุรกิจโดยการควบคุมท่อส่งน้ำมัน การใช้วิธีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม อันได้แก่ การขายตัดราคาในบางพื้นที่ การโจรกรรมข้อมูลธุรกิจของบริษัทคู่แข่ง การแบ่งพื้นที่ขายให้กับบริษัทลูกซึ่งเป็นการทำลายการแข่งขันระหว่างบริษัทลูกด้วยกันเอง เป็นต้น²⁰ และยังมีอำนาจผูกขาดในตลาดก๊าดน้ำมันก๊าดสูงชันเท่าใด²¹ บริษัท สแตนดาร์ด ออยล์ แห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ก็ยังขึ้นราคาน้ำมันก๊าดตามอำเภอใจเท่านั้นซึ่งจะส่งผลให้ได้รับกำไรสุทธิที่สูงมากโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร²²

ศาสตราจารย์เออร์วิน บี ทักเกอร์ ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ด้านเศรษฐศาสตร์ได้แสดงความเห็นไว้ชัดเจนว่ายิ่งบริษัท สแตนดาร์ด ออยล์ แห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ผูกขาดธุรกิจน้ำมันก๊าดมากขึ้นเพียงใด กำไรก็จะยิ่งสูงขึ้นตามไปด้วยและบริษัทก็จะยิ่งมีอำนาจมากขึ้นในการกำจัดคู่แข่ง โดยจอห์น ร็อกกีเฟลเลอร์สามารถขึ้นราคาน้ำมันก๊าดได้ตามอำเภอใจจนทำให้กำไรของบริษัทยิ่งพุ่งทะยานสูงขึ้นไปอีก²³ ซึ่งจะสอดคล้องกับมุมมองด้านกฎหมายของ เฮอริเบิร์ต โยเวนแคมป์ ซึ่งเป็นนักกฎหมายในสำนักฮาร์วาร์ดใหม่

¹⁷ Gary M. Watson and Hugh Rockoff, *HISTORY OF THE AMERICAN ECONOMY*, 300 อ้างถึงใน กัญจนศักดิ์ เพชรานนท์, *วิวัฒนาการกฎหมายต่อต้านทรัสต์ของสหรัฐอเมริกา* (โครงการส่งเสริมการผลิตผลงานวิชาการ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2565), 46.

¹⁸ Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 41 - 42 (1911).

¹⁹ Michael H. Roffer, *THE LAW BOOK: FROM HAMMURABI TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT*, 250 *MILESTONES IN THE HISTORY OF LAW*, 198.

²⁰ Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 42 - 43 (1911).

²¹ Alan Greenspan and Adrian Wooldridge, *CAPITALISM IN AMERICA: A HISTORY*, 123-149.

²² Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 43 (1911).

²³ Irvin B. Tucker, *ECONOMICS FOR TODAY* (11th edition, South Western: Cengage Learning, 2023), 225.

(New Harvard School) โดยโฮเวนแคมป์เห็นว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายเซอร์แมน คือ การคุ้มครองผู้บริโภคจากราคาน้ำมันก๊าดที่สูงขึ้นจนทำให้เกิดการถ่ายทอดความมั่งคั่งจากผู้บริโภคไปยังผู้ผูกขาด โดยไม่เป็นธรรมและป้องกันไม่ให้ผู้บริโภคถูกกดขี่จากผู้ผูกขาดหรือทรัสต์²⁴

การปฏิวัติอุตสาหกรรมครั้งที่ 2 เริ่มต้นขึ้นอย่างชัดเจนเมื่อเฮนรี ฟอร์ด ได้คิดค้นระบบการผลิตรถยนต์ระบบใหม่ขึ้นมาโดยมีการใช้พลังงานไฟฟ้าแทนพลังงานไอน้ำในการขับเคลื่อนระบบสายพานการผลิตพร้อมกับการแบ่งงานกันทำในการประกอบรถยนต์ของโรงงานในปี ค.ศ. 1908²⁵ โดยระบบดังกล่าวนี้ส่งผลให้เกิดการผลิตรถยนต์ได้เป็นจำนวนมากในระยะเวลาที่สั้นลง ทำให้ต้นทุนการผลิตรถยนต์ลดลงประมาณร้อยละ 88²⁶ และส่งผลให้ชนชั้นกลางในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถซื้อรถยนต์ฟอร์ดโมเดล ที มาใช้ได้มากขึ้น ในขณะเดียวกัน บริษัทที่ผลิตสินค้าประเภทอื่น ๆ เช่น เครื่องใช้ไฟฟ้า อาหาร และเครื่องดื่ม ก็ต่างนำระบบการผลิตแบบสายพานมาปรับใช้กับการผลิตสินค้าของตนเอง ทำให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้าสู่ระบบเศรษฐกิจแบบการผลิตและการบริโภคเป็นจำนวนมาก (Mass Production and Consumption) อย่างเต็มรูปแบบ เครื่องดื่มโคคาโคล่าเป็นหนึ่งในสัญลักษณ์ความมั่งคั่งของชาวอเมริกัน กล่าวกันว่า ขนาดเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาเติบโตแซงหน้าประเทศอังกฤษแล้วในปี ค.ศ. 1914 ซึ่งเป็นปีที่สงครามโลกครั้งที่ 1 ได้เริ่มเปิดฉากขึ้น

ภายหลังการสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ผงาดขึ้นมาเป็นประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจอันดับ 1 ของโลก ทั้งยังขึ้นมาเป็นผู้นำในการสร้างระเบียบเศรษฐกิจแบบระบบเบรตตันวูดส์ (Bretton Woods System) ซึ่งเป็นระบบเศรษฐกิจที่อยู่บนหลักเสรีนิยมทางเศรษฐกิจใหม่ (New Economic Liberalism) โดยระบบเบรตตันวูดส์ประกอบไปด้วยสนธิสัญญาพหุภาคี 3 ฉบับและองค์การระหว่างประเทศ 3 องค์การ ได้แก่ แกท (GATT) หรือองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ในปัจจุบัน กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) และธนาคารโลก (World Bank) โดยองค์การเหล่านี้ก็กลายเป็นองค์กรที่คอยกำกับดูแลระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่เริ่มขึ้นในปี ค.ศ. 1947 มาจนถึงปัจจุบัน²⁷

เศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาเติบโตและมีพัฒนาการทางด้านเทคโนโลยีเป็นลำดับและในช่วงปี ค.ศ. 1960 - 1978 ได้เกิดการผูกขาดในธุรกิจบริการด้านโทรศัพท์ที่ท้องถิ่นและธุรกิจบริการโทรศัพท์ระหว่างประเทศโดยบริษัท American Tel and Tel Co. (AT&T) ในปี ค.ศ. 1978 กระทรวงยุติธรรมได้ฟ้องบริษัทเอทีแอนด์ทีเป็นจำเลยข้อหาฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 2 ของกฎหมายเซอร์แมน

²⁴ Herbert Hovenkamp, *FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE* (2nd edition, Minnesota: West Academic, 1999), 48-49.

²⁵ Hashiba Yuzuru, Kishimoto Mio and others, *WORLD HISTORY FOR HIGH SCHOOL*, 344.

²⁶ จิตี ศรีแสงนาม, *ไทยในระเบียบโลกใหม่* (กรุงเทพฯ: มติชน, 2565), 52-53. และโปรดดู Donna R. Braden, *THE HENRY FORD: OFFICIAL GUIDEBOOK* (New York: Beckon Books, 2017), 66-67.

²⁷ Peter B. Kenen, ed., *MANAGING THE WORLD ECONOMY: FIFTY YEARS AFTER THE BRETTON WOODS* (Washington: Peterson Institute for International Economics, 1994), 3-57.

ข. คดี United States v. American Tel. and Tel. Co. (1983)²⁸

กระทรวงยุติธรรมกล่าวหาว่าบริษัทเอทีแอนด์ทีซึ่งเป็นผู้มีสถานะเป็นผู้ผูกขาดในธุรกิจบริการโทรศัพท์ท้องถิ่นและธุรกิจบริการโทรศัพท์ระหว่างประเทศซึ่งเป็นธุรกิจที่เป็นการผูกขาดตามธรรมชาติ (Natural Monopoly)²⁹ ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีด้านการโทรคมนาคมมีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น โดยการมีดาวเทียมและไฟเบอร์ ออปติกส์ (Fiber Optics) ทำให้โทรศัพท์ไม่จำเป็นต้องอาศัยการเชื่อมโยงด้วยสายเคเบิลอีกต่อไป ส่งผลให้เกิดบริษัทโทรคมนาคมแห่งใหม่ขึ้นมา เช่น เอ็มซีไอ (MCI) ซึ่งเข้ามาให้บริการในตลาดธุรกิจบริการโทรศัพท์ระหว่างประเทศ แต่บริษัทคู่แข่งรายใหม่จำเป็นต้องขอเชื่อมต่อกับโครงข่ายของบริการโทรศัพท์ท้องถิ่นของบริษัทเอทีแอนด์ทีซึ่งเป็นบริษัทลูกของเอทีแอนด์ที (เรียกกันว่า “Baby Bells”) จำนวน 22 บริษัท จึงจะสามารถให้บริการลูกค้าที่อาศัยอยู่ในมลรัฐต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ บริษัทเอทีแอนด์ทีได้คิดค่าเชื่อมต่อโครงข่าย (Interconnecting Fee) ในอัตราที่สูงมากหรือหลีกเลี่ยงไม่ยอมให้เชื่อมต่อ³⁰ พฤติกรรมของบริษัทเอทีแอนด์ทีจึงถูกมองว่าเป็นการรักษาสถานะการเป็นผู้ผูกขาดโดยไม่ชอบอันขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 2 (Monopolization) ของกฎหมายเซอร์แมน นอกจากนี้ บริษัทเอทีแอนด์ทียังบังคับลูกค้าทั้งทางตรงและทางอ้อมให้ซื้ออุปกรณ์เพิ่มเติม เช่น ตัวเครื่องโทรศัพท์และโมเด็มที่ผลิตโดยบริษัทเวสเทิร์น อิเล็กทริก (Western Electric) ซึ่งเป็นบริษัทลูกของตน การบังคับขายพ่วงในลักษณะดังกล่าวทำให้บริษัทที่ผลิตตัวเครื่องโทรศัพท์และโมเด็มอื่น ๆ ถูกกีดกันออกไปจากการแข่งขัน จึงเป็นพฤติกรรมที่บริษัทเอทีแอนด์ทีใช้สถานะการเป็นผู้ผูกขาดโดยไม่ชอบธรรมขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 2 (Monopolization) ของกฎหมายเซอร์แมน อย่างไรก็ดี หลังจากศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีนี้ไปได้ประมาณ 4 ปี กระทรวงยุติธรรมและบริษัทเอทีแอนด์ทีได้ตกลงประนีประนอมยอมความกัน โดยที่บริษัทเอทีแอนด์ทียินยอมที่จะให้บริษัทลูกทั้ง 22 แห่งของตนแยกตัวออกมาจากบริษัทเอทีแอนด์ที³¹ และยอมให้ลูกค้าสามารถใช้เครื่องโทรศัพท์และโมเด็มของบริษัทอื่นได้³² พฤติกรรมของบริษัทเอทีแอนด์ทีฝ่าฝืนกฎหมายเซอร์แมนเนื่องจากการกีดกันคู่แข่งไม่ให้เข้ามาแข่งขัน เพื่อที่ตนจะได้เป็นผู้ผูกขาดในธุรกิจบริการโทรศัพท์ระหว่างประเทศต่อไป นอกจากนี้ การบังคับลูกค้าทั้งทางตรงและทางอ้อมไม่ให้ซื้อผลิตภัณฑ์และบริการจากบริษัทอื่น แม้จะอ้างเป็นเรื่องมาตรฐานทางเทคนิคก็ถือว่าเป็นการกีดกันไม่ให้บริษัทคู่แข่งอื่น ๆ เข้ามาแข่งขันกับบริษัทลูกของตนอันถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งกฎหมายเซอร์แมนเช่นเดียวกัน

²⁸ United States v. American Tel and Tel Co, 552 F. Supp. 131 (DDC 1983).

²⁹ พจนานุกรมศัพท์เศรษฐศาสตร์ฉบับราชบัณฑิตยสภา พุทธศักราช 2558 ให้นิยามคำว่า “การผูกขาดตามธรรมชาติ” ไว้ว่า สถานการณ์ที่ตลาดมีผู้ผลิตที่มีอำนาจผูกขาดเพียงผู้เดียวเพราะผู้ผลิตรายใหม่ไม่สามารถเข้ามาแข่งขันได้ เนื่องจากผู้ผลิตรายเดียวเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติแต่ผู้เดียวหรือขนาดการผลิตใหญ่มาก ทำให้เกิดการประหยัดจากการขยายการผลิตหรือมีต้นทุนต่ำมากและต่ำกว่าผู้ผลิตรายอื่นหรืออาจเกิดจากการใช้เทคโนโลยีขั้นสูงซึ่งผู้ผลิตรายอื่นไม่สามารถเข้าถึง

³⁰ Irvin B. Tucker, *ECONOMICS FOR TODAY*, 324.

³¹ United States v. American Tel and Tel Co, 552 F. Supp. 141 (DDC 1983).

³² Irvin B. Tucker, *ECONOMICS FOR TODAY*, 322.

ในปี ค.ศ. 1975 บิล เกตส์ ซึ่งกำลังเป็นนักศึกษาปริญญาตรีที่มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดได้อ่านบทความเกี่ยวกับ Altair 8800 ซึ่งเป็นไมโครคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลรุ่นแรก จึงได้ติดต่อบริษัทเอ็มไอทีเอส (MITS) ผู้ผลิตไมโครคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเพื่อขอพัฒนาซอฟต์แวร์ให้ โดยบิล เกตส์และพอล อัลเลน ได้พัฒนา Altair Basic ให้กับบริษัทเอ็มไอทีเอส หลังจากนั้น บิล เกตส์ มองเห็นถึงอนาคตของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ว่าเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล (Personal Computer: PC) จำเป็นต้องมีระบบปฏิบัติการ (Operating System) และโปรแกรมเพื่อการเชื่อมต่อกับฮาร์ดแวร์ของคอมพิวเตอร์ บิล เกตส์ จึงลาออกจากความเป็นนักศึกษามหาวิทยาลัยในปี ค.ศ. 1975³³ และได้รับงานพัฒนาระบบปฏิบัติการให้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลรุ่นแรกของบริษัทไอบีเอ็ม ชื่อว่ารุ่นไอบีเอ็ม 5150 โดยระบบปฏิบัติการที่บริษัทไมโครซอฟท์ของบิล เกตส์ พัฒนาให้ถูกตั้งชื่อว่า PC-DOS 1.0

ภายในระยะเวลาน้อยกว่า 30 ปี บริษัทไมโครซอฟท์ได้พัฒนาระบบปฏิบัติการและแอปพลิเคชันภายในระบบจนทำให้บิล เกตส์ กลายเป็นบุคคลที่ร่ำรวยที่สุดในโลก³⁴ เมื่อบริษัทไมโครซอฟท์เปิดตัวไมโครซอฟท์วินโดวส์ 95 ในปี ค.ศ. 1995 ก็ปรากฏชัดเจนว่าบริษัทไมโครซอฟท์เป็นผู้ผูกขาดระบบปฏิบัติการในอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลแล้ว เนื่องจากคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลส่วนใหญ่ติดตั้งระบบปฏิบัติการวินโดวส์ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้มีการพัฒนาแอปพลิเคชันที่สามารถใช้ได้กับระบบปฏิบัติการวินโดวส์ และการที่ระบบปฏิบัติการดังกล่าวสามารถใช้แอปพลิเคชันต่าง ๆ ได้อย่างหลากหลาย จึงส่งผลให้ระบบปฏิบัติการวินโดวส์มีความน่าดึงดูดสำหรับผู้บริโภคที่กำลังเลือกใช้ระบบปฏิบัติการในเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล³⁵ สภาพการณ์เช่นนี้จึงเป็นอุปสรรคต่อผู้พัฒนาระบบปฏิบัติการที่เป็นคู่แข่งกับวินโดวส์เพราะผู้ใช้งานย่อมมีแนวโน้มที่จะเลือกระบบปฏิบัติการที่สามารถใช้แอปพลิเคชันต่าง ๆ ได้หลากหลายมากกว่า³⁶ นอกจากนี้ ผู้พัฒนาแอปพลิเคชันเองก็ไม่มีแรงจูงใจที่จะพัฒนาแอปพลิเคชันที่ใช้กับระบบปฏิบัติการอื่น ๆ ได้เพราะต้องลงทุนมากขึ้นแต่กลับไม่คุ้มค่าเนื่องจากจำนวนผู้ใช้งานในระบบปฏิบัติการอื่น ๆ มีจำนวนน้อยกว่าเป็นอย่างมาก³⁷ อุปสรรคดังกล่าวทำให้บริษัทไมโครซอฟท์สามารถรักษาอำนาจผูกขาดในตลาดระบบปฏิบัติการได้ อย่งไรก็ดี การมีเบราว์เซอร์ (Browser) อื่น โดยเฉพาะเน็ตสเคป เนวิเกเตอร์ (Netscape Navigator) สามารถทำหน้าที่เป็นแพลตฟอร์มสำหรับแอปพลิเคชันต่าง ๆ ได้ กล่าวคือ ผู้ใช้ระบบปฏิบัติการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็ระบบปฏิบัติการวินโดวส์หรือระบบปฏิบัติการใด ๆ ก็ตาม สามารถใช้งานแอปพลิเคชันต่าง ๆ ผ่านการใช้งานเน็ตสเคป เนวิเกเตอร์ได้³⁸ เพื่อเป็นการรักษาอำนาจผูกขาดใน

³³ Robin Bade and Michael Parkin, *ESSENTIAL FOUNDATIONS OF ECONOMICS* (7th edition, London: Pearson, 2015), 370.

³⁴ Ibid.

³⁵ A. Douglas Melamed and Daniel L. Rubinfeld, "U.S. v. Microsoft: Lessons Learned and Issues Raised," in *Antitrust Stories*, eds. Elenanor M. Fox and Daniel A. Crane, 292 อ้างถึงใน กัญจน์ศักดิ์ เพ็ชรานนท์, *วิวัฒนาการกฎหมายต่อต้านทรัสต์ของสหรัฐอเมริกา*, 161-162.

³⁶ A. Douglas Melamed and Daniel L. Rubinfeld, "U.S. v. Microsoft: Lessons Learned and Issues Raised," in *Antitrust Stories*, eds. Elenanor M. Fox and Daniel A. Crane, 292 อ้างถึงใน กัญจน์ศักดิ์ เพ็ชรานนท์, *วิวัฒนาการกฎหมายต่อต้านทรัสต์ของสหรัฐอเมริกา*, 162.

³⁷ Ibid.

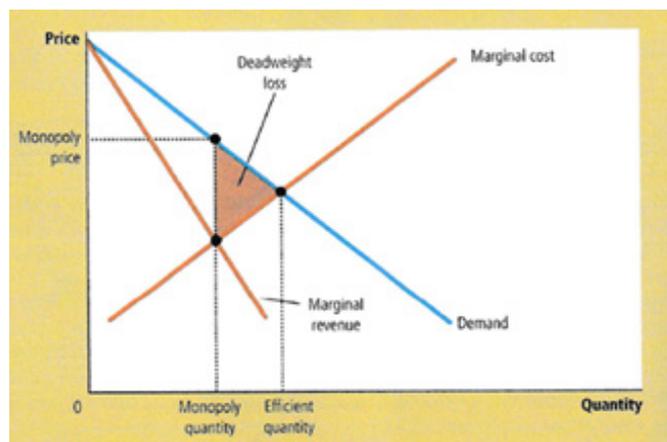
³⁸ Ibid.

ระบบปฏิบัติการของตนไว้ บริษัทไมโครซอฟท์จึงกำหนดเงื่อนไขในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) ว่าผู้ผลิตเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่น Compaq Dell Hewlett-Packard หรือ IBM ต้องลดหรือไม่ได้ติดตั้งเน็ตสเคป แอนิเมเตอร์ในเครื่องคอมพิวเตอร์ แต่ต้องติดตั้งอินเทอร์เน็ตเอกซ์พลอเรอร์ (Internet Explorer) ซึ่งพัฒนาโดยบริษัทไมโครซอฟท์แทนเท่านั้น³⁹

ค. คดี United States v. Microsoft Corporation (2001)

ในปี ค.ศ. 1998 กระทรวงยุติธรรมและมลรัฐต่าง ๆ จึงได้ยื่นฟ้องบริษัทไมโครซอฟท์และหลังจากนั้นประมาณ 3 ปี ศาลชั้นต้นได้พิพากษาว่าการที่บริษัทไมโครซอฟท์ทำการขายฟ่งอินเทอร์เน็ตเอกซ์พลอเรอร์กับ วินโดวส์ 95 นั้น เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 1 ของกฎหมายเซอร์แมนและการที่บริษัทไมโครซอฟท์ทำการรักษาไว้ซึ่งอำนาจผูกขาดในตลาดระบบปฏิบัติการสำหรับคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลและพยายามได้มาซึ่งอำนาจผูกขาดในตลาดเบราเซอร์นั้น เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 2 ของกฎหมายเซอร์แมน⁴⁰

ศาสตราจารย์โรบิน เบต และไมเคิล พาร์คิน มีความเห็นทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับข้อเสียของการผูกขาดของบริษัทไมโครซอฟท์ว่า ทั้ง ๆ ที่ต้นทุนหน่วยสุดท้าย (Marginal Cost) ของการทำสำเนาโปรแกรมวินโดวส์และไมโครซอฟท์ ออฟฟิศ (Microsoft Office) ต่ำมากจนเกือบเป็นศูนย์ แต่ผู้ใช้งานคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลหลายล้านคนต้องจ่ายราคาผูกขาดที่สูงมากและปริมาณของโปรแกรมวินโดวส์และไมโครซอฟท์ ออฟฟิศก็มีต่ำกว่าความต้องการมาก ดังนั้น จึงเป็นการสูญเสียสวัสดิการ (Deadweight Loss) เป็นอย่างมาก⁴¹ โดยความเห็นนี้สามารถอธิบายโดยเปรียบเทียบกับผลเสียจากพฤติกรรมของจอห์น ร็อกกีเฟลเลอร์ ในคดี Standard Oil Co. v. United States และบริษัทเอทีแอนด์ทีในคดี United States v. American Tel. and Tel. Co. ได้ตามรูปภาพด้านล่าง



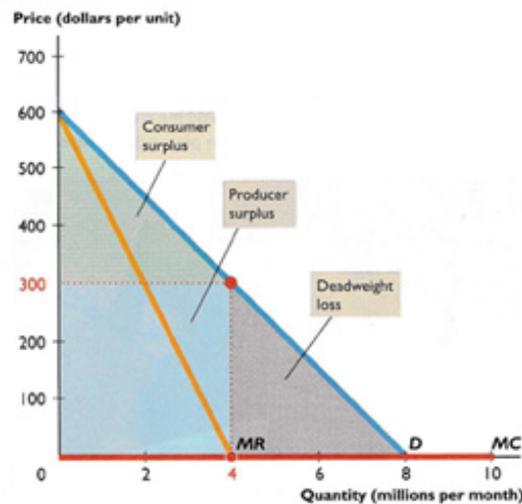
รูปภาพที่ 1 ความไม่มีประสิทธิภาพของการผูกขาด (The Inefficiency of Monopoly)⁴²

³⁹ United States v. Microsoft Corporation, 253 F. 3d 34, 59 - 60 and 64 (DC Cir. 2001).

⁴⁰ United States v. Microsoft Corporation, 253 F. 3d 45 and 48 (DC Cir. 2001).

⁴¹ Robin Bade and Michael Parkin, *ESSENTIAL FOUNDATIONS OF ECONOMICS*, 370.

⁴² N. Gregory Mankiw, *PRINCIPLES OF MICROECONOMICS* (6th edition, South Western: Cengage Learning, 2011), 312.



รูปภาพที่ 2 ประสิทธิภาพของตลาดจากพฤติกรรมของบริษัทไมโครซอฟท์⁴³

อย่างไรก็ดี บริษัทไมโครซอฟท์ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาจึงได้อุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลอุทธรณ์ แต่ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น โดยให้เหตุผลว่าพฤติกรรมการขายพ่วงของบริษัทไมโครซอฟท์ เป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 2 ของกฎหมายเซอร์แมน เนื่องจากเป็นพฤติกรรมเพื่อปกป้องรักษาอำนาจผูกขาดของบริษัทไว้⁴⁴ หลังจากมีคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ บริษัทไมโครซอฟท์ได้ทำการประนีประนอมเรื่องมาตรการเยียวยากับกระทรวงยุติธรรมและมลรัฐต่าง ๆ โดยบริษัทไมโครซอฟท์ยินยอมให้บริษัทผลิตเครื่องคอมพิวเตอร์สามารถติดตั้งเบราเซอร์ของบริษัทผู้พัฒนารายอื่น ๆ ได้ ต่อมาจึงทำให้มีบริษัทผู้พัฒนาเบราเซอร์ใหม่เข้ามาในตลาดและเจริญเติบโตขึ้นมาได้โดยเฉพาะบริษัทกูเกิ้ลซึ่งเติบโตอย่างรวดเร็วมากจนกลายมาเป็นผู้ผูกขาดในธุรกิจแพลตฟอร์มบริการค้นหาข้อมูลอินเทอร์เน็ตในช่วงต้นทศวรรษ 2010

การถูกเอาไรต์เอาเปรียบในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมากแตกต่างจากที่ปรากฏในคดี Standard Oil Co. v. United States คดี United States v. American Tel. and Tel. Co. และคดีบริษัทไมโครซอฟท์ที่ผู้บริโภคหรือผู้ใช้งานถูกเอาเปรียบจากผู้ผูกขาดโดยผู้บริโภคหรือผู้ใช้งานต้องจ่ายราคาค่าสินค้าหรือบริการที่แพงมาก แต่ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล ตลาดของธุรกิจบริการจะมีลักษณะเป็นตลาด 2 ด้าน (Two-Sided Market) หรือตลาดหลายด้าน (Multi-Sided Market)⁴⁵ ทำให้การนำกฎหมายเซอร์แมนมากำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ผูกขาดมีความยากและซับซ้อนมากขึ้น เพื่อให้ผู้อ่านเห็นปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างธุรกิจบัตรเครดิตชำระเงินมาประกอบการนำเสนอ ดังนี้

⁴³ Robin Bade and Michael Parkin, *ESSENTIAL FOUNDATIONS OF ECONOMICS*, 369.

⁴⁴ United States v. Microsoft Corporation, 253 F. 3d 59 - 60 (DC Cir. 2001).

⁴⁵ ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, *กฎหมายและนโยบายแพลตฟอร์ม*, 63-64.

ง. คดี Ohio v. American Express Co หรือ Amex (2018)

ในปี ค.ศ. 2015 บริษัทบัตรเครดิตอเมริกัน เอ็กส์เพรสหรือเอเม็กซ์ถูกกระทรวงยุติธรรมและมลรัฐต่าง ๆ ฟ้องร้องว่ามีพฤติกรรมอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 1 ของกฎหมายเซอร์แมน เนื่องจากเอเม็กซ์ได้ทำความตกลงกับร้านค้าต่าง ๆ โดยห้ามร้านค้าชักชวนลูกค้าผู้ถือบัตรไปใช้บัตรเครดิตของบริษัทอื่น ๆ ที่คิดค่าธรรมเนียมสูงกว่า เช่น วิซ่า มาสเตอร์การ์ด ดิสคัฟเวอร์ ซึ่งคิดค่าธรรมเนียมร้านค้าประมาณร้อยละ 1.5 - 2.0 ในขณะที่เอเม็กซ์คิดค่าธรรมเนียมร้านค้าประมาณร้อยละ 2.5 - 3.0 จึงเป็นพฤติกรรมกีดกันการแข่งขัน ศาลฎีกาประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาให้เอเม็กซ์ชนะคดี โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากตลาดธุรกิจบัตรเครดิตเป็นตลาดที่มี 2 ด้าน ได้แก่ ตลาดร้านค้าที่รับชำระสินค้าหรือบริการด้านหนึ่ง และตลาดของผู้ใช้บริการบัตรเครดิตอีกด้านหนึ่ง ตามที่โจทก์พิสูจน์แต่เพียงว่าพฤติกรรมของเอเม็กซ์ทำให้เกิดผลเสียต่อร้านค้าเนื่องจากต้องชำระค่าธรรมเนียมให้เอเม็กซ์สูงกว่าบริษัทบัตรเครดิตอื่น ๆ จึงเป็นการพิสูจน์ผลเสียของตลาดเพียงด้านเดียวโดยโจทก์ไม่ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงพฤติกรรมของเอเม็กซ์ว่าส่งผลเสียต่อตลาดของผู้ใช้บริการบัตรเครดิตอย่างไร และโจทก์ไม่ได้พิสูจน์ว่าเมื่อพิจารณารวมกันทั้งสองตลาดแล้วพฤติกรรมของเอเม็กซ์ก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดธุรกิจบัตรเครดิตชำระเงินสด (Net Anti-Competitive Effect) อย่างไร⁴⁶

โดยในคดีนี้ ผู้พิพากษาเสียงส่วนใหญ่จำนวน 5 ท่านพิพากษาให้เอเม็กซ์ชนะคดี ในขณะที่ผู้พิพากษาเสียงส่วนน้อยจำนวน 4 ท่านมีความเห็นต่าง โดยผู้พิพากษาตีเวน เบรเยอร์ ได้เขียนความคิดเห็นคัดค้าน (Dissenting Opinion) ว่าการที่โจทก์พิสูจน์ได้ว่าพฤติกรรมของจำเลยได้ก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันในตลาดร้านค้าที่รับชำระเงินสดก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าตลาดของผู้ใช้บัตรเครดิตก็เกิดผลเสียเช่นกันและพิสูจน์ต่อว่าเมื่อนำผลดีและผลเสียของทั้ง 2 ตลาดมาพิจารณารวมกันแล้วจะมีผลเสียสุทธิอย่างไร⁴⁷

เนื่องจากระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) คำพิพากษาของศาลที่ตัดสินในคดีก่อนหน้านี้ถือว่าเป็นกฎหมายที่ศาลซึ่งตัดสินคดีในภายหลังต้องยึดถือตามแนวคำพิพากษาก่อนหน้า จึงมีผลทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจแพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์หรือแพลตฟอร์มตัวกลางการซื้อขายต่างพยายามทำให้ผู้บริโภคพึงพอใจ เช่น การขายสินค้าในราคาถูก การจัดส่งที่รวดเร็ว มีสินค้าที่หลากหลายให้ผู้บริโภคเลือกซื้อ แต่การที่ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์จะไปเอารัดเอาเปรียบผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้าบนแพลตฟอร์มของตนเอง เช่น การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมรายเดือน การบังคับให้ผู้ขายต้องลดราคาสินค้าเป็นพิเศษเพื่อส่งเสริมการขาย การบังคับให้ผู้ขายต้องช่วยออกเงินค่าพัฒนาระบบเทคโนโลยี การบังคับให้ผู้ขายสินค้าต้องออกค่าส่งสินค้า

⁴⁶ Ohio v. American Express Co., 138 S.ct. 2274 (2018) และโปรดดู ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, *กฎหมายและนโยบายแพลตฟอร์ม*, 71.

⁴⁷ Ohio v. American Express Co., 138 S.ct. 2274 (2018) (Justice Breyer Dissenting Opinion at p. 2294).

แทนผู้บริโภค เป็นต้น เป็นพฤติกรรมอยู่นอกขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมายต่อต้านทรัสต์ ด้วยเหตุนี้ การพิพากษาคดีของศาลที่จะเกิดขึ้นภายหลังจากคดีนี้จึงจำเป็นต้องพิพากษาตามแนวทางของคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีนี้เป็นสำคัญ กล่าวคือ หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายหรือโจทก์ต้องกล่าวหาว่าพฤติกรรมของบริษัทอะเมซอนเป็นพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดผู้ขายสินค้า (Merchants) และตลาดผู้ซื้อสินค้า (Consumers) และเมื่อรวมทั้ง 2 ตลาดแล้ว ผลเสียสุทธิของทั้ง 2 ตลาดจะต้องสูงกว่าผลดี (Net Anti-Competitive Effect across Both Sides of the Platform) จึงเป็นภาระพิสูจน์ที่โจทก์จะพิสูจน์ได้ยากมาก

จ. คดี FTC ฟ้องอะเมซอนในข้อหาปกป้องรักษาอำนาจผูกขาดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁸

เมื่อวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 2023 FTC และอัยการของ 17 มลรัฐได้ฟ้องบริษัทอะเมซอนต่อศาลชั้นต้นเมืองวอชิงตัน ดีซี ในข้อหาว่าบริษัทอะเมซอนปกป้องรักษาอำนาจผูกขาดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการที่บริษัทพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันและก่อให้เกิดผลเสียต่อทั้ง 2 ตลาด ดังปรากฏในตารางด้านล่าง

ตลาดออนไลน์ซูเปอร์สโตร์มาร์เก็ต (Online Superstore Market) ซึ่งให้บริการแก่ผู้ซื้อสินค้า บริษัทอะเมซอนทำให้เกิดผลเสียต่อผู้ซื้อสินค้า ดังนี้	
1	ผู้บริโภคมีประสบการณ์ซื้อสินค้าแย่ลงเนื่องจากบริษัทเปลี่ยนผลการค้นหาที่ควรจะเป็นไปตามธรรมชาติเพราะผู้ขายสินค้าบางรายจ่ายค่าโฆษณาให้แก่บริษัท บริษัทจึงทำให้ผลการค้นหาขึ้นมาเป็นอันดับต้น ๆ
2	เรียงลำดับผลการค้นหาโดยมีอคติ ได้แก่ การให้ความสำคัญแก่สินค้าของบริษัทอะเมซอน (Private Brand) มากกว่าสินค้าของผู้ขายอื่นที่บริษัททราบดีว่ามีคุณภาพดีกว่า
การให้บริการตลาดออนไลน์แก่ผู้ขาย อะเมซอนทำให้เกิดผลเสียต่อผู้ขายสินค้า ดังนี้	
1	พฤติกรรมต่อต้านการลดราคาของผู้ขาย โดยบริษัทอะเมซอนห้ามผู้ขายสินค้าในตลาดออนไลน์ของอะเมซอนลดราคาสินค้าต่ำกว่าราคาที่ขายในตลาดของอะเมซอน หากผู้ขายรายใดฝ่าฝืนข้อบังคับดังกล่าว จะถูกจัดให้ผลการค้นพบสินค้าของผู้ขายรายนั้นอยู่อันดับท้าย ๆ ของการค้นหา
2	บังคับให้ผู้ขายต้องซื้อบริการต่าง ๆ ของบริษัทอะเมซอน เพื่อจะได้มีคุณสมบัติอยู่ในระดับ “Prime” ที่สำคัญมากสำหรับผู้ขายในตลาดออนไลน์ของบริษัทอะเมซอนที่มีผลทำให้ต้นทุนของผู้ขายสูงขึ้นในตลาดออนไลน์ของอะเมซอน

⁴⁸ Federal Trade Commission (FTC), For Release, FTC Sues Amazon for Illegally Maintaining Monopoly Power, September 26, 2023.

การให้บริการตลาดออนไลน์แก่ผู้ขาย อะเมซอนทำให้เกิดผลเสียต่อผู้ขายสินค้า ดังนี้	
3	คิดค่าธรรมเนียมต่าง ๆ เช่น ค่าธรรมเนียมรายเดือนต่อสินค้าทุกรายการ ค่าโฆษณา เป็นต้น โดยเมื่อรวมค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ทั้งหมดแล้ว ผู้ขายต้องจ่ายเงินค่าธรรมเนียมให้กับบริษัท อะเมซอนคิดเป็นเกือบร้อยละ 50 ของรายได้ผู้ขายสินค้า ซึ่งค่าธรรมเนียมเหล่านี้เป็นผลร้ายต่อผู้ขาย นอกจากนี้ ยังเป็นผลร้ายต่อผู้ซื้อสินค้าที่ต้องจ่ายค่าสินค้าหลายแสนรายการที่ขายอยู่บนแพลตฟอร์มออนไลน์ของอะเมซอนในราคาแพงขึ้น ⁴⁹

ตารางที่ 1 พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของบริษัทอะเมซอนและผลเสียต่อทั้ง 2 ตลาด

ศาลชั้นต้นของกรุงวอชิงตัน ดีซี มีกำหนดเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีนี้ในช่วงประมาณกลางปี ค.ศ. 2026

สรุปได้ว่าหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาค่อนข้างประสบความสำเร็จในการกำกับดูแลการผูกขาดตั้งแต่การผูกขาดธุรกิจน้ำมันก๊าดของบริษัท สแตนดาร์ด ออยล์ จนถึงการผูกขาดระบบปฏิบัติการของบริษัทไมโครซอฟท์ แต่คำพิพากษาศาลฎีกาในคดี Ohio v. American Express (Amex) ได้ทำให้การนำกฎหมายเซอร์แมนมากำกับดูแลการผูกขาดในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายเป็นไปได้ยากขึ้นเนื่องจากมีภาวะพิสูจน์ถึงผลเสียของทั้ง 2 ตลาดและผลเสียสุทธิของทั้ง 2 ตลาดรวมกันด้วย

2. การกำกับดูแลการผูกขาดในประเทศญี่ปุ่น: จากคดีโนตะถึงคดีอะเมซอน

ภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1945 กองกำลังสัมพันธมิตรนำโดยนายพลดักลาส แม็กอาเธอร์ ได้เข้ามายึดครองประเทศญี่ปุ่น ฝ่ายสัมพันธมิตรมองว่ากลุ่มบริษัทขนาดใหญ่ (Zaibatsu: 財閥) 17 กลุ่มบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มบริษัทใหญ่ที่สุด 4 กลุ่ม ได้แก่ มิตซูบิชิ (Mitsubishi: 三菱) มิตซุย (Mitsui: 三井) ซุมิโตะโมะ (Sumitomo: 住友) และยาซูดะ (Yasuda: 安田)⁵⁰ มีส่วนสำคัญที่ทำให้รัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นรุกรานประเทศอื่น ๆ ในเอเชีย ดังนั้น กองกำลังสัมพันธมิตรจึงบังคับให้รัฐบาลญี่ปุ่นตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดออกมามบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1947 โดยโครงสร้างกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นมีความคล้ายคลึงกับโครงสร้างกฎหมายต่อต้านทรัสต์ของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ กำกับดูแลการผูกขาดของเอกชน กำกับดูแลการร่วมกันกำหนดราคา (Cartel and Bid Rigging) การกำกับดูแลการรวมธุรกิจ (Merger and Acquisition) และกำกับดูแลวิธีการแข่งขันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม (Unfair Method of Competition) ต่อมาในปี ค.ศ. 1953 ประเทศญี่ปุ่นได้

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Matsushita Mitsuo, *Keizaihou Gaisetsu: 經濟法概説 (Explanation on Economic Law)* (3rd edition, Tokyo: Tokyo University Press, 2004), 33-34. (ภาษาญี่ปุ่น).

แก้ไขปรับปรุงวิธีการแข่งขันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรมให้เป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices: 不公正な取引方法)⁵¹ และให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศญี่ปุ่น (Japan Fair Trade Commission: JFTC) ออกแนวปฏิบัติระบุนุ้พหุติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่จะเข้าข่ายมีลักษณะเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้⁵²

วัตถุประสงค์ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น คือ “การส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและเสรี” (Fair and Free Competition) โดยบทบัญญัติมาตรา 2(5) ที่ร่างโดยมีต้นแบบมาจากมาตรา 2 ของกฎหมายเซอร์แมนในประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดรายละเอียดที่สำคัญเอาไว้ คือ การห้ามการผูกขาดโดยเอกชน ทั้งยังมีบทบัญญัติมาตรา 2(9) ที่กำหนดห้ามผู้ประกอบการธุรกิจประพฤติปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจขนาดเล็กด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากโครงสร้างของระบบเศรษฐกิจญี่ปุ่นประกอบด้วยผู้ประกอบการธุรกิจรายใหญ่อำนาจไม่กีราย ในขณะที่มีผู้ประกอบการรายเล็กเป็นจำนวนมาก ผู้ประกอบการรายเล็กมักไม่มีอำนาจต่อรองและถูกผู้ประกอบการรายใหญ่เอารัดเอาเปรียบ หรือในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีการแข่งขันอย่างเข้มข้น ผู้ประกอบการรายเล็กก็มักจะถูกผู้ประกอบการรายใหญ่กำจัดออกไปจากตลาดหรืออาจถูกบังคับให้ต้องยอมรับเงื่อนไขทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอยู่เสมอ⁵³

คดีสำคัญเกี่ยวกับการกำกับดูแลการผูกขาดโดยเอกชนของประเทศญี่ปุ่น คือ คดีซีอิ้วขาว (Shoyu: 醤油) ที่เป็นสินค้าประเภทเครื่องปรุงรสอาหารที่สำคัญประจำบ้านของประชาชนชาวญี่ปุ่น

ก. คดี JFTC v. Noda Company (野田醤油私的独禁) (1957)⁵⁴

ในตลาดซีอิ้วขาวระดับประเทศช่วงทศวรรษที่ 1950 มีผู้ผลิตซีอิ้วขาวรายใหญ่อยู่ 4 บริษัท ได้แก่ โนดะ (Noda) ซึ่งเป็นเจ้าของชื่อทางการค้า “คิกโคมัง (Kikkoman)” ยามาสะ (Yamasa) ฮิเกตะ (Higeta) และมารุสะ (Marusa) โดยบริษัทโนดะมีส่วนแบ่งตลาดสูงสุดอยู่ที่ร้อยละ 37 ของสินค้าซีอิ้วขาวเกรดดีเยี่ยมที่สุด (Supreme: 最上) การแข่งขันระหว่างผู้ผลิต 4 รายเป็นไปอย่างเข้มข้น ต่อมาบริษัทโนดะได้สั่งให้ผู้ขายส่งและผู้ค้าปลีกขึ้นราคาซีอิ้วขาวเกรดดีเยี่ยมที่สุด ทำให้ต่อมาบริษัทคู่แข่งที่เหลืออีก 3 รายต่างก็สั่งให้ผู้ขายส่งและผู้ค้าปลีกขึ้นราคาสินค้าของตนให้อยู่ในระดับเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ JFTC จึงทำการสอบสวนและต่อมาได้วินิจฉัยว่าบริษัทโนดะฝ่าฝืนบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดของเอกชน (Private Monopolization) เนื่องจากใช้อำนาจของผู้มีสถานะเหนือตลาด (Dominant Position) บังคับทางอ้อม

⁵¹ Matsushita Mitsuo and John D. Davis, *Introduction to Japanese Antimonopoly Law* (Tokyo: Yuhikaku, 1990), 3. และ Matsushita Mitsuo, *Keizaihou Gaisetsu: 経済法概説 (Explanation on Economic Law)*, 3. (ภาษาญี่ปุ่น).

⁵² Matsushita Mitsuo and John D. Davis, *Introduction to Japanese Antimonopoly Law*, 3. และ Matsushita Mitsuo, *Keizaihou Gaisetsu: 経済法概説 (Explanation on Economic Law)*, 54-55. (ภาษาญี่ปุ่น).

⁵³ Matsushita Mitsuo and John D. Davis, *Introduction to Japanese Antimonopoly Law*, 3. และ Matsushita Mitsuo, *Keizaihou Gaisetsu: 経済法概説 (Explanation on Economic Law)*, 9. (ภาษาญี่ปุ่น).

⁵⁴ Tokyo High Court Decision, 25 December 1954, *Kosaminshu*, Vol. 10, No. 12 (1957).

ให้บริษัทคู่แข่งขึ้นราคา บริษัทโนตะอุทธรณ์ไปยังศาลสูงเมืองโตเกียว ศาลสูงเมืองโตเกียวเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของ JFTC โดยให้เหตุผลว่าบริษัทยามาสะ อิเกะตะ และมารุสะถูกบังคับทางอ้อมโดยบริษัทโนตะให้ต้องขึ้นราคาสินค้าเพราะหากไม่ขึ้นราคา ผู้บริโภคจะมองว่าสินค้าของบริษัทมีคุณภาพต่ำกว่าเกรดดีเยี่ยมที่สุดและจะสูญเสียส่วนแบ่งตลาดไปให้กับบริษัทโนตะ⁵⁵

ช่วงทศวรรษ 1960 เศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นได้เริ่มพัฒนาและเจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะในช่วงปฏิวัติอุตสาหกรรมครั้งที่ 3 (ทศวรรษ 1960 – 1980) ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ใช้เทคโนโลยีการผลิตในยุคนี้ได้เกิดประโยชน์สูงสุด จนกลายเป็นประเทศที่มีขนาดเศรษฐกิจใหญ่เป็นอันดับ 2 ของโลกรองจากขนาดเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัทญี่ปุ่นส่งสินค้าประเภทรถยนต์ เครื่องใช้ไฟฟ้า ออกไปจำหน่ายทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา ท่ามกลางความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางเทคโนโลยีทางออปติคัล ไฟเบอร์และอินเทอร์เน็ตที่เจริญรุดหน้าอย่างรวดเร็วทำให้เกิดการผูกขาดในธุรกิจโทรคมนาคมและมีคดีขึ้นสู่ศาลฎีกาของประเทศญี่ปุ่นในคดี ค.ศ. 2010

ข. คดี JFTC v. East NTT (NTT 東日本事件) (2010)⁵⁶

บริษัท East NTT เป็นเจ้าของโครงข่ายออปติคัลไฟเบอร์ (Optical Fiber Infrastructure) และเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่เรียกว่า “Fiber-to-the-home (FTTH)” แก่ครัวเรือนของประชาชนชาวญี่ปุ่น โดยมีผู้ให้บริการที่เป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider: ISP) หลายราย เช่น SoftBank KDDI Corporation @nifty (Fujitsu’s ISP Brand) So-met (บริษัทในกลุ่มโซนี่) เป็นต้น เป็นคู่แข่งการให้บริการ FTTH แต่บรรดาคู่แข่งทั้งหลายต้องอาศัยโครงข่ายออปติคัลไฟเบอร์ของบริษัท East NTT ในการให้บริการลูกค้า ต่อมาบริษัท East NTT ได้กำหนดราคาขายส่ง (Wholesale Price) ที่เรียกเก็บจากบรรดาคู่แข่งต่ำกว่าราคาขายปลีกที่บริษัท East NTT เรียกเก็บจากลูกค้าที่เป็นครัวเรือน บรรดาคู่แข่งทั้งหลายโดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัท SoftBank ได้ร้องเรียนพฤติกรรมของบริษัท East NTT มายัง JFTC ว่าเป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนมาตรา 3 (Private Monopolization) ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด JFTC วินิจฉัยว่าพฤติกรรมของ East NTT ฝ่าฝืนตามคำร้องเรียนและออกคำสั่งให้หยุดพฤติกรรมนี้ บริษัท East NTT อุทธรณ์คำวินิจฉัยของ JFTC ไปยังศาลสูงเมืองโตเกียว ศาลสูงเมืองโตเกียวมีคำพิพากษาโดยเห็นด้วยกับคำสั่งของ JFTC ศาลฎีกาของประเทศญี่ปุ่นพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลสูงเมืองโตเกียวว่าพฤติกรรมของบริษัทเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 3 เนื่องจากพฤติกรรมกีดกันคู่แข่งให้ออกไปจากตลาดและกีดกันไม่ให้คู่แข่งรายใหม่เข้ามาสู่ตลาดบริการนี้⁵⁷

⁵⁵ ดูรายละเอียดบทความของศาสตราจารย์ Kanai Takashi เกี่ยวกับคดีนี้ใน Tamura Shigekazu and Atsuya Jouji, *独禁法審決/判例百選* (The 100 Selected Decisions and Judgements on Antimonopoly Law), The Jurist No. 141 (Tokyo: Yuhikaku, 1997) (ภาษาญี่ปุ่น) และโปรดดู Kanai Takaji, Eguchi Kiminori and others, *Keizaihou Gaisetsu: 経済法概説* (Explanation on Economic Law) (Tokyo: Yuhikaku, 1999), 93-95. (ภาษาญี่ปุ่น).

⁵⁶ JFTC v. East NTT, Supreme Court of Japan, 17 December 2010 (Heisei 22).

⁵⁷ ดูรายละเอียดและความเห็นศาสตราจารย์ Ishioka Katsutoshi ใน Takashi Kanai and others, eds., *独禁法審決/判例百選* (The 100 Selected Decisions and Judgements on Antimonopoly Law), The Jurist No. 237 (Tokyo: Yuhikaku, 2017), 266-267. (ภาษาญี่ปุ่น).

ในช่วงระยะเวลาก่อนหน้านี้ บริษัทไมโครซอฟท์ก็ได้เข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศญี่ปุ่น เช่นเดียวกันและมีพฤติกรรมของการใช้สถานะผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่ากำหนดเงื่อนไขไม่เป็นธรรมในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระบบปฏิบัติการวินโดวส์ทำให้บริษัทผู้ผลิตเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลในประเทศญี่ปุ่นร้องเรียนมายัง JFTC

ค. คดี JFTC v. Microsoft (日本マイクロソフト事件) (2004)

JFTC เห็นว่าพฤติกรรมของบริษัทไมโครซอฟท์ญี่ปุ่นซึ่งกำหนดเงื่อนไขผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิที่รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored License Provision: MFLP) ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระบบปฏิบัติการวินโดวส์ที่กำกับสัญญาผลิตเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลในประเทศญี่ปุ่นมีผลทำให้บริษัทผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ เช่น NEC Fujitsu Toshiba Hitachi Sony เป็นต้น ไม่ไปขออนุญาตใช้สิทธิในเทคโนโลยีจากบริษัทคู่แข่งของบริษัทไมโครซอฟท์ ซึ่งได้แก่ Java Platform หรือ Linux-based Software หรือพัฒนาระบบทำงานเชื่อมต่อ (Interfaces) ขึ้นมาใช้เองนั้น เป็นพฤติกรรมที่เป็นการใช้สถานะผู้มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม (Abuse of Bargaining Position) ซึ่งเป็นพฤติกรรมอย่างหนึ่งในการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) โดยพฤติกรรมของบริษัทไมโครซอฟท์ที่กำหนดเงื่อนไข MFLP ย่อมมีผลทำให้บริษัทผลิตคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลในประเทศญี่ปุ่นไม่เข้าไปทำงานหรือร่วมพัฒนากับบริษัทคู่แข่งทางเทคโนโลยีของบริษัทไมโครซอฟท์ ทาง JFTC จึงมีคำสั่งให้บริษัทไมโครซอฟท์ ถอดข้อสัญญา MFLP ออกจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในระบบปฏิบัติการวินโดวส์⁵⁸

ในช่วงเวลาใกล้เคียงกัน บริษัทอะเมซอนซึ่งประสบความสำเร็จอย่างยิ่งในการประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ขยายธุรกิจมายังประเทศญี่ปุ่นด้วย โดยเข้าจัดตั้งบริษัทอะเมซอนญี่ปุ่น (Amazon Japan) ในช่วงปี ค.ศ. 2000 โดยเป็นแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่จำหน่ายหนังสือออนไลน์ ต่อมาได้ขยายธุรกิจจำหน่ายสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้า ของใช้ในบ้าน และอุปกรณ์อื่น ๆ จนกลายเป็นแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุดคู่กับแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์สัญชาติญี่ปุ่นอิกราย คือ ราคุเท็น อิชิบะ (Rakuten Ichiba) แพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทั้ง 2 รายนี้ต่างถูกผู้ขายสินค้า (Merchants หรือ Sellers) ร้องเรียนต่อ JFTC เกี่ยวกับพฤติกรรมเอาัดเอาเปรียบผู้ขายสินค้าและพฤติกรรมกำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ขายสินค้าต้องปฏิบัติตามทำให้เกิดคดีพิพาทกัน ดังนี้

⁵⁸ ดูรายละเอียดและความเห็นศาสตราจารย์ Funada Masayuki ใน Takashi Kanai and others, eds., *独禁法審決/判例百選* (The 100 Selected Decisions and Judgements on Antimonopoly Law), The Jurist No. 237 (Tokyo: Yuhikaku, 2017), 128-129. (ภาษาญี่ปุ่น).

ง. คดี JFTC v. Amazon Japan (アマゾン確的事件) (2017)

JFTC ได้เริ่มต้นกระบวนการสอบสวนและพบว่าบริษัทอะเมซอนญี่ปุ่นมีพฤติกรรมที่อาจฝ่าฝืนบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม ดังนี้

การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่า (Abuse of Superior Bargain Position: ASBP) เอารัดเอาเปรียบผู้ผลิตสินค้า (Suppliers) หรือผู้ขายสินค้าในแพลตฟอร์มของบริษัทอะเมซอนญี่ปุ่น ดังต่อไปนี้

- (1) เรียกร้องให้ผู้ผลิตสินค้าและผู้ขายสินค้าต้องจ่ายเงินให้กับบริษัทอะเมซอนญี่ปุ่นหากขายสินค้าได้เกินเกณฑ์ที่กำหนดหรือมีต้นทุนหรือความสูญเสียที่บริษัทอะเมซอนญี่ปุ่นอ้างว่าเกิดขึ้น
- (2) การมีข้อสัญญากำหนดให้ผู้ผลิตสินค้าหรือผู้ขายสินค้าต้องปฏิบัติตาม โดยอาศัยหลักอัตราความเท่าเทียมของราคา (Price Parity Rate) หรือหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation) การปฏิบัติตามหลักข้างต้น คือ ผู้ผลิตสินค้าและผู้ขายสินค้าจะตั้งราคาสินค้าหรือเงื่อนไขในแพลตฟอร์มอื่น ๆ (เช่น ราคูเท็น หรือ Yahoo Shopping) ต่ำกว่าหรือมีเงื่อนไขดีกว่าที่ตั้งไว้ในแพลตฟอร์มอะเมซอนไม่ได้

JFTC เห็นว่าพฤติกรรมประการแรกบริษัทอะเมซอนญี่ปุ่นเป็นการเรียกร้องเอาประโยชน์จากผู้ผลิตสินค้าหรือผู้ขายสินค้าอย่างไม่เป็นธรรม ส่วนพฤติกรรมประการถัดมา JFTC เห็นว่าส่งผลเสียอย่างมากต่อการแข่งขันเรื่องราคาระหว่างบริษัทอะเมซอนญี่ปุ่นกับคู่แข่งรายอื่น ๆ เนื่องจากจะทำให้การแข่งขันเรื่องราคาในตลาดแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทั่วทั้งประเทศญี่ปุ่นเสื่อมถอยลง⁵⁹ อย่างไรก็ตาม ก่อนที่ JFTC จะออกคำสั่งทางปกครองให้อะเมซอนญี่ปุ่นหยุดพฤติกรรมดังกล่าว ทางบริษัทอะเมซอนญี่ปุ่นได้สมัครใจแก้ไขข้อสัญญาทั้งหลายที่อาจฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด ต่อมา JFTC จึงได้ออกประกาศว่าบริษัทอะเมซอนญี่ปุ่นได้แก้ไขพฤติกรรมการฝ่าฝืนกฎหมายทั้งหลายแล้ว⁶⁰

จ. คดี JFTC v. Rakuten (楽天市場確的事件) (2021)

ในปี ค.ศ. 2020 JFTC ได้เริ่มต้นกระบวนการสอบสวนและพบว่าราคูเท็นมีพฤติกรรมที่อาจฝ่าฝืนบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ดังนี้

การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเอารัดเอาเปรียบผู้ผลิตสินค้าหรือผู้ขายสินค้า (Vendors) ในแพลตฟอร์มของราคูเท็น โดยราคูเท็นได้ออกนโยบายใหม่กำหนดให้ผู้ผลิตสินค้าและผู้ขายสินค้าต้องแบกรับภาระเรื่องค่าส่งสินค้าให้ผู้สั่งซื้อสินค้าผ่านแพลตฟอร์มของราคูเท็น หากสินค้าที่สั่งซื้อมีราคาสูงกว่า 3,980 เยน (ประมาณ 900 บาท) นโยบายดังกล่าวทำให้ผู้ขายสินค้าบนแพลตฟอร์มไม่พอใจที่จะถูกบังคับให้แบกรับภาระในลักษณะนี้ ทำให้บริษัทคิริน (Kirin Beverage) ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ผลิตและจำหน่ายสินค้า

⁵⁹ ดูรายละเอียดและความเห็นนักวิชาการญี่ปุ่นเกี่ยวกับคดีนี้ใน Nobora Kawahama and others, eds., *独禁法審決/判例百選* (The 100 Selected Decisions and Judgements on Antimonopoly Law), The Jurist No. 268 (Tokyo: Yuhikaku, 2024), 170-171. (ภาษาญี่ปุ่น) และดู Masahiro Murakami and others, eds., *Explanation on Antimonopoly Law: Article by Article* (Tokyo: Kobunsha, 2022), 208. (ภาษาญี่ปุ่น).

⁶⁰ JFTC, Approval of the Commitment Plan Submitted by Amazon Japan, September 10, 2020.

เครื่องตีบบนแพลตฟอร์มนำเรื่องมาร้องเรียนต่อ JFTC กล่าวหาว่าพฤติกรรมของราคุเท็นอาจขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดว่าด้วยการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่า⁶¹ JFTC จึงได้ดำเนินการสอบสวน แต่ราคุเท็นก็ไม่มีทีท่าว่าจะหยุดการดำเนินการตามนโยบายดังกล่าวแต่อย่างใด JFTC จึงยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นเมืองโตเกียขอให้ศาลสั่งคุ้มครองฉุกเฉินโดยให้ราคุเท็นหยุดบังคับใช้นโยบายดังกล่าว⁶² ก่อนที่ศาลชั้นต้นจะเริ่มกระบวนการไต่สวนคำร้องขอคุ้มครองฉุกเฉินราคุเท็นได้ยินยอมที่จะระงับการบังคับใช้นโยบายดังกล่าว ส่งผลให้ JFTC ถอนคำร้องดังกล่าวไปจากศาล⁶³

3. การกำกับดูแลการผูกขาดในประเทศไทย: จากคดีรถจักรยานยนต์ฮอนด้า ถึงคดีเครื่องตีบซูก้า

ในสมัยรัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน ได้มีนโยบายให้ยกร่างกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อใช้บังคับ โดยคณะทำงานยกร่างกฎหมายได้ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของบทบัญญัติแล้วอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีได้อย่างมีนัยสำคัญ ทั้งนี้ โครงสร้างกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยปรากฏ 3 เสาหลักของกฎหมายแข่งขันทางการค้าสมัยใหม่อย่างครบถ้วน ซึ่งได้แก่ (1) การกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Abuse of Dominant Position) (2) การกำกับดูแลการร่วมกันกำหนดราคา (Cartel and Bid Rigging) และ (3) การรวมธุรกิจ (Merger and Acquisition) นอกเหนือจากนี้แล้ว กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีได้ด้วย ในขณะเดียวกัน กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้ก็ได้รับอิทธิพลและแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยได้รับอิทธิพลและแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมาจากประเทศญี่ปุ่นผ่านการยกร่างกฎหมายโดยใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้เป็นแม่แบบ

ก. คดีรถจักรยานยนต์ฮอนด้า (พ.ศ. 2543)

ในปี พ.ศ. 2543 บรรดาบริษัทคู่แข่งของฮอนด้า ได้แก่ บริษัทไทยยามาฮา บริษัทไทยซูซูกิมอเตอร์ บริษัท คาวาซากิมอเตอร์ ได้ทำเรื่องร้องเรียนไปยังสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าบริษัท เอพี ฮอนด้า ซึ่งเป็นบริษัทผลิตและจำหน่ายจักรยานยนต์ยี่ห้อฮอนด้าและมีส่วนแบ่งตลาดสูงสุดประมาณร้อยละ 75 ของตลาดรถจักรยานยนต์ในประเทศไทย มีพฤติกรรมฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขัน

⁶¹ Simon VANDE Walle, "WHAT HAS THE JFTC ACCOMPLISHED IN DIGITAL CASES USING THE ANTIMONOPOLY ACT?," accessed 25 June 2025, https://www.simonvandewalle.eu/JFTC_enforcement_digital.pdf

⁶² JFTC, the JFTC has filed a petition for an urgent injunction against Rakuten Inc, Feb 28, 2020.

⁶³ Atsushi Yamada, *ABUSE OF SUPERIOR BARGAINING POSITION IN JAPAN-ITS DEVELOPMENT AND CURRENT POSITION* (CPI Columns: Asia, December 2022), 9.

ทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยบริษัท เอพี ฮอนด้า ได้บังคับให้ตัวแทนจำหน่าย (Dealer) ที่มีผลประกอบการดีเยี่ยมให้ตกลงทำสัญญาเป็นตัวแทนจำหน่ายเฉพาะรถจักรยานยนต์ยี่ห้อฮอนด้าเท่านั้น (Honda Exclusive Dealer) โดยเมื่อเข้าทำสัญญาดังกล่าวแล้ว จะจัดจำหน่ายรถจักรยานยนต์ยี่ห้ออื่นไม่ได้เลย พฤติกรรมดังกล่าวของบริษัทเอพี ฮอนด้าเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เนื่องจากเป็นการลดการแข่งขันในตลาดรถจักรยานยนต์เพราะปิดช่องทาง (Foreclosure) การจัดจำหน่ายรถจักรยานยนต์ของบริษัทคู่แข่งอื่น ๆ กล่าวคือ บริษัทไทยยามาฮา บริษัทไทยซูซูกิมอเตอร์ บริษัทคาวาซากิมอเตอร์ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นด้วยกับความเห็นของคณะอนุกรรมการสอบสวนว่าบริษัทเอพี ฮอนด้า มีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่เรียกว่าข้อตกลงการค้าที่ต้องทำธุรกิจกับตนเองเท่านั้น (Exclusive Dealing) จัดส่งสำนวนให้สำนักงานอัยการพิจารณาส่งฟ้องศาลอาญา แต่สำนักงานอัยการได้ขอให้คณะอนุกรรมการสอบสวนสอบสวนข้อเท็จจริงเพิ่มเติมอีกถึง 2 ครั้ง แต่ก็ยังมีคำสั่งไม่สั่งฟ้องจนกระทั่งคดีหมดอายุความไป⁶⁴

ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าในปี พ.ศ. 2560 มาตรา 55 กำหนดให้พฤติกรรมในลักษณะดังกล่าวเป็นพฤติกรรมที่สามารถกระทำได้⁶⁵

ข. คดีเครื่องดื่มชูกำลัง (พ.ศ. 2562)

ผู้บริหารของบริษัทผลิตและจำหน่ายเครื่องดื่มชูกำลังที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงที่สุดในประเทศไทยได้ขอความร่วมมือกับผู้ค้าส่งในหัวเมืองใหญ่ประมาณ 10 แห่ง ไม่ให้รับเครื่องดื่มชูกำลังของบริษัทคู่แข่งมาจำหน่ายในร้านค้าของผู้ค้าส่ง แต่ผู้ค้าส่งบางรายในจำนวน 10 รายไม่ยอมปฏิบัติตาม บริษัทเครื่องดื่มชูกำลังจึงไม่ส่งสินค้าที่ตนเป็นผู้ผลิตให้แก่ผู้ค้าส่งรายดังกล่าว ส่งผลให้ผู้ค้าส่งรายดังกล่าวร้องเรียนไปยังสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ภายหลังเสร็จสิ้นกระบวนการของคณะอนุกรรมการสอบสวน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นด้วยกับผลการสอบสวนโดยเห็นว่าพฤติกรรมของบริษัท

⁶⁴ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), 401-404.

⁶⁵ มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า

“บทบัญญัติมาตรา 55 มิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

(1) การกระทำระหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(2) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

(3) การตกลงร่วมกันในรูปแบบธุรกิจที่มีสัญญาระหว่างผู้ประกอบการในระดับกัน โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ให้สิทธิในสินค้าหรือบริการ เครื่องหมายการค้า วิธีการดำเนินธุรกิจ หรือการสนับสนุนการประกอบธุรกิจ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้รับสิทธิซึ่งมีหน้าที่ชำระค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือให้ผลตอบแทนอื่นใดตามที่ระบุในสัญญา (ขีดเส้นใต้เน้นโดยผู้เขียน)

(4) ลักษณะข้อตกลงหรือรูปแบบธุรกิจตามที่กำหนดในกฎกระทรวงตามคำแนะนำของคณะกรรมการ

การตกลงร่วมกันตามวรรคหนึ่ง (2) และ (3) ต้องไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุประโยชน์ข้างต้น และไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นอย่างมีนัยสำคัญ โดยคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคด้วย”

เครื่องตีหมูกำลังเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 50 เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดกระทำการกำหนดเงื่อนไขที่จำกัดการซื้อเครื่องตีหมูกำลังของผู้ถูกกล่าวหาและจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้าเครื่องตีหมูกำลังตราอื่น ๆ ของบริษัทคู่แข่งอย่างไม่เป็นธรรม จึงเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ต่อมาบริษัทเครื่องตีหมูกำลังยอมรับว่าพฤติกรรมของตนเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและยินยอมให้เปรียบเทียบปรับ⁶⁶

สภาพปัญหาเกี่ยวกับความจำเป็นที่ต้องดูแลแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีอำนาจเหนือตลาดของไทย เกิดจากแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยที่มีทั้งสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดและสถานะผู้มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคู่ค้า ใช้สถานะการเป็นผู้มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเอาเปรียบคู่ค้าซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็ก เช่น การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่สูงเกินสมควรโดยไม่มีเหตุผล การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมที่ไม่มีอยู่ในสัญญา การห้ามคู่ค้าที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้าตั้งราคาสินค้าบนแพลตฟอร์มอื่นหรือในช่องทางเว็บไซต์ของผู้ผลิตเองต่ำกว่าราคาที่จำหน่ายอยู่บนแพลตฟอร์มของผู้ประกอบการธุรกิจแพลตฟอร์มที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า เป็นต้น ทั้งนี้จะแตกต่างกับคดีรถจักรยานยนต์ฮอนด้าและคดีเครื่องตีหมูกำลัง เพราะว่าการตั้งสองเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่เป็นธรรม ได้แก่ การบังคับให้คู่ค้าของตนซื้อหรือขายสินค้าของบริษัทตนเท่านั้นไม่ให้ซื้อหรือขายสินค้าของบริษัทคู่แข่ง จึงเป็นการใช้กลยุทธ์ทางธุรกิจที่ปิดช่องทางการจัดจำหน่าย (Distribution Channel) สินค้าของบริษัทคู่แข่ง ส่งผลให้ระดับการแข่งขันของสินค้าที่เป็นรถจักรยานยนต์และเครื่องตีหมูกำลังลดลง จึงเป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน (Anti-Competitive Conduct) ที่กฎหมายแข่งขันทางการค้าห้ามกระทำ

4. วิเคราะห์และถอดบทเรียนจากประสบการณ์กำกับดูแลการผูกขาดในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น

ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรใช้แนวทางการกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ตามแนวทางของประเทศญี่ปุ่นด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการแรก วัตถุประสงค์ของกฎหมายต่อต้านทรัสต์ของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ “ประสิทธิภาพ” และ “สวัสดิการของผู้บริโภค” ดังนั้น หากพฤติกรรมของผู้ผูกขาดเป็นพฤติกรรมการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพและนำไปสู่สวัสดิการของผู้บริโภค ได้แก่ ผู้บริโภคสามารถหาซื้อสินค้าหรือบริการได้ในราคาที่ต่ำที่สุด ปริมาณการผลิตที่สูงที่สุด หรือคุณภาพที่ดีที่สุดโดยไม่ต้องคำนึงถึงผู้ประกอบการขนาดเล็กที่อยู่ในห่วงโซ่อุปทานของตลาดสินค้าหรืออยู่อีกด้านหนึ่งของตลาด 2 ด้านในธุรกิจแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ว่าจะถูกเอาเปรียบอย่างไร ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา

⁶⁶ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, “Zoom คดีแข่งขันทางการค้า ฉบับที่ 1: กรณีห้ามขายสินค้าของคู่แข่งในตลาดเครื่องตีหมูกำลัง,” สืบค้นเมื่อ 25 มิถุนายน 2568, https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/ZOOM_EP_1.pdf

(Freedom of Contract) ที่คู่สัญญาสามารถรักษาผลประโยชน์ของตนเองได้อย่างเต็มที่⁶⁷

ในขณะที่วัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น คือ “สนับสนุนการแข่งขันที่เป็นธรรมและเสรี” ทั้งยังปกป้องคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจขนาดเล็อกจากการถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์รายใหญ่ด้วย

ประการที่สอง โดยนัยวัตถุประสงค์ของกฎหมายต่อต้านทรัสต์ของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ผู้ประกอบการธุรกิจแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์รายใหญ่ที่มีอำนาจผูกขาดดังเช่นบริษัทอะเมซอน อาจมีแนวโน้มที่จะหลีกเลี่ยงการฝ่าฝืนกฎหมายต่อต้านทรัสต์ได้โดยการทำให้เกิด “สวัสดิการของผู้บริโภค” กล่าวคือ ส่งเสริมให้ผู้บริโภคสามารถสั่งซื้อสินค้าที่จำหน่ายในแพลตฟอร์มอะเมซอนในราคาที่ต่ำมาก ปริมาณสินค้าบนแพลตฟอร์มมีความหลากหลายและมีจำนวนที่เพียงพอ มีบริการจัดส่งที่รวดเร็ว ในขณะที่ผู้ขายสินค้าหรือผู้จำหน่ายสินค้าซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเล็กกลับถูกเอารัดเอาเปรียบจากอะเมซอน โดยต้องรับภาระในการจ่ายค่าธรรมเนียมการใช้บริการแพลตฟอร์มเป็นรายเดือนตลอดจนค่าธรรมเนียมอื่น ๆ เพื่อรักษาสถานะ “Premium” รวมแล้วสูงกว่าร้อยละ 50 ของรายได้จากการจำหน่ายสินค้าบนแพลตฟอร์มต่อเดือน การถูกเอารัดเอาเปรียบในลักษณะดังกล่าวนี้ถูกถ่ายทอดผ่านแพลตฟอร์มของอะเมซอนไปยังอีกด้านของตลาดโดยเปลี่ยนไปเป็นสวัสดิการที่ผู้บริโภคจะได้รับ ด้วยพฤติกรรมในลักษณะดังกล่าวนี้ทำให้อะเมซอนมีแนวโน้มที่จะหลุดพ้นจากข้อกล่าวหาของ FTC ได้ในอนาคต เมื่อศาลชั้นต้นของกรุงวอชิงตัน ดีซี เปิดกระบวนการพิจารณาคดี FTC v. Amazon ในปี ค.ศ. 2026 ทั้งนี้ มีข้อสังเกตบางประการ กล่าวคือ บริษัทอะเมซอนนำคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดี Ohio v. Amex (2018) มาเป็นแนวทางในการหลีกเลี่ยงความรับผิดตามข้อกล่าวหาของ FTC และในขณะเดียวกัน FTC ก็พยายามพิสูจน์ว่า “ผู้บริโภคสูญเสียสวัสดิการ” ยกตัวอย่างเช่น ผู้บริโภคต้องจ่ายสินค้าในราคาที่สูงขึ้น เนื่องจากผู้ขายสินค้าต้องรวมต้นทุนค่าธรรมเนียมต่าง ๆ เข้าไปในราคาสินค้าด้วย ผลการเรียงลำดับการค้นหาเป็นไปโดยมีอคติทำให้ผู้บริโภคสับสนจึงสั่งซื้อสินค้าของบริษัทอะเมซอนเอง (Private Brands) ทั้งที่ในความเป็นจริงมีสินค้าชนิดเดียวกันซึ่งมีคุณภาพดีกว่าจำหน่ายอยู่บนแพลตฟอร์ม เป็นต้น

ประการที่สาม การนำบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าและการบังคับคู่ค้าให้ยอมรับเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมมากำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีอำนาจผูกขาดย่อมเป็นไปได้อย่างรวดเร็ว ดังเช่นที่ปรากฏในกรณี JFTC ดำเนินการสอบสวนพฤติกรรมของบริษัทอะเมซอนญี่ปุ่นและราคาเห็น

ประเทศไทยสามารถนำแนวทางของประเทศญี่ปุ่นมาใช้ได้โดยการออกประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดให้พฤติกรรมในธุรกิจแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นพฤติกรรมต้องห้าม เช่น การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่สูงเกินสมควรโดยไม่มีเหตุผล การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมที่ไม่มีอยู่ในสัญญาระหว่างผู้ประกอบการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้า

⁶⁷ Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position, International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Position,” ICN Seventh Annual Conference, Kyoto Japan, April 14 – 16, 2008, 15.

การกำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับความเท่าเทียมของราคา (Price Parity) การห้ามผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้าตั้งราคาสินค้าบนแพลตฟอร์มอื่นหรือในช่องทางเว็บไซต์ของผู้ผลิตเองต่ำกว่าที่จำหน่ายอยู่บนแพลตฟอร์มของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มรายใหญ่ เป็นต้น

ประการที่สุดท้าย การนำบทบัญญัติมาตรา 50 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมมากำกับดูแลผู้ประกอบการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์รายใหญ่อาจมีปัญหาสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายหลายประการ กล่าวคือ

1. การฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 50 มีความผิดทางอาญา ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงมีหน้าที่พิสูจน์องค์ประกอบของความผิด 2 ประการ คือ การมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (โดยพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป) ซึ่งการหาขอบเขตของตลาดแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นเรื่องที่ทำได้ค่อนข้างยากและการพิสูจน์ว่าผู้มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม
2. มีขั้นตอนหลายขั้นตอนที่เข้มงวดซึ่งส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายเกิดความล่าช้า ได้แก่ การตั้งคณะกรรมการเพื่อสอบสวนข้อเท็จจริง คณะกรรมการเสนอสำนวนให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นด้วยว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมายจึงจะดำเนินการส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการพิจารณาเพื่อสั่งฟ้องต่อศาลอาญาต่อไป พนักงานอัยการที่รับผิดชอบคดีอาจมีคำสั่งให้คณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงเพิ่มเติมได้และพนักงานอัยการอาจมีคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องก็ได้
3. เป็นการลงโทษผู้ประกอบการที่ไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด เนื่องจากพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่เป็นความผิดจะต้องมีกฎหมายกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจน หากพฤติกรรมใดไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดก็ย่อมไม่มีความผิด (*mala prohibita*) ซึ่งแตกต่างจากความผิดในตัวเอง (*mala in se*) เช่น การฆ่าผู้อื่น การปล้นทรัพย์ เป็นต้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศที่เป็นต้นกำเนิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมอย่างสหภาพยุโรป ก็มีการบัญญัติให้การฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่เป็นธรรมเป็นความผิดทางปกครอง หรือกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ซึ่งมีอิทธิพลต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยก็ได้ บัญญัติให้การฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมเป็นความผิดทางปกครองเช่นเดียวกัน

5. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ประสบการณ์การกำกับดูแลการผูกขาดอันยาวนานในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น ผู้เขียนขอเสนอแนะให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยพิจารณาว่าควรอาศัยอำนาจตามมาตรา 17 และมาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ออกประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง “แนวทางการพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าบนแพลตฟอร์ม” เพื่อกำหนดว่าพฤติกรรมของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในลักษณะใดบ้างที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าเป็นพฤติกรรมการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรมหรือเป็นพฤติกรรมฝ่ายเดียวในการกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าต้องปฏิบัติตาม เพื่อเป็นการจัดระเบียบการประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยให้มี “การแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม” สมตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งประกาศไว้ในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 134 ตอนที่ 70 ก ณ วันที่ 7 กรกฎาคม พ.ศ. 2560 ต่อไป

หลักความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายปกครอง:
พัฒนาการ แนวคิดเชิงเปรียบเทียบ และบทวิเคราะห์สำหรับประเทศไทย
The Principle of Legitimate Expectations in Administrative Law:
Development, Comparative Concepts, and Analysis for Thailand

ปภานภณ ปภังกรภูรินท์
Paphanphon Paphangkornphurin

ผู้อำนวยการกองบริหารงาน
คณะนิติศาสตร์และนิติกรรมการจัดการ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240
Director
Graduate School of Communication Arts and Management Innovation,
National Institute of Development Administration,
148 Serithai Road, Klong-Chan, Bangkapi, Bangkok, 10240
Corresponding author E-mail: tonnida4@gmail.com
(Received: May 3, 2025; Revised: July 14, 2025; Accepted: July 23, 2025)

บทคัดย่อ

หลักความคาดหวังอันชอบธรรมเป็นกลไกสำคัญในระบบกฎหมายปกครองสมัยใหม่ที่มุ่งคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชนต่อการกระทำของรัฐ บทความนี้ศึกษาพัฒนาการและสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวในระบบกฎหมายเปรียบเทียบ ได้แก่ ระบบกฎหมายเยอรมนีที่หลักความคาดหวังอันชอบธรรมได้รับการยอมรับเป็น “หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป” ภายใต้หลักนิติรัฐ และเชื่อมโยงกับหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายและหลักความได้สัดส่วน ในอังกฤษหลักนี้มีจุดเริ่มต้นจากแนวคิดเรื่องความเป็นธรรมในกระบวนการก่อนขยายไปสู่การคุ้มครองผลประโยชน์เชิงเนื้อหาโดยใช้หลักการถ่วงดุลกับประโยชน์สาธารณะ ส่วนประเทศอื่น เช่น ออสเตรเลีย แคนาดา โปแลนด์ อินเดีย และฝรั่งเศส ต่างมีลักษณะการปรับใช้เฉพาะที่สะท้อนเป้าหมายร่วมกันในการจำกัดอำนาจรัฐและคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชนสำหรับประเทศไทย ศาลปกครองไทยได้วางหลักการตีความสำคัญหลายประการทั้งการคุ้มครองเชิงเนื้อหาที่รับรองฐานะทางกฎหมายแม้คำสั่งจะถูกเพิกถอนในภายหลัง การชั่งน้ำหนักระหว่างความคาดหวังส่วนบุคคลกับประโยชน์สาธารณะ การเชื่อมโยงหลักความคาดหวังอันชอบธรรมกับหลักนิติรัฐ ข้อยกเว้นกรณีประมาทเลินเล่อร้ายแรงและการปกปิดข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญ อย่างไรก็ตาม การปรับใช้ยังขาดความสม่ำเสมอในสาระสำคัญของการคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชน บทความจึงนำเสนอแนวทางการพัฒนากฎหมายปกครองไทย ทั้งการปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่ให้ครอบคลุมรูปแบบความคาดหวังที่หลากหลาย การพัฒนาแนวทางการตีความของศาลที่ยอมรับการคุ้มครองทั้งในเชิงกระบวนการและเชิงเนื้อหา และการสร้างกลไกทางกฎหมายใหม่ เช่น คณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อันจะนำไปสู่การพัฒนาระบบกฎหมายปกครองไทยที่เป็นธรรม โปร่งใส และสอดคล้องกับหลักนิติรัฐอย่างแท้จริง

คำสำคัญ: หลักความคาดหวังอันชอบธรรม, หลักความเชื่อโดยสุจริต, กฎหมายปกครอง

Abstract

The principle of legitimate expectations constitutes a key mechanism in modern administrative law aimed at protecting the trust of individuals in the conduct of public authorities. This article examines the development and core substance of this principle through comparative legal analysis. In the German legal system, legitimate expectations are recognized as a *general constitutional principle* (*Allgemeiner Rechtsgrundsatz*) under the rule of law, closely tied to legal certainty and the principle of proportionality. In English law, the principle originated from procedural fairness and has evolved toward the substantive protection of individual interests through a balancing test with overriding public interests. Other jurisdictions—such as Australia, Canada, Poland, India, and France—have adopted varying approaches reflecting a shared objective: to constrain arbitrary state power and safeguard the public’s trust in administrative governance. In the Thai context, the Administrative Court has established interpretive guidelines in several landmark decisions. These include the recognition of substantive protection that upholds legal status even after administrative decisions are revoked, the weighing of individual expectations against public interests, and the linkage between legitimate expectations and the constitutional principle of the rule of law. Nonetheless, exceptions remain in cases involving gross negligence or concealment of material facts. Despite these developments, the application of the principle in Thailand remains inconsistent and underdeveloped. This article proposes a comprehensive framework for enhancing the protection of legitimate expectations in Thai administrative law. Recommendations include amending existing legislation to encompass a wider range of expectations, developing consistent judicial interpretive standards that cover both procedural and substantive dimensions, and establishing new institutional mechanisms—such as a dispute mediation committee—to promote fairness, transparency, and coherence in public administration in accordance with the rule of law.

Keywords: Legitimate Expectations, Protection of Good Faith, Administrative Law

1. บทนำ (Introduction)

ในยุคที่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนมีความซับซ้อนมากขึ้น หลักความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectations) ได้กลายเป็นกลไกสำคัญในระบบกฎหมายปกครองสมัยใหม่ทั่วโลก หลักการนี้พัฒนาขึ้นเพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างการใช้อำนาจรัฐกับการคุ้มครองสิทธิของประชาชน โดยมุ่งควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองและคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชนที่เกิดขึ้น

อย่างสมเหตุสมผลจากการกระทำ คำมั่น หรือแนวปฏิบัติของหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งมีรากฐานของหลักความคาดหวังอันชอบธรรมที่ตั้งอยู่บนหลักการสำคัญหลายประการ ได้แก่ หลักความยุติธรรม ที่มุ่งสร้างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน หลักสุจริต ที่คุ้มครองบุคคลผู้กระทำการโดยสุจริตและเชื่อถือใน การกระทำของรัฐ ทฤษฎีความไว้วางใจ (Reliance Theory) ที่ยอมรับว่าการกระทำของรัฐย่อมสร้างความคาดหวังให้เกิดแก่ประชาชน และหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย ที่มุ่งสร้างเสถียรภาพและความ คาดหมายได้ในระบบกฎหมาย¹ หลักการเหล่านี้สะท้อนแนวคิดพื้นฐานของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตามกรอบของกฎหมายและหลักความเป็นธรรม

หลักความคาดหวังอันชอบธรรมมีจุดเริ่มต้นที่สำคัญในระบบกฎหมายเยอรมนีภายหลังสงครามโลก ครั้งที่สอง โดยมีพื้นฐานจากหลักนิติรัฐและหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ศาลรัฐธรรมนูญกลางเยอรมนี ได้วางหลักการคุ้มครองความไว้วางใจ (Vertrauensschutz) เพื่อคุ้มครองประชาชนที่เชื่อโดยสุจริตต่อการกระทำของรัฐ โดยปรากฏ ครั้งแรกในคำพิพากษาปี ค.ศ. 1956 และชัดเจนขึ้นในคดี Apothekenurteil (BVerfGE 13, 261, 1962) ที่วางหลักว่า การตรากฎหมายย้อนหลังต้องไม่กระทบกระเทือนต่อความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชน เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุอันชอบด้วยเหตุผลและจำเป็นอย่างยิ่งต่อประโยชน์สาธารณะ² จนกระทั่งหลักการนี้ ได้รับการรับรองในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 48(2) และกลายเป็น “หลัก รัฐธรรมนูญทั่วไป” ที่ผูกพันทั้งฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง และมีผลคุ้มครองทั้งในเชิงกระบวนการและ เนื้อหา³ จากรากฐานที่มั่นคงของหลักการในเยอรมนีนี้เอง หลักการคุ้มครองความไว้วางใจจึงได้รับการถ่าย โอนเข้าสู่กฎหมายของสหภาพยุโรป โดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้กล่าวถึงหลักการนี้ตั้งแต่ยุคแรก ของประชาคมยุโรป เช่น ในคดี *Châtillon v. High Authority* (1966)⁴ และในคดี *Commission v. Council (Re Civil Service Salaries, 1973)*⁵ ที่ศาลได้อ้างถึง “หลักการคุ้มครองความเชื่อมั่นโดยชอบ” และวินิจฉัยว่าการที่สภาแห่งสหประชาชาติยุโรปเปลี่ยนแปลงนโยบายเงินเดือนข้าราชการโดยเบี่ยงเบนไป จากแนวปฏิบัติที่ประกาศไว้ เป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมของผู้ที่เกี่ยวข้อง ส่งผลให้กฎที่ออก โดยฝ่ายนี้ถูกเพิกถอนได้ หลักการนี้จึงถูกอ้างเพื่อคุ้มครองความคาดหวังที่เกิดจากทั้งการออก กฎหมาย การออกคำสั่งทางปกครอง นโยบาย หรือแม้แต่คำแถลงสัญญาของหน่วยงานของสหภาพยุโรป ยิ่งไปกว่านั้น อิทธิพลของหลักนี้ยังแผ่ขยายสู่ระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งแม้จะมีรากฐานจากแนวคิดของ

¹ ประพฤษ ชมภู, “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ: วิเคราะห์กรณีศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่ง แต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), 16-33.

² *Bundesverfassungsgericht* (German Federal Constitutional Court), *Apothekenurteil*, BVerfGE 13 (261) (1962).

³ ประพฤษ ชมภู, “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ: วิเคราะห์กรณีศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่ง แต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร,” 68-93.

⁴ *Court of Justice of the European Communities, Compagnie des forges de Châtillon, Commentry & Neuves-Maisons v. High Authority*, Case 54/65, Judgment of 16 June 1966, ECR 1966, 185.

⁵ *Court of Justice of the European Communities (ECJ), Commission v. Council (Re Civil Service Salaries)*, Case 81/72, [1973] ECR 575, at 579.

ตนเอง แต่ก็ได้รับอิทธิพลทางแนวความคิดจากยุโรปภาคพื้นทวีป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมซึ่งเนื้อหาที่คล้ายคลึงกับหลักการคุ้มครองความไว้วางใจของเยอรมนี เริ่มต้นจากคำวินิจฉัยของ Lord Denning ในคดี Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs (1969) ที่วางหลักว่า แม้บุคคลจะไม่มีสิทธิทางกฎหมายโดยตรง ก็อาจมี “ความคาดหวังอันชอบธรรม” ที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมจากฝ่ายปกครอง ต่อมาแนวคิดนี้ได้ขยายขอบเขตจากการคุ้มครองเฉพาะสิทธิในเชิงกระบวนการ เช่น สิทธิในการได้รับฟังความคิดเห็น⁶ ไปสู่การคุ้มครองถึงผลประโยชน์ในเชิงเนื้อหาด้วย เช่น ในคดี R v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan (2001) ที่ศาลวางหลักให้รัฐต้องผูกพันตามคำมั่นสัญญาหรือแนวปฏิบัติหากก่อให้เกิดความคาดหวังโดยสุจริต และในคดี GCHQ [1985] ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องมีเหตุผลสมควรหากต้องการเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนความคาดหวังที่เกิดจากคำมั่นสัญญา

หลักความคาดหวังอันชอบธรรมได้แพร่หลายไปยังระบบกฎหมายทั่วโลก ในแคนาดาและออสเตรเลีย หลักการนี้มีความสำคัญไม่แพ้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ในโปแลนด์ แนวคิดนี้เชื่อมโยงกับหลักการคุ้มครองความไว้วางใจ เพื่อเสริมสร้างความไว้วางใจระหว่างรัฐกับประชาชน ส่วนในอินเดีย หลักการนี้พัฒนาขึ้นเพื่อต่อต้านการใช้อำนาจตามอำเภอใจและเน้นย้ำหลักการห้ามใช้อำนาจโดยพลการ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักธรรมาภิบาลในระบอบประชาธิปไตย สำหรับระบบกฎหมายฝรั่งเศสแม้จะไม่รับรองหลักความคาดหวังอันชอบธรรมอย่างชัดเจน แต่สภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ได้พัฒนาแนวทางการคุ้มครองความไว้วางใจและเสถียรภาพของนิติฐานะผ่านหลักการอื่น ๆ อย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะผ่านทฤษฎีข้าราชการตามความเป็นจริง (fonctionnaire de fait) ที่ยอมรับสถานะและการกระทำของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตและเป็นที่ยอมรับของประชาชน นอกจากนี้ ยังมีการพัฒนาหลักการคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมา และหลักการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง เพื่อคุ้มครองความมั่นคงในสถานะทางกฎหมายของบุคคล

สำหรับประเทศไทย แม้จะมีการบัญญัติหลักความคาดหวังอันชอบธรรมไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 50 มาตรา 51 และ 52 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง แต่การตีความและการปรับใช้หลักการดังกล่าวยังมีข้อจำกัด ขอบเขตการคุ้มครองยังจำกัดอยู่เฉพาะการกระทำของหน่วยงานฝ่ายปกครองเอง และไม่ได้รับการพัฒนาอย่างชัดเจน ปัญหาดังกล่าวปรากฏชัดในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.89/2549 และคำสั่งที่ 830/2550 เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการระดับรองอธิบดีกรมสรรพากรโดยให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งศาลมิได้พิจารณาผลกระทบต่อความไว้วางใจอย่างสุจริตของข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งและปฏิบัติหน้าที่มาระยะหนึ่งแล้ว⁷ การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งให้มีผลย้อนหลังไม่เพียงส่งผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของข้าราชการเหล่านั้น แต่ยังกระทบต่อความมั่นคงและเสถียรภาพในระบบราชการโดยรวม

⁶ Zahidul Islam, “Legitimate Expectation: Understanding How a View Turned to a Principle,” *Bangladesh Journal of Law* 9, no. 1-2 (2005): 69-82.

⁷ ประพุกษ์ ชมภู, “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ: วิเคราะห์กรณีศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร,” 191-233.

ก่อให้เกิดคำถามว่าแนวคำพิพากษาดังกล่าวจะละเลยหลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมซึ่งเป็นหลักการสำคัญในกฎหมายปกครองสมัยใหม่หรือไม่

จากความสำคัญของประเด็นดังกล่าว บทความนี้มีวัตถุประสงค์สองประการ ประการแรกคือ ศึกษาพัฒนาการและสาระสำคัญของหลักความคาดหวังอันชอบธรรมในระบบกฎหมายเปรียบเทียบ ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อสังเคราะห์ความแตกต่างเชิงแนวคิดและโครงสร้างกฎหมายอันจะนำไปสู่ความเข้าใจที่ลึกซึ้งเกี่ยวกับหลักการดังกล่าว ประการที่สองคือ ศึกษาพัฒนาการของแนวคำพิพากษาศาลปกครองไทยภายหลังคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.89/2549 เพื่อวิเคราะห์การรับรองและพัฒนาแนวคิดเรื่องความคาดหวังอันชอบธรรมในระบบกฎหมายไทย โดยเน้นวิเคราะห์ประเด็นสำคัญ ได้แก่ การพัฒนาแนวคิดเรื่องการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมเชิงเนื้อหา การพิจารณาหลักความคาดหวังอันชอบธรรมภายใต้กรอบประโยชน์สาธารณะ ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคาดหวังอันชอบธรรมกับหลักนิติรัฐ และข้อยกเว้นของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม นอกจากนี้ บทความจะนำเสนอข้อเสนอแนะเชิงนโยบายสำหรับการพัฒนากฎหมายปกครองไทยให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล โดยคำนึงถึงบริบทเฉพาะของสังคมไทย ทั้งการปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่ การพัฒนาแนวทางการตีความกฎหมายของศาล และการสร้างกลไกทางกฎหมายใหม่ ๆ เพื่อคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ อันจะนำไปสู่การพัฒนาระบบกฎหมายปกครองไทยให้มีความเป็นธรรม โปร่งใส และสอดคล้องกับหลักนิติรัฐอย่างแท้จริง

2. ความหมายและโครงสร้างแนวคิดของความคาดหวังอันชอบธรรม

2.1 ความหมายและขอบเขตของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม

หลักความคาดหวังอันชอบธรรม ถือเป็นกลไกพื้นฐานที่ได้รับการพัฒนาขึ้นในกฎหมายปกครอง เพื่อคุ้มครองบุคคลจากการใช้อำนาจโดยพลการของหน่วยงานของรัฐ Robert Thomas อธิบายว่า หลักความคาดหวังอันชอบธรรม หมายถึง ความคาดหวังที่สมเหตุสมผลซึ่งบุคคลมีต่อการกระทำหรือการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐ โดยพึ่งพิงจากคำมั่นสัญญา การดำเนินการที่สม่ำเสมอ หรือการให้ข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเชื่อมั่นในแนวทางการปฏิบัตินั้น ๆ⁸ ความคาดหวังดังกล่าวแม้จะยังไม่บรรลุสถานะของ “สิทธิ” โดยสมบูรณ์ในเชิงกฎหมาย แต่ก็สมควรได้รับการคุ้มครองภายใต้หลักความเป็นธรรมและหลักนิติธรรม

Daphne Barak-Erez เสริมว่า แนวคิดความคาดหวังอันชอบธรรมช่วยเติมเต็มช่องว่างระหว่างสิทธิที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมายกับความคาดหวังที่เกิดขึ้นจากพฤติกรรมของรัฐซึ่งบุคคลได้พึ่งพาอย่างสมเหตุสมผล⁹ ความคาดหวังเหล่านี้จึงมีขอบเขตที่สามารถขยายได้ในสองลักษณะหลัก คือ (1) ความคาดหวังอันชอบธรรมในเชิงกระบวนการ ซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิในการได้รับแจ้งและการมีส่วนร่วมก่อนการ

⁸ Robert Thomas, “The Relationship Between English and European Community Administrative Law: The Principles of Legitimate Expectations and Proportionality” (PhD dissertation, University of Nottingham, 1998), 113.

⁹ Daphne Barak-Erez, “The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests,” *European Public Law* 11, no. 4 (2005): 583-601.

เปลี่ยนแปลงใด ๆ และ (2) ความคาดหวังอันชอบธรรมในเชิงเนื้อหา ซึ่งเกี่ยวข้องกับการได้รับผลประโยชน์หรือสถานะที่รัฐได้ก่อให้เกิดขึ้นแล้ว

ขอบเขตของหลักความคาดหวังอันชอบธรรมไม่ได้มีลักษณะสัมบูรณ์ หากแต่ต้องถูกถ่วงดุลกับผลประโยชน์สาธารณะ และหลักความได้สัดส่วน Geo Quinot วิเคราะห์ว่า เมื่อความคาดหวังอันชอบธรรมต้องเผชิญกับความจำเป็นในเชิงสาธารณะ รัฐอาจจำกัดหรือเปลี่ยนแปลงความคาดหวังนั้นได้ แต่ต้องแสดงให้เห็นว่าเหตุผลสาธารณะที่อ้างถึงนั้นมีน้ำหนักเพียงพอ และการกระทำนั้นได้สัดส่วนกับผลกระทบที่เกิดขึ้นกับบุคคล¹⁰ สำหรับโครงสร้างของแนวคิดนี้สามารถแบ่งออกเป็น 4 มิติสำคัญ ได้แก่ มิติของการคุ้มครองเชิงกระบวนการและเชิงเนื้อหา ความแตกต่างระหว่างผลประโยชน์จากความเชื่อถือที่ฝ่ายหนึ่งได้กระทำไปโดยอาศัยความเชื่อถือในพฤติการณ์ของอีกฝ่ายหนึ่ง (Reliance Interest) และผลประโยชน์จากความคาดหวังว่าจะได้รับสิทธิหรือประโยชน์ในอนาคต (Expectation Interest) บทบาทของหลักความได้สัดส่วน และหลักกฎหมายปิดปาก ในการพิจารณาความชอบธรรมของการเปลี่ยนแปลงนโยบาย

กรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่แม้จะไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลเป็นประเด็นสำคัญที่หลักความคาดหวังอันชอบธรรมถูกหยิบยกมาใช้ในการถ่วงดุลอำนาจรัฐอย่างมีนัยสำคัญ ตัวอย่างที่ชัดเจนคือคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์อังกฤษในคดี R v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan (1999) ซึ่งพิจารณาว่าคำมั่นของหน่วยงานของรัฐในการจัดที่พักถาวรให้แก่ผู้ร่อนนั้น เป็นคำมั่นที่สร้างความคาดหวังอย่างชัดเจนและเฉพาะเจาะจง มิใช่เพียงแถลงการณ์เชิงนโยบายทั่วไป ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจะเพิกถอนคำมั่นนี้โดยอ้างเหตุผลด้านงบประมาณหรือการเปลี่ยนนโยบายไม่ได้ เว้นแต่จะสามารถแสดงให้เห็นถึง “เหตุผลสาธารณะ” ที่มีน้ำหนักเพียงพอ และผ่านการพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนอย่างเคร่งครัด การตัดสินนี้แสดงให้เห็นว่า แม้คำสั่งจะไม่ชอบด้วยกฎหมายในชั้นต้น แต่หากได้ก่อให้เกิดความคาดหวังที่บุคคลพึ่งพาโดยสุจริตแล้ว ย่อมต้องได้รับการคุ้มครองในระดับหนึ่ง

ในเชิงทฤษฎี หลักความคาดหวังอันชอบธรรมอาศัยการวิเคราะห์ผลประโยชน์สองลักษณะ ได้แก่ “ผลประโยชน์จากความเชื่อถือ” ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้ปรับเปลี่ยนสถานะของตนเองบนพื้นฐานของคำมั่นของรัฐ และ “ผลประโยชน์จากความคาดหวัง” ซึ่งเป็นความคาดหวังต่อผลประโยชน์ในอนาคต¹¹ แนวคิดนี้สะท้อนว่าความคาดหวังไม่ได้หมายถึงสิทธิตามบทบัญญัติกฎหมายโดยตรง แต่อยู่บนพื้นฐานของพฤติการณ์ที่รัฐได้แสดงไว้จนทำให้บุคคลสามารถเชื่อถือได้อย่างสมเหตุสมผล การเพิกถอนคำสั่งในกรณีเช่นนี้จึงต้องอาศัยหลักการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของบุคคลและผลประโยชน์สาธารณะตามแนวทางของหลักความได้สัดส่วน¹² และหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย ซึ่งเป็นหัวใจของรัฐภายใต้หลักนิติธรรม

¹⁰ Geo Quinot, “Substantive Legitimate Expectations in South African and European Administrative Law,” *German Law Journal* 5, no. 1 (2004): 65–85.

¹¹ Barak-Erez, “Legitimate Expectations,” 583.

¹² Quinot, “Substantive Legitimate Expectations,” 70-71, 84.

2.2 การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมเชิงกระบวนการและเชิงเนื้อหา

หลักความคาดหวังอันชอบธรรมของกฎหมายอังกฤษเน้นย้ำเฉพาะมิติของการคุ้มครองเชิงกระบวนการเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อหน่วยงานของรัฐก่อให้เกิดความคาดหวังแก่ปัจเจกบุคคล สิ่งที่ได้รับการรับรองคือ “สิทธิเชิงขั้นตอน” อาทิ สิทธิในการได้รับการแจ้งเตือนล่วงหน้าหรือสิทธิในการได้รับการรับฟังก่อนการตัดสินใจทางปกครองใด ๆ จะเกิดขึ้น หลักการนี้มีรากฐานมาจาก “หน้าที่กระทำโดยชอบธรรม” ซึ่งศาลนำมาประยุกต์ใช้เพื่อพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง แนวปฏิบัติดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงการเชื่อมโยงระหว่างหลักความคาดหวังอันชอบธรรมกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติซึ่งมุ่งเน้นการรับรองสิทธิในกระบวนการ โดยยังไม่ขยายขอบเขตไปถึงการคุ้มครองผลลัพธ์หรือเนื้อหาของความคาดหวังนั้น

อย่างไรก็ตาม พัฒนาการของแนวคำพิพากษาในระยะต่อมาได้ขยายขอบเขตของหลักการดังกล่าวไปสู่การคุ้มครองเชิงเนื้อหาด้วย โดยศาลเริ่มยอมรับว่าความคาดหวังที่เกิดขึ้นโดยสมเหตุสมผลจากการกระทำหรือคำรับรองของหน่วยงานของรัฐอาจได้รับการคุ้มครองในแง่ของผลลัพธ์ที่บุคคลคาดหวังไว้ไม่จำกัดเพียงการคุ้มครองในเชิงกระบวนการ ดังเช่นในคดี R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan ที่ศาลอังกฤษได้วางหลักว่า ความคาดหวังที่เกิดขึ้นโดยสุจริตจากแนวปฏิบัติหรือคำแถลงของหน่วยงานของรัฐ อาจได้รับความคุ้มครองไม่เพียงแต่ในเชิงกระบวนการเท่านั้น แต่รวมถึงผลลัพธ์ที่บุคคลมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้รับด้วย โดยในคดีดังกล่าว ศาลได้ยอมรับว่าบุคคลมีความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลว่าเกณฑ์การพิจารณาที่รัฐเคยประกาศใช้ จะไม่ถูกเปลี่ยนแปลงโดยไม่มีเหตุอันควร อย่างไรก็ตาม แม้แนวคำพิพากษานี้จะสะท้อนทิศทางที่เปิดรับการคุ้มครองในเชิงเนื้อหามากขึ้น แต่ก็ยังมีข้อถกเถียงในแวดวงกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับความเหมาะสมของแนวทางดังกล่าว โดยเฉพาะประเด็นที่ว่า การคุ้มครองผลลัพธ์อาจกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ และเป็นการแทรกแซงการตัดสินใจเชิงนโยบายของฝ่ายบริหาร ปัจจุบัน แม้แนวโน้มของศาลจะเปิดโอกาสให้ความคาดหวังอันชอบธรรมในเชิงเนื้อหาได้รับการพิจารณาคู่ควบมากขึ้น แต่การวินิจฉัยในแต่ละกรณียังคงต้องอาศัยการถ่วงดุลระหว่างสิทธิของประชาชนกับผลประโยชน์สาธารณะอย่างระมัดระวัง¹³

2.3 ความแตกต่างระหว่างผลประโยชน์จากความเชื่อถือและผลประโยชน์จากความคาดหวัง

Daphne Barak-Erez ได้นำเสนอการแยกแยะที่สำคัญระหว่างผลประโยชน์จากความเชื่อถือที่ฝ่ายหนึ่งได้กระทำไปโดยอาศัยความเชื่อถือในพฤติกรรมของอีกฝ่ายหนึ่ง และผลประโยชน์จากความคาดหวังว่าจะได้รับสิทธิหรือประโยชน์ในอนาคตในบริบทของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม โดยแนวคิดนี้มีความสำคัญต่อการกำหนดระดับของการคุ้มครองตามกฎหมายปกครองที่ศาลจะพิจารณาให้แก่ผู้เสียหาย โดยผลประโยชน์จากความเชื่อถือ หมายถึง ความคาดหวังที่บุคคลได้กระทำการบางอย่างไปแล้วโดยอาศัยความไว้วางใจในคำมั่นสัญญาหรือพฤติกรรมของรัฐ เช่น การลงทุนทางเศรษฐกิจ การวางแผนทางการเงิน

¹³ Thomas, “Relationship Between English and European Community Administrative Law,” 113-114.

การโยกย้ายถิ่นฐาน หรือการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมชีวิตส่วนตัว หากความคาดหวังนี้ถูกทำลายโดยการเพิกถอนคำสั่งหรือเปลี่ยนนโยบายโดยมิได้ซึ่งดูผลกระทบที่เกิดขึ้น ศาลมักเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบธรรมและอาจถือเป็นการใช้อำนาจในลักษณะละเมิดความไว้วางใจของประชาชน ในทางกลับกัน ผลประโยชน์จากความคาดหวัง หมายถึง ความคาดหวังที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความหวังว่าหน่วยงานของรัฐจะรักษาคำมั่นสัญญาหรือแนวทางปฏิบัติ แม้บุคคลจะยังไม่ได้ดำเนินการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายจริง ตัวอย่างเช่น การที่ประชาชนได้รับข้อมูลว่ารัฐมีแนวโน้มจะจัดสรรสิทธิประโยชน์บางประการในอนาคต อาจทำให้เกิดความคาดหวังในทางนโยบาย แต่หากรัฐยังไม่ได้ดำเนินการในลักษณะที่ทำให้ประชาชนลงมือกระทำอย่างแท้จริง ก็อาจไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์จากความเชื่อถือ และจะได้รับการคุ้มครองในระดับที่อ่อนกว่าตามดุลพินิจของศาล¹⁴ ความแตกต่างนี้จึงสะท้อนระดับของ “น้ำหนักในทางกฎหมาย” ซึ่งผลประโยชน์จากความเชื่อถือจะอยู่ในตำแหน่งที่เข้มแข็งกว่าสำหรับการอ้างต่อศาล เนื่องจากมีการเสียหายที่ชัดเจนในทางเศรษฐกิจหรือสังคม ดังนั้น หากรัฐจะเพิกถอนคำมั่นหรือคำสั่งที่ทำให้เกิดความคาดหวังดังกล่าว ก็จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีเหตุผลสาธารณะที่เพียงพอ และดำเนินการในลักษณะที่ได้สัดส่วนกับผลกระทบที่เกิดขึ้น ในขณะที่ผลประโยชน์จากความคาดหวังจะอยู่ในข่ายของการพิจารณาที่อ่อนกว่า เว้นแต่จะมีปัจจัยอื่น ๆ เสริม เช่น ความชัดเจนของคำมั่นสัญญา ระยะเวลาที่ความคาดหวังนั้นได้ดำรงอยู่ หรือความเปราะบางของสถานะของผู้ได้รับผลกระทบ

2.4 หลักความได้สัดส่วนกับหลักความคาดหวังอันชอบธรรม

หลักความได้สัดส่วน ทำหน้าที่เป็นกลไกสำคัญที่ช่วยถ่วงดุลระหว่างอำนาจของรัฐกับความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายของบุคคล โดยเฉพาะในบริบทที่เกี่ยวข้องกับหลักความคาดหวังอันชอบธรรม ซึ่งเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองบุคคลจากการใช้อำนาจโดยพลการของหน่วยงานของรัฐ Robert Thomas ชี้ให้เห็นว่า เมื่อรัฐประสงค์จะเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือเพิกถอนคำมั่นสัญญาที่เคยให้ไว้จนก่อให้เกิดความคาดหวังขึ้นในหมู่ประชาชน การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวต้องไม่กระทำโดยไร้เหตุผล หากแต่ต้องสามารถแสดงเหตุอันสมควรที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะอันมีน้ำหนัก และต้องผ่านเกณฑ์การพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนในสามระดับ ได้แก่

(1) ความเหมาะสมในการบรรลุวัตถุประสงค์

ในบริบทของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม การประเมินความเหมาะสมของมาตรการ เป็นขั้นตอนแรกในรอบของหลักความได้สัดส่วน หลักการนี้กำหนดให้ศาลพิจารณาว่า มาตรการที่รัฐหรือหน่วยงานทางปกครองนำมาใช้ในการเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือยกเลิกผลประโยชน์ที่เคยให้ไว้แก่ประชาชนนั้น มีความเกี่ยวข้องอย่างสมเหตุสมผลกับวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่า มาตรการดังกล่าวมีเหตุผลรองรับและสามารถช่วยให้บรรลุเป้าหมายทางนโยบายได้อย่างแท้จริง เช่น ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ การป้องกันการบิดเบือนกลไกตลาด หรือการรักษาเสถียรภาพทางการคลัง

¹⁴ Barak-Erez, “Legitimate Expectations,” 585.

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วางหลักไว้อย่างชัดเจนว่า แม้มาตรการจะมีวัตถุประสงค์ทางนโยบายที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากขาดความเชื่อมโยงเชิงตรรกะกับเป้าหมาย หรือหากเป็นเพียงการใช้อำนาจอย่างพลการโดยไร้การวิเคราะห์อย่างรอบคอบ ก็อาจถือได้ว่ามาตรการนั้นไม่เหมาะสมและขาดความชอบธรรมตามกฎหมาย เช่น ในคำพิพากษาคดี *Mulder v. Council and Commission* ซึ่งถือเป็นบรรทัดฐานสำคัญในเรื่องหลักความคาดหวังอันชอบธรรม ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้พิจารณาว่า แม้การจำกัดการผลิตน้ำมันจะมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การที่หน่วยงานทางปกครองตัดสิทธิของ *Mulder* ในการกลับเข้าสู่ระบบโดยสิ้นเชิง โดยไม่คำนึงถึงการกระทำที่ผ่านมามันเป็นไปตามแนวนโยบายเดิมของรัฐ ถือเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ และเป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมที่รัฐได้ก่อไว้ก่อนหน้านั้น¹⁵

(2) ความจำเป็นของการเปลี่ยนแปลง

หลักความจำเป็นในบริบทของความคาดหวังอันชอบธรรม หมายความว่า หากรัฐประสงค์จะเพิกถอนหรือจำกัดสิทธิหรือผลประโยชน์ที่ประชาชนเคยคาดหวังโดยชอบธรรม รัฐจะต้องแสดงให้เห็นว่า ไม่มีทางเลือกอื่นที่กระทบน้อยกว่าที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐต้องเลือกใช้มาตรการที่เบาที่สุดในการบรรลุผลทางนโยบาย โดยต้องไม่กระทบสิทธิหรือความเชื่อมั่นที่ประชาชนมีต่อการกระทำของรัฐเกินกว่าที่จำเป็น

ตัวอย่างสำคัญคือคำวินิจฉัยในคดี *Mulder v. Council and Commission* ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปตัดสินว่าการที่หน่วยงานทางปกครองเพิกถอนสิทธิของ *Mulder* อย่างสิ้นเชิงโดยไม่จัดหากลไกการเยียวยาใด ๆ แสดงให้เห็นว่ามาตรการนั้นเกินความจำเป็น และละเมิดหลักความคาดหวังอันชอบธรรมที่เคยมีต่อระบบนโยบายเดิม ศาลยืนยันว่า การเปลี่ยนแปลงนโยบายโดยไม่พิจารณาทางเลือกที่นุ่มนวลกว่า เช่น การให้โควตาบางส่วนหรือชดเชย ถือว่าไม่ผ่านเกณฑ์ความจำเป็นของการเปลี่ยนแปลง ภายใต้หลักความได้สัดส่วน¹⁶

(3) ความสมดุลระหว่างผลกระทบต่อความคาดหวังของบุคคลกับผลประโยชน์สาธารณะ

หลักความสมดุลเป็นการพิจารณาขั้นสุดท้ายที่มีความสำคัญยิ่งในบริบทของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม กล่าวคือ แม้มาตรการของรัฐจะมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจผ่านเกณฑ์ความจำเป็น แต่หากภาระหรือความเสียหายที่เกิดแก่ประชาชนจากการเปลี่ยนแปลงนโยบายนั้นรุนแรงเกินไป เมื่อเทียบกับผลประโยชน์สาธารณะที่รัฐจะได้รับ ศาลก็อาจตัดสินว่าการกระทำนั้นละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมและไม่ชอบด้วยกฎหมาย

¹⁵ Thomas, "Relationship Between English and European Community Administrative Law," 190-193.

¹⁶ *Ibid.*, 180-185.

ในหลักการของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ศาลจะทำการถ่วงดุลระหว่าง “ผลประโยชน์แห่งความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายและความไว้วางใจ” กับ “ผลประโยชน์แห่งนโยบายสาธารณะและความยืดหยุ่นในการบริหาร” หากประชาชนได้วางแผนดำเนินกิจการหรือจัดวางชีวิตไว้บนพื้นฐานของคำมั่นหรือแนวปฏิบัติของรัฐ การเพิกถอนผลประโยชน์นั้นต้องมีเหตุผลที่หนักแน่นเพียงพอ และความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องไม่เกินควร¹⁷ ในคดี *Spagl v. Hauptzollamt Rosenheim*¹⁸ ศาลได้พิจารณาว่า แม้นโยบายภาษีใหม่จะมีเป้าหมายด้านการคลัง แต่การนำมาใช้โดยไม่คำนึงถึงผลกระทบต่อความคาดหวังของผู้ประกอบการที่ได้กระทำตามกฎหมายเดิมอย่างสุจริต ถือว่าไม่ผ่านการถ่วงดุลอย่างเพียงพอ และรัฐจึงมีหน้าที่ต้องเยียวยาผลกระทบ¹⁹

นอกจากนี้ในงานของ Thomas ยังเสนอว่า การตรวจสอบความชอบธรรมของการเปลี่ยนแปลงโดยรัฐควรไม่จำกัดอยู่เพียงการทบทวนว่าการกระทำนั้น “ไม่ไร้เหตุผลอย่างร้ายแรง” ตามมาตรฐานแบบ *Wednesbury unreasonableness*²⁰ เท่านั้น แต่ควรยกระดับไปสู่การพิจารณาเชิงเนื้อหาที่เข้มข้นมากขึ้น โดยใช้หลักความได้สัดส่วนเป็นเครื่องมือวิเคราะห์ความสมเหตุสมผลในเชิงโครงสร้าง ทั้งนี้เพื่อสร้างสมดุลที่เหมาะสมระหว่างความยืดหยุ่นของฝ่ายบริหารในการปรับเปลี่ยนนโยบาย กับความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายของบุคคลที่ได้วางแผนชีวิตหรือทรัพย์สินโดยอาศัยความเชื่อในคำมั่นของรัฐ²¹ กล่าวโดยสรุปแนวทางนี้ได้รับการรับรองโดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปโดยเฉพาะในคดี *Mulder II (Joined Cases C-104/89 & C-37/90)* ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า ความคาดหวังที่สมเหตุสมผลของประชาชนย่อมได้รับความคุ้มครองในระดับที่สูง หากรัฐประสงค์จะเปลี่ยนแปลงนโยบายที่เคยสร้างผลประโยชน์แก่ประชาชน รัฐต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าเหตุผลของการเปลี่ยนแปลงนั้นมีน้ำหนักเหนือกว่าความเสียหายที่ประชาชนจะได้รับ และต้องเลือกใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุดเท่าที่เป็นไปได้²² ทั้งนี้ แนวคิดเรื่องการถ่วงดุลเชิงเนื้อหาถูกนำไปใช้มากขึ้นในคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและความคาดหวังต่อคำมั่นของรัฐ โดยเฉพาะภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนยุโรป ดังนั้น ในภาพรวม หลักความได้สัดส่วนและหลักความคาดหวังอันชอบธรรมจึงเป็นกลไกเสริมกันในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนและส่งเสริมหลักนิติธรรมในรัฐสมัยใหม่ โดยเฉพาะในบริบทที่รัฐอาจมีแนวนโยบายเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ ทั้งสองหลักการนี้จึงช่วยให้การเปลี่ยนแปลงของรัฐไม่กลายเป็นการลิดรอนสิทธิของประชาชนโดยปราศจากการควบคุมจากกลไกตุลาการและกฎหมาย

¹⁷ Ibid., 202-204.

¹⁸ Case C-189/89 [1990] E.C.R. I-4539. See also Case C-217/89 *Pastatter v. Hauptzollamt Bad Reichenhall* [1990] E.C.R. I-4585.

¹⁹ Thomas, “Relationship Between English and European Community Administrative Law,” 195-197.

²⁰ มาตรฐาน *Wednesbury unreasonableness* มีที่มาจากคำพิพากษาในคดี *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 ซึ่งศาลบัญญัติว่า การตัดสินใจของฝ่ายปกครองจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อเป็นการตัดสินใจที่ “ไร้เหตุผลอย่างร้ายแรง” (*so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it*) อันหมายถึงการกระทำที่อยู่พ้นขอบเขตของความสมเหตุสมผลใด ๆ ที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายจะกระทำได้ หลักการนี้จึงสะท้อนแนวทางการควบคุมโดยศาลที่ให้ความเคารพต่อดุลยพินิจของฝ่ายบริหารอย่างมาก โดยจะเข้าแทรกแซงเฉพาะเมื่อการตัดสินใจนั้นไม่อาจยอมรับได้ในทางเหตุผลเลย ดู Adam Perry, “Wednesbury Unreasonableness,” *The Cambridge Law Journal* 82, no. 3 (2023): 483-508.

²¹ Thomas, “Relationship Between English and European Community Administrative Law,” 117.

²² Quinot, “Substantive Legitimate Expectations,” 71-72.

2.5 หลักกฎหมายปิดปากและหลักความคาดหวังอันชอบธรรม

แม้ว่าหลักกฎหมายปิดปากจะมีต้นกำเนิดในกฎหมายเอกชน แต่ในบริบทของกฎหมายปกครอง หลักการนี้ได้รับการปรับใช้ในลักษณะที่ใกล้เคียงกับแนวคิดเรื่องความคาดหวังอันชอบธรรม Deepti Monga อธิบายว่า ทั้งสองหลักต่างมีพื้นฐานมาจากแนวคิดเรื่องความเป็นธรรม และการคุ้มครองความไว้วางใจที่เกิดจากคำมั่นสัญญาหรือแนวทางปฏิบัติที่หน่วยงานของรัฐได้ดำเนินการมาอย่างต่อเนื่อง²³ อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายมหาชน ระบบกฎหมายจารีตประเพณีได้เน้นย้ำถึงความแตกต่างเชิงโครงสร้างระหว่างหลักกฎหมายปิดปาก และหลักความคาดหวังอันชอบธรรม ในคดี R v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan [2001] ศาลได้ระบุว่า มี “ความคล้ายคลึงระหว่างหลักกฎหมายปิดปากในกฎหมายเอกชนกับแนวคิดเรื่องความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายมหาชนที่เกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ” อย่างไรก็ตาม ศาลได้เน้นย้ำว่าสิ่งนี้เป็นเพียง “ความคล้ายคลึง” เท่านั้น มิใช่ความเหมือนหรือสามารถใช้แทนกันได้โดยตรง เนื่องจากการคุ้มครองในกฎหมายมหาชนต้องพิจารณาควบคู่กับผลประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นพันธกิจสำคัญของรัฐ ขณะเดียวกัน Lord Hoffmann ยังได้ชี้ให้เห็นว่า “กฎหมายมหาชนได้รับเอาคุณค่าทางศีลธรรมที่เป็นประโยชน์จากหลักกฎหมายปิดปากในกฎหมายเอกชนมาแล้ว และถึงเวลาแล้วที่กฎหมายมหาชนจะต้องยืนอยู่บนพื้นฐานของตนเอง” ความเห็นนี้สะท้อนแนวโน้มที่กฎหมายมหาชนได้พัฒนาแนวคิดเรื่องความคาดหวังอันชอบธรรมให้มีโครงสร้างและหลักเกณฑ์เฉพาะของตน แยกต่างหากจากหลักกฎหมายปิดปากที่ใช้ในกฎหมายเอกชน

ในระบบกฎหมายออสเตรเลีย ศาลได้ตอกย้ำข้อจำกัดนี้ในคดี Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Kurtovic (1990) โดย Gummow J วางหลักว่า “ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องใช้ดุลพินิจนั้นอย่างเสรีและไม่ถูกจำกัด และไม่อาจยกหลักกฎหมายปิดปากมาใช้เพื่อขัดขวางหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจนั้นได้” กล่าวคือ ไม่สามารถนำหลักกฎหมายปิดปาก มาใช้เป็นข้อจำกัดต่อการใช้อำนาจที่กฎหมายให้อิสระในการใช้ดุลพินิจแก่หน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้ แม้ว่าศาลจะไม่ยอมรับให้มีการใช้หลักกฎหมายปิดปากเพื่อจำกัดหรือผูกพันการใช้อำนาจของรัฐในกรณีทั่วไปที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจอย่างอิสระแก่หน่วยงานของรัฐ แต่ในบางกรณีที่การกระทำของรัฐก่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างร้ายแรงต่อบุคคล และไม่มีเหตุผลด้านผลประโยชน์สาธารณะที่สมเหตุสมผลมารองรับ ศาลอาจยอมรับการประยุกต์ใช้หลักกฎหมายปิดปากได้ในลักษณะจำกัด โดยเฉพาะในกรณีที่ประชาชนมีความคาดหวังอันชอบธรรมซึ่งควรได้รับความคุ้มครอง²⁴ ทั้งนี้ การนำหลักการดังกล่าวมาใช้จะต้องเป็นไปอย่างระมัดระวัง และอยู่ภายใต้การถ่วงดุลกับผลประโยชน์สาธารณะอย่างเคร่งครัด

²³ Deepti Monga, “Estoppel and Legitimate Expectation,” *International Journal of Computer Engineering in Research Trends* 4, no. 6 (2017): 244–247.

²⁴ Matthew Groves, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law,” *Melbourne University Law Review* 32, no. 2 (2008): 470-523, at 502-505.

นอกจากนี้ ยังมีความแตกต่างเชิงเนื้อหาอีกประการหนึ่งระหว่างหลักกฎหมายปิดปาก และหลักความคาดหวังอันชอบธรรม กล่าวคือ Deepti Monga ชี้ว่า หลักกฎหมายปิดปาก ในกฎหมายเอกชน ต้องการพิสูจน์ความเสียหายจากการพึ่งพาคำมั่น ในทางตรงกันข้าม แนวคิดความคาดหวังอันชอบธรรม ในกฎหมายมหาชนไม่ได้จำเป็นต้องพิสูจน์ความเสียหายโดยตรงเสมอไป บุคคลสามารถได้รับความคุ้มครองจากความคาดหวังอันชอบธรรมได้ แม้ไม่สามารถพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดจากการพึ่งพาได้ในทันที²⁵

กล่าวโดยสรุป สาระสำคัญของหลักความคาดหวังอันชอบธรรมอยู่ที่การสร้าง “ขอบเขตความรับผิดชอบทางกฎหมายของรัฐ” ต่อการกระทำ คำมั่น หรือนโยบายที่รัฐได้ดำเนินการในอดีต ซึ่งส่งผลให้ประชาชนมีความเชื่อมั่นหรือพึ่งพาแนวทางนั้น ๆ อย่างมีนัยสำคัญ หลักการนี้จึงมุ่งหมายที่จะป้องกันไม่ให้รัฐสามารถเปลี่ยนแปลงแนวทางที่ได้สร้างความไว้วางใจขึ้นแล้วโดยไม่ให้เหตุผลอย่างสมเหตุสมผล หรือโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบต่อสิทธิหรือผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นโดยชอบของบุคคล และสาระสำคัญอีกประการหนึ่งของหลักนี้คือ การทำให้การใช้อำนาจรัฐมีขอบเขตและเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบธรรมของการเปลี่ยนแปลงเชิงนโยบาย โดยศาลหรือองค์กรตุลาการสามารถนำหลักความคาดหวังอันชอบธรรมมาเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบว่า รัฐมีพฤติกรรมหรือคำมั่นที่แน่นอนเพียงพอหรือไม่ ประชาชนได้พึ่งพาความคาดหวังนั้นในระดับที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ชัดเจนหรือไม่ และรัฐมีเหตุผลอันชอบธรรมมากพอในการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนโยบายเดิมหรือไม่

ในทางปฏิบัติ สาระสำคัญของหลักนี้สามารถแยกวิเคราะห์ได้เป็นสามองค์ประกอบหลัก ได้แก่

- (1) การก่อเกิดความคาดหวัง คือ จะต้องมีการกระทำ คำมั่น หรือแนวปฏิบัติของรัฐที่ชัดเจนเพียงพอให้บุคคลทั่วไปมีความคาดหวังได้อย่างมีเหตุผล
- (2) ความชอบธรรมของการพึ่งพา คือ บุคคลต้องแสดงให้เห็นว่าตนได้พึ่งพาความคาดหวังนั้นอย่างสุจริตและได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของรัฐ
- (3) การถ่วงดุลกับผลประโยชน์สาธารณะ ศาลจะพิจารณาว่าผลประโยชน์ของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบสมควรได้รับการคุ้มครองเหนือกว่าผลประโยชน์ของรัฐหรือไม่

ด้วยเหตุนี้ หลักความคาดหวังอันชอบธรรมจึงมิใช่เพียงเครื่องมือคุ้มครองปัจเจกบุคคล แต่ยังเป็นหลักที่ส่งเสริม “เสถียรภาพของการบริหารรัฐ” และ “ความโปร่งใสของนโยบายสาธารณะ” ทำให้รัฐต้องพิจารณาผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงต่อประชาชนอย่างรอบคอบ เป็นระบบ และชอบธรรม

²⁵ Monga, “Estoppel and Legitimate Expectation,” 244.

3. พัฒนาการของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม

3.1 กำเนิดและวิวัฒนาการในเยอรมนี

หลักการคุ้มครองความไว้วางใจ (Vertrauensschutz) ถือเป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานที่ฝังแน่นในระบบกฎหมายปกครองเยอรมนี โดยเฉพาะในยุคปัจจุบันที่รัฐมีบทบาทอย่างเข้มข้นในการกำกับ ควบคุม และแทรกแซงชีวิตประจำวันของประชาชน ความไว้วางใจในเสถียรภาพของกฎหมายและคำสั่งทางปกครอง จึงไม่เพียงเป็นข้อเรียกร้องทางศีลธรรม แต่กลายเป็นสิทธิที่ควรได้รับความคุ้มครองในทางกฎหมายอย่างจริงจัง หลักการนี้มีพัฒนาการที่ยาวนาน ทั้งในเชิงประวัติศาสตร์ เชิงแนวคิด และในทางปฏิบัติผ่านคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

แนวคิดพื้นฐานของหลักความไว้วางใจปรากฏชัดตั้งแต่ในกฎหมายอาญาของโรมัน ซึ่งไม่อนุญาตให้มีการใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษต่อผู้กระทำการการปกป้องบุคคลจากการลงโทษตามกฎหมายที่ยังไม่มีผลใช้บังคับในขณะที่ยังกระทำการนั้น ถือเป็นแนวคิดที่ว่าด้วยความเป็นธรรมที่ฝังอยู่ในกฎหมายยุโรปตั้งแต่ยุคก่อนสมัยใหม่ ต่อมาประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งรัฐปรัสเซียที่ประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1794 ได้บัญญัติชัดเจนว่า “ห้ามมิให้นำกฎหมายอาญาฉบับใหม่มาบังคับใช้ย้อนหลัง” ซึ่งสะท้อนความพยายามสร้างระบบกฎหมายที่มีความมั่นคงและสามารถคาดการณ์ได้สำหรับพลเมืองในสังคมที่เป็นระเบียบและยุติธรรม²⁶

ในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะในยุค “Vormärz” อันเป็นช่วงก่อนการปฏิวัติอุตสาหกรรม ค.ศ. 1848 แนวคิดนี้ได้รับการยกระดับให้เป็นหลักรัฐธรรมนูญ โดยเชื่อมโยงกับหลักนิติธรรมว่า รัฐที่ปกครองโดยกฎหมายไม่อาจออกกฎหมายที่มีผลย้อนหลังได้ เพราะจะละเมิดหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย และหลักความเชื่อถือได้ของรัฐ อย่างไรก็ตาม ในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 19 เมื่อรัฐต้องเผชิญกับปัญหาสังคมอันซับซ้อนที่เกิดจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม และโดยเฉพาะในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ความคิดทางนิติศาสตร์แบบ “ปฏิฐานนิยม” ซึ่งให้ความสำคัญกับอำนาจนิติบัญญัติของรัฐ ได้ครอบงำวงวิชาการและแนวคิดนโยบายกฎหมายของรัฐอย่างลึกซึ้ง นำไปสู่การยอมรับว่า “กฎหมาย” คือเจตจำนงของรัฐที่ถูกตราขึ้นโดยผู้มีอำนาจ และหากจำเป็นเพื่อสาธารณประโยชน์ กฎหมายย่อมเปลี่ยนแปลงได้แม้จะมีผลย้อนหลัง²⁷

จุดเปลี่ยนสำคัญของพัฒนาการหลักการคุ้มครองความไว้วางใจเกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ได้สถาปนาระบบ “ประชาธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ” ที่ยึดถือสิทธิมนุษยชนเป็นศูนย์กลาง และผูกพันการใช้อำนาจรัฐกับหลักนิติธรรมอย่างแน่นแฟ้น ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองสูงสุดต่างร่วมกันพัฒนาหลักการคุ้มครองความไว้วางใจ

²⁶ Klaus Rennert, “Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht” (Vortrag anlässlich des Seminars zum Vertrauensschutz der Association of Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union (ACA-Europe), Vilnius, Litauen, 21. April 2016), 2.

²⁷ Ibid., 3.

ให้กลายเป็นเครื่องมือที่มีสถานะเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (Allgemeiner Rechtsgrundsatz) ที่นำไปใช้ควบคุมการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง การออกกฎหมายย้อนหลัง ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐในประเด็นที่กระทบต่อสิทธิหรือความคาดหวังของประชาชนโดยตรง²⁸

ในเชิงแนวคิด หลักการนี้ตั้งอยู่บนฐานความเข้าใจว่ารัฐสมัยใหม่มีหน้าที่คุ้มครองเสรีภาพของบุคคล และสร้างเงื่อนไขที่จำเป็นต่อการวางแผนชีวิตได้อย่างมั่นใจ โดยประชาชนควรสามารถวางแผนการใช้ชีวิต การลงทุน หรือดำเนินกิจการต่าง ๆ โดยอิงกับกฎหมายที่มีผลในขณะนั้นได้โดยไม่ต้องหวาดเกรงว่ารัฐจะเปลี่ยนแปลงโดยไม่ให้ออกาสปรับตัว หลักการนี้จึงมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับแนวคิด “ความยุติธรรมตามข้อเท็จจริงของแต่ละกรณี” และหลักความสามารถในการคาดการณ์ของกฎหมาย²⁹

ในทางปฏิบัติ ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์ 3 ประการในการพิจารณาว่าความไว้วางใจของประชาชนควรได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ได้แก่ (1) ความสุจริตของผู้รับคำสั่ง เช่น ไม่แสดงข้อความเท็จ ปกปิดข้อมูล หรือใช้กลอุบาย (2) ความสมเหตุสมผลของความไว้วางใจ เช่น เชื่อได้โดยสุจริตว่าคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมายและจะคงอยู่ต่อไป และ (3) การดำเนินการโดยอาศัยความไว้วางใจนั้นไปแล้ว เช่น การลงทุน การตัดสินใจเปลี่ยนสถานะชีวิต หรือการทำสัญญาที่ไม่สามารถย้อนกลับได้³⁰

อย่างไรก็ดี Claudia Prettner ได้ขยายแนวคิดนี้โดยวิเคราะห์เพิ่มเติมว่า การจะได้รับความคุ้มครองตามหลักความไว้วางใจนั้น ต้องพิจารณาอย่างละเอียดถึง “ความสมควรแก่การคุ้มครอง” และ “การดำเนินการอย่างมีนัยสำคัญ” โดยอาศัยสถานะทางกฎหมายที่ดูเหมือนมั่นคง เช่น คำสั่งอนุญาตที่แม้จะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม หากบุคคลเชื่อโดยสุจริตและได้ตัดสินใจที่มีผลกระทบถาวร รัฐย่อมมีหน้าที่คุ้มครองหรืออย่างน้อยก็เยียวยาความเสียหายจากความเปลี่ยนแปลงนั้น³¹

จะเห็นได้ว่า หลักการคุ้มครองความไว้วางใจในระบบกฎหมายปกครองเยอรมนีมิได้มีบทบาทเพียงในทางเทคนิคหรือกระบวนการเท่านั้น แต่ยังทำหน้าที่เป็น “แนวคิดควบคุมรัฐ” ที่ผูกพันกับหลักสิทธิเสรีภาพ ความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย และความยุติธรรมอย่างลึกซึ้ง โดยเฉพาะในยุคที่รัฐมีบทบาทรุกกล้าเข้าไปในภาคเอกชนอย่างต่อเนื่อง หลักการนี้จึงยังคงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการธำรงเสถียรภาพของระบบกฎหมายและความไว้วางใจของประชาชนต่อรัฐ

3.2 การขยายผลสู่กฎหมายยุโรป

แนวคิดความคาดหวังอันชอบธรรมซึ่งมีต้นกำเนิดจากหลักการคุ้มครองความไว้วางใจในระบบกฎหมายเยอรมนี และได้รับการนำไปพัฒนาต่อยอดอย่างเป็นระบบในกฎหมายของสหภาพยุโรป โดยมีบทบาทสำคัญในการกำกับกระบวนการบริหารกิจการสาธารณะขององค์กรภาครัฐในสหภาพ ภายใต้

²⁸ Ibid., 4.

²⁹ Ibid., 5.

³⁰ Ibid., 6-7.

³¹ Claudia Prettner, “Der Vertrauensschutz in Bezug auf den Schutz vor Enttäuschung faktischer Dispositionen” (Unpublished diploma thesis, Universität Graz, 2019), 11–13.

กฎหมายสหภาพยุโรป ความคาดหวังอันชอบธรรมของบุคคลได้รับการคุ้มครองอย่างแข็งแกร่งภายใต้กรอบของหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี และหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย³²

หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 41 แห่งกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป กำหนดว่า บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมจากสถาบันของสหภาพ รวมถึงสิทธิในการได้รับฟังความคิดเห็น และการฟังพาต่อความคาดหวังอันสมเหตุสมผลที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการขององค์กรสาธารณะ³³ หลักนี้ไม่เพียงเกี่ยวข้องกับกระบวนการเท่านั้น แต่ยังขยายถึงเนื้อหาของการตัดสินใจ เพื่อให้มั่นใจว่าการเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือการดำเนินการใด ๆ จะต้องเคารพต่อความไว้วางใจที่ประชาชนได้สร้างขึ้นตามพฤติกรรมที่ผ่านมา ในขณะเดียวกัน หลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย ซึ่งถือเป็นแกนกลางของกฎหมายยุโรป กำหนดว่าบุคคลต้องสามารถคาดการณ์ได้อย่างสมเหตุสมผลถึงผลทางกฎหมายของการกระทำของตนเองและขององค์กรสาธารณะ การที่รัฐจะเปลี่ยนแปลงนโยบายที่มีผลย้อนหลัง หรือกระทบต่อสิทธิที่เคยก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมแล้ว จำเป็นต้องได้รับการประเมินอย่างเข้มงวดและรอบคอบก่อนดำเนินการ และหากไม่มีเหตุผลที่ชอด้วยกฎหมายและได้สัดส่วน การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอาจถือเป็นการละเมิดหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย³⁴

คดี Mulder เป็นตัวอย่างสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงการปรับใช้หลักความคาดหวังอันชอบธรรมในทางปฏิบัติ ในคดีนี้ Mulder ได้เข้าร่วมมาตรการควบคุมการผลิตนมที่เกินความต้องการในสหภาพยุโรป โดยยอมรับเงื่อนไขงดการทำตลาดเป็นระยะเวลาห้าปี เพื่อแลกกับเงินอุดหนุนพิเศษ เมื่อครบกำหนดระยะเวลา Mulder ประสงค์จะกลับเข้าสู่ตลาดอีกครั้งภายใต้ระบบการเก็บภาษีใหม่ซึ่งถูกบังคับใช้ในระหว่างที่เขาอยู่ภายใต้ข้อตกลงงดการทำตลาด อย่างไรก็ตาม คำขอของเขาถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลว่าไม่สามารถพิสูจน์ปริมาณการผลิตในปีอ้างอิงก่อนหน้า ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการอนุมัติคำขอ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป วินิจฉัยว่า Mulder มีความคาดหวังอันชอบธรรมที่จะกลับเข้าสู่ตลาดโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติ อันเนื่องมาจากการเข้าร่วมโครงการงดการทำตลาด ศาลจึงประกาศให้ระบบการเก็บภาษีใหม่ไม่มีผลบังคับใช้ในส่วนที่ส่งผลให้ผู้ผลิตที่เข้าร่วมโครงการงดการทำตลาดไม่ได้รับการจัดสรรโควตา ภายหลังจากพิพากษาในคดีแรก คณะมนตรีได้ออกข้อบังคับใหม่ซึ่งจัดสรรโควตาพิเศษให้กับผู้ผลิตในสถานะเดียวกับ Mulder ในอัตราร้อยละ 60 ของปริมาณการผลิตในปีก่อนที่จะเข้าร่วมโครงการ Mulder ยังคงไม่พอใจและฟ้องคดีอีกครั้ง ซึ่งศาลพิพากษาให้เขาชนะคดีโดยเห็นว่าโควตาร้อยละ 60 นั้นยังต่ำเกินไป อย่างไรก็ตาม เมื่อ Mulder เรียกร้องค่าเสียหาย ศาลมีคำวินิจฉัยที่น่าสนใจว่า แม้จะยอมรับการเรียกร้องในส่วนที่เขาถูกปฏิเสธโควตาทั้งหมดในครั้งแรก แต่ไม่ยอมรับการเรียกร้องในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโควตาร้อยละ 60 ทั้งที่ข้อบังคับดังกล่าวก็ถูกศาลเพิกถอนเช่นกัน เหตุผลสำคัญที่ทำให้คำวินิจฉัยมีความแตกต่างกันนี้ มาจากการซึ่งนำหน้าระหว่างความคาดหวังอันชอบธรรมของปัจเจกบุคคลกับประโยชน์สาธารณะ ในกรณีแรก

³² Barak-Erez, "Legitimate Expectations," 583.

³³ Anna De Ambrosio Vigna and Dariusz R. Kijowski, "The Principle of Legitimate Expectations and the Protection of Trust in the Polish Administrative Law," *Bialostockie Studia Prawnicze* 23, no. 2 (2018): 39-52, at 41.

³⁴ Quinot, "Substantive Legitimate Expectations," 65, 70-71, 84.

ไม่ปรากฏว่ามีประโยชน์สาธารณะสำคัญที่มีน้ำหนักเหนือกว่าความคาดหวังของ Mulder ความคาดหวังอันชอบธรรมของเขาจึงต้องได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ แต่ในกรณีหลัง มีประโยชน์สาธารณะที่สำคัญเกี่ยวข้องกับการจำกัดโควตาไว้ที่ร้อยละ 60 ซึ่งมีน้ำหนักมากกว่าความคาดหวังส่วนบุคคลของ Mulder ดังนั้น เขาจึงไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายในส่วนนี้ได้แม้ว่าข้อบังคับดังกล่าวจะถูกเพิกถอนโดยศาลก็ตาม³⁵

กล่าวโดยสรุป คำวินิจฉัยในคดี Mulder เป็นการยกระดับหลักความคาดหวังอันชอบธรรม จากแนวคิดที่จำกัดอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาไปสู่การรับรองสิทธิหรือผลประโยชน์ในเชิงเนื้อหาที่สามารถนำมาอ้างสิทธิได้ในทางกฎหมายภายในบริบทของสหภาพยุโรป ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ยอมรับว่าหลักความคาดหวังอันชอบธรรมมีที่มาจากหลักความแน่นอนทางกฎหมาย การทำงานของหลักความแน่นอนทางกฎหมายหมายความว่า การละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมถือเป็นการละเมิด “หลักพื้นฐานของกฎหมายและความเป็นระเบียบ”³⁶ และหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ที่เป็นรากฐานของกฎหมายยุโรป รวมทั้งคดี Mulder ยังเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการปรับใช้หลักความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายมหาชน ที่จำเป็นต้องพิจารณาประกอบกับหลักประโยชน์สาธารณะ โดยคำนึงถึงความได้สัดส่วนระหว่างการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนกับประโยชน์ของส่วนรวม กล่าวคือ การคุ้มครองความคาดหวังมิได้มีลักษณะสัมบูรณ์ หากแต่ต้องถูกถ่วงดุลกับวัตถุประสงค์สาธารณะที่มีความสำคัญเหนือกว่า³⁷

4. สาระสำคัญของหลักความคาดหวังอันชอบธรรมในระบบกฎหมายเปรียบเทียบ

4.1 ระบบกฎหมายเยอรมนี: ความเข้มข้นของหลักการคุ้มครองคาดหวังอันชอบธรรม

ในระบบกฎหมายเยอรมนี หลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมได้รับการพัฒนาขึ้นอย่างเป็นระบบและมีความเข้มข้นสูงภายใต้แนวคิดหลักการคุ้มครองความไว้วางใจ³⁸ หลักการนี้มีรากฐานอยู่ในหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญของเยอรมนี ซึ่งถือว่าการบริหารราชการต้องเคารพต่อความไว้วางใจของประชาชนต่อการกระทำของรัฐ และต้องคำนึงถึงความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายของบุคคลอย่างจริงจัง³⁹ แนวคิดของหลักการคุ้มครองความไว้วางใจ มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้ประชาชนสามารถวางใจได้ว่าการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐที่ถูกต้องตามกฎหมายในขณะนั้นจะไม่ถูกเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงไปในภายหลังอย่างพลิกผันโดยไม่ให้การคุ้มครองที่เหมาะสมแก่ผู้ที่ได้พึ่งพาการกระทำดังกล่าว⁴⁰ หลักการนี้ได้รับการประยุกต์ใช้อย่างกว้างขวางในกฎหมายปกครองเยอรมนี โดยเฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีการออกคำสั่งอนุญาต หรือมาตรการทางกฎหมายอื่น ๆ ที่สร้างความไว้วางใจให้แก่ประชาชน

³⁵ Ibid., 71.

³⁶ De Ambrosis Vigna and Kijowski, “Legitimate Expectations and the Protection of Trust,” 42-43.

³⁷ Quinot, “Substantive Legitimate Expectations,” 71-72.

³⁸ Louise Otis and Jérémy Boulanger-Bonnely, “The Protection of Legitimate Expectations in Global Administrative Law,” in *ILO100 – Law for Social Justice*, eds. George P. Politakis, Tomi Kohiyama, and Thomas Lieby (Geneva: International Labour Office, 2019), 400.

³⁹ Thomas, “Relationship Between English and European Community Administrative Law,” 49-50.

⁴⁰ Paul Reynolds, “Legitimate Expectations and the Protection of Trust in Public Officials,” SSRN Working Paper Series, 2010, 16, accessed 3 May 2025, <https://ssrn.com/abstract=1689518>

ในระบบกฎหมายเยอรมนี หลักการคุ้มครองความไว้วางใจไม่ได้ดำรงอยู่แยกขาดจากหลักการพื้นฐานอื่น ๆ หากแต่ได้รับการผสมผสานอย่างใกล้ชิดกับหลักความได้สัดส่วน⁴¹ ศาลเยอรมนีได้กำหนดว่า ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐพิจารณาจะเพิกถอนสิทธิหรือสถานะทางกฎหมายที่บุคคลได้รับมาโดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องประเมินอย่างรอบคอบถึงความสมเหตุสมผลของการเปลี่ยนแปลงนั้น และต้องถ่วงดุลผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อผู้ที่ได้รับการคุ้มครองจากความคาดหวังอย่างเป็นธรรม หลักการดังกล่าวสะท้อนแนวคิดสำคัญภายใต้หลักนิติรัฐว่า ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่มั่นคงและคาดหมายได้ และหน่วยงานของรัฐมีพันธะที่จะต้องเคารพต่อความไว้วางใจที่ได้สร้างขึ้นโดยการดำเนินการอย่างสุจริตและสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน⁴² การผสมผสานหลักการคุ้มครองความไว้วางใจกับหลักความได้สัดส่วนนี้จึงเป็นกลไกสำคัญที่ปกป้องไม่เพียงแต่สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล แต่ยังเป็นการธำรงเสถียรภาพของระบบกฎหมายปกครองในระบอบประชาธิปไตย

Geo Quinot อธิบายว่า หลักการนี้มีบทบาทกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องเคารพต่อการพึ่งพาอย่างสมเหตุสมผลของบุคคล แม้ว่าความคาดหวังนั้นจะเกิดจากเพียงการให้คำมั่นสัญญาโดยตรง หรือจากแนวปฏิบัติที่ต่อเนื่องยาวนาน การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายเยอรมนีจึงขยายขอบเขตไปไกลกว่าการคุ้มครองเฉพาะสิทธิที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ในกรณีที่การให้คำมั่นของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็ยังคงให้ความคุ้มครองต่อความคาดหวังอันชอบธรรมของบุคคลบนพื้นฐานของความไว้วางใจอย่างสมเหตุสมผล ตัวอย่างสำคัญที่ Geo Quinot ยกขึ้นมา คือ คำพิพากษาของ Oberverwaltungsgericht แห่งกรุงเบอร์ลินในปี ค.ศ. 1956 ซึ่งศาลได้ยืนยันว่าผู้ร้องมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการพึ่งพาคำมั่นของหน่วยงานของรัฐ แม้ว่าคำมั่นดังกล่าวจะเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การวางหลักเช่นนี้แสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญสูงสุดกับความเสถียรและความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย รวมถึงการคุ้มครองความไว้วางใจที่ประชาชนมีต่อการบริหารราชการแผ่นดิน⁴³

นอกจากการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมจากการกระทำของฝ่ายบริหารแล้ว หลักการคุ้มครองความไว้วางใจในระบบกฎหมายเยอรมนียังขยายขอบเขตไปถึงการควบคุมการออกกฎหมายใหม่ที่มีผลย้อนหลัง หลักนิติรัฐของเยอรมนีกำหนดอย่างชัดเจนว่าความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายเป็นข้อกำหนดพื้นฐานที่รัฐต้องเคารพ ซึ่งรวมถึงการปกป้องบุคคลจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายย้อนหลังที่กระทบต่อสถานะหรือสิทธิที่ได้รับการสร้างขึ้นอย่างชอบด้วยกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในระบบกฎหมายเยอรมนีจึงถูกจำกัดไว้อย่างเข้มงวด โดยอนุญาตเฉพาะในกรณีพิเศษที่มีเหตุผลสาธารณะที่มีน้ำหนักเหนือกว่าความคาดหวังส่วนบุคคลเท่านั้น หลักการคุ้มครองความไว้วางใจทำหน้าที่เป็นกลไกเชิงโครงสร้างในการเสริมสร้างเสถียรภาพทางกฎหมาย และป้องกันไม่ให้รัฐใช้อำนาจโดยพลการในการลิดรอนสิทธิหรือผลประโยชน์ของประชาชนโดยปราศจากเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายและได้สัดส่วน ความเชื่อมโยงระหว่างหลักการคุ้มครองความไว้วางใจกับการควบคุมกฎหมายย้อนหลังในกฎหมายเยอรมนีจึงไม่เพียง

⁴¹ Ibid., 16.

⁴² Thomas, "Relationship Between English and European Community Administrative Law," 49-50.

⁴³ Quinot, "Substantive Legitimate Expectations," 68.

สะท้อนถึงการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมเท่านั้น แต่ที่ยืนยันถึงความสำคัญของการดำรงเสถียรภาพและความคาดหวังได้ของนิติสัมพันธ์ในสังคมประชาธิปไตย⁴⁴

นอกจากนี้ Klaus Rennert อธิบายว่า หลักการคุ้มครองความไว้วางใจเป็นหนึ่งในองค์ประกอบที่สำคัญของแนวคิดรัฐธรรมนูญที่ยึดถือหลักนิติรัฐ โดยเฉพาะในด้านที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของประชาชนต่อการคาดการณ์ได้ของกฎหมาย และความต่อเนื่องของนโยบายสาธารณะ หลักการนี้เกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้กระทำการ เช่น การลงทุน การประกอบอาชีพ หรือการดำเนินคดีต่าง ๆ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่มีผลบังคับอยู่ในขณะนั้น หากภายหลังรัฐเปลี่ยนแปลงกฎหมายจนก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลนั้น คำถามที่ตามมาก็คือ รัฐจะสามารถกระทำเช่นนั้นได้เพียงใด และบุคคลนั้นมีสิทธิได้รับการคุ้มครองหรือชดเชยหรือไม่⁴⁵

4.2 ระบบกฎหมายอังกฤษ: การคุ้มครองสิทธิในการมีส่วนร่วมและการถ่วงดุลกับประโยชน์สาธารณะ

แนวคิดความคาดหวังอันชอบธรรมในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษมีต้นกำเนิดจากการพัฒนาหลักความเป็นธรรมในการพิจารณาทางปกครองและหลักนิติธรรม ซึ่งถือเป็นเสาหลักสำคัญของกระบวนการปกครองที่ยุติธรรมในระบอบประชาธิปไตย ความเป็นธรรมในการพิจารณาทางปกครองกำหนดว่าการใช้อำนาจที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือผลประโยชน์ของบุคคลจะต้องกระทำอย่างยุติธรรม เปิดโอกาสให้ผู้ได้รับผลกระทบมีส่วนร่วม และสามารถโต้แย้งข้อกล่าวหาหรือข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องได้⁴⁶ หลักนิติธรรมในบริบทนี้หมายถึงการจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ชัดเจนและเป็นธรรม เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยพลการ⁴⁷

จุดเริ่มต้นสำคัญของการสถาปนาแนวคิดความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายปกครองอังกฤษปรากฏในคดี Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs [1969] 2 Ch 149 คดีนี้เกี่ยวข้องกับนักศึกษาต่างชาติที่ได้รับอนุญาตให้เข้าศึกษาในสหราชอาณาจักรเป็นระยะเวลาจำกัด และได้ยื่นขอต่ออายุใบอนุญาต แต่คำร้องถูกปฏิเสธโดยไม่ได้รับโอกาสในการชี้แจง ในคดีนี้ Lord Denning M. R. ได้วางแนวคิดสำคัญว่า แม้ผู้ร้องจะไม่มีสิทธิทางกฎหมายโดยตรงในการพำนักต่อ แต่ก็มี “ความคาดหวังอันชอบธรรม” ที่จะไม่ถูกเพิกถอนสถานะโดยไม่ให้โอกาสในการแสดงความคิดเห็นเสียก่อน Lord Denning ได้กล่าวไว้ว่า ในกรณีที่บุคคลมีสิทธิประโยชน์ หรือ “ความคาดหวังอันชอบธรรม” ที่จะได้รับ หากถูกเพิกถอนหรือกระทบกระเทือนโดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้นั้นได้แสดงเหตุผลหรือชี้แจง ย่อมเป็นการขัดต่อหลักความเป็นธรรม ดังนั้น รัฐหรือหน่วยงานที่ใช้อำนาจจะต้องจัดให้ผู้นั้นมีโอกาสชี้แจงก่อนดำเนินการ แม้ในคดี Schmidt

⁴⁴ Reynolds, “Legitimate Expectations,” 16.

⁴⁵ Rennert, “Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht,” 2-5.

⁴⁶ Groves, “Substantive Legitimate Expectations,” 472-473.

⁴⁷ Robert Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law* (Oxford: Hart, 2000),

ศาลจะวินิจฉัยว่า ผู้ร้องไม่ได้รับความคุ้มครองในกรณีนั้นก็ตาม⁴⁸ แต่คดีนี้ได้วางรากฐานให้การพัฒนาของหลักความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายปกครองอังกฤษในเวลาต่อมา การวางหลักในคดี Schmidt นี้ถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญที่ขยายขอบเขตของการคุ้มครองในกระบวนการทางปกครอง จากการยึดตาม “สิทธิ” ที่บัญญัติในกฎหมาย ไปสู่การคุ้มครอง “ความคาดหวัง” ที่ประชาชนมีต่อหน่วยงานของรัฐอย่างสมเหตุสมผล การยอมรับแนวคิดนี้ส่งผลให้สิทธิในการได้รับการรับฟังไม่ได้ขึ้นอยู่กับกรณีสถานะทางกฎหมายที่แน่นอน แต่ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์แห่งความไว้วางใจและความคาดหวังอันสมควรซึ่งเกิดขึ้นจากการดำเนินการของฝ่ายปกครอง แนวคิดดังกล่าวจึงถือเป็นพัฒนาการเชิงแนวคิดที่สำคัญในการคุ้มครองบุคคลในกระบวนการทางปกครองอังกฤษ และวางรากฐานสำหรับการพัฒนาหลักความคาดหวังอันชอบธรรมที่ขยายขอบเขตไปสู่การคุ้มครองในเชิงเนื้อหาในคดีสำคัญอื่น ๆ ในเวลาต่อมา

แนวคิดความคาดหวังอันชอบธรรมได้รับการพัฒนาขยายขอบเขตอย่างสำคัญในคดี Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] AC 374 ซึ่งรู้จักกันทั่วไปว่า GCHQ Case คดีนี้เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของรัฐบาลอังกฤษในการห้ามไม่ให้เจ้าหน้าที่ของ Government Communications Headquarters (GCHQ) เข้าร่วมกิจกรรมของสหภาพแรงงาน เนื่องจากเหตุผลด้านความมั่นคงแห่งชาติ โดยคำสั่งดังกล่าวออกโดยไม่มีการแจ้งล่วงหน้าให้แก่เจ้าหน้าที่ที่ได้รับผลกระทบ ศาลอังกฤษ โดยเฉพาะ Lord Fraser และ Lord Diplock ได้วางหลักสำคัญไว้ว่า ความคาดหวังอันชอบธรรมสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งจาก “คำมั่นสัญญาโดยตรง” หรือจาก “การดำเนินการอย่างสม่ำเสมอในอดีต” ซึ่งประชาชนสามารถคาดหวังได้อย่างสมเหตุสมผลว่าจะยังคงดำรงอยู่ต่อไป ศาลยังได้วางหลักว่า เมื่อมีความคาดหวังเช่นนี้เกิดขึ้น ฝ่ายบริหารไม่สามารถละเมิดความคาดหวังนั้นได้โดยพลการ เว้นแต่จะมีเหตุผลอันชอบธรรมรองรับ เช่น เหตุผลด้านความมั่นคงของรัฐ ที่มีน้ำหนักเพียงพอในการถ่วงดุลสิทธิในการได้รับฟังความคิดเห็นของผู้ที่ได้รับผลกระทบ⁴⁹

ในพัฒนาการของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม ศาลอังกฤษได้ขยายขอบเขตการคุ้มครองออกเป็นสองลักษณะ ได้แก่ การคุ้มครองในเชิงกระบวนการและการคุ้มครองในเชิงเนื้อหา การคุ้มครองเชิงกระบวนการ หมายถึง การที่บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับแจ้งและได้รับโอกาสในการปรึกษาหารือเมื่อหน่วยงานของรัฐจะดำเนินการเปลี่ยนแปลงที่กระทบต่อผลประโยชน์ของตน อันเป็นการส่งเสริมความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณา ขณะที่การคุ้มครองเชิงเนื้อหา หมายถึง การที่บุคคลสามารถคาดหวังได้ว่าผลประโยชน์หรือสถานะที่มีอยู่จะดำรงอยู่ต่อไป เว้นแต่หน่วยงานของรัฐจะมีเหตุผลที่หนักแน่นเพียงพอและการเปลี่ยนแปลงนั้นต้องผ่านการประเมินที่สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมและหลักความได้สัดส่วน การเปลี่ยนแปลงนโยบายที่ส่งผลกระทบต่อความคาดหวังดังกล่าว จึงจำเป็นต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงการถ่วงดุลระหว่างเสรีภาพในการกำหนดนโยบายของฝ่ายบริหารกับความเชื่อถือและการพึ่งพาของ

⁴⁸ Islam, “Legitimate Expectation,” 69–70.; Seemeen Muzafar, “Legitimate Expectation and Its Application in Administrative Law,” *International Journal of Creative Research Thoughts (IJCRT)* 6, no. 1 (2018): 175–176.

⁴⁹ Islam, “Legitimate Expectation,” 73-74.; Farrah Ahmed and Adam Perry, “The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations,” *Cambridge Law Journal* 73, no. 1 (2014): 61–85, at 74.

ประชาชนต่อการดำเนินการของรัฐในอดีต⁵⁰ อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายปกครองอังกฤษ หลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมแม้จะมีความสำคัญอย่างยิ่งในการปกป้องสิทธิและเสรีภาพทางกฎหมายของประชาชน แต่ก็ไม่ได้มีสถานะเป็นสิทธิสัมบูรณ์ที่ไม่อาจถูกจำกัดได้ ในคดีสำคัญ Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] AC 374 (GCHQ Case) ศาลได้วางข้อจำกัดที่สำคัญว่า ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ด้านความมั่นคงแห่งชาติ ศาลจะใช้อำนาจตรวจสอบอย่างจำกัด โดยยอมรับเขตอำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารในการประเมินความจำเป็นของมาตรการ ศาลวินิจฉัยว่า แม้จะมีแนวปฏิบัติในการรักษาหรือกับเจ้าหน้าที่รัฐเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพการจ้างงานที่ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรม แต่ความคาดหวังนั้นสามารถถูกจำกัดได้ด้วยเหตุผลของความมั่นคงแห่งชาติที่ฝ่ายบริหารได้แสดงไว้อย่างสมเหตุสมผล⁵¹ การวินิจฉัยนี้สะท้อนหลักการโดยรวมที่ว่า หลักความคาดหวังอันชอบธรรม ย่อมสามารถถูกจำกัดหากมีเหตุผลทางสาธารณะที่มีน้ำหนักหนักหน่วงกว่า ซึ่งเป็นแนวทางที่ได้รับการยืนยันเพิ่มเติมในงานวิชาการ เช่นในบทวิเคราะห์ของ Varuhas ที่ชี้ว่าความคาดหวังอันชอบธรรมต้องถูกล่วงดุลกับข้อพิจารณาทางสาธารณะ และมีใช้สิทธิที่คงอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กับการบริหารหรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป⁵² การวางหลักใน GCHQ Case จึงนับเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญที่เปลี่ยนแนวทางการคุ้มครองหลักความคาดหวังอันชอบธรรม จากการจำกัดอยู่ในขั้นตอนการพิจารณา ไปสู่การรับรองสิทธิหรือผลประโยชน์ที่ประชาชนคาดหวังได้ในเนื้อหาที่เป็นรูปธรรม อันถือเป็นการขยายขอบเขตของหลักการดังกล่าวทั้งในเชิงโครงสร้างและทฤษฎีในกฎหมายปกครองอังกฤษ

นอกจากนี้ หลักความคาดหวังอันชอบธรรม มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับแนวคิดเรื่องความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งเป็นข้อกำหนดพื้นฐานของกระบวนการที่เป็นธรรมในกฎหมายปกครอง แนวคิดนี้ถือว่าบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการตัดสินใจของหน่วยงานของรัฐ ต้องได้รับโอกาสที่เหมาะสมในการรับฟังความคิดเห็นและนำเสนอข้อมูลของตนเองก่อนที่หน่วยงานจะดำเนินการที่ส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญ⁵³ หลักความคาดหวังอันชอบธรรมมีพัฒนาการที่ขยายขอบเขตการคุ้มครองออกไปจากการจำกัดอยู่เฉพาะสิทธิที่มีสถานะตามกฎหมายไปสู่การคุ้มครอง “ความคาดหวังที่สมเหตุสมผล” ซึ่งเกิดจากการกระทำหรือการรับรองโดยหน่วยงานของรัฐ แม้ว่าบุคคลจะไม่สามารถชี้ชัดได้ว่าตนมีสิทธิทางกฎหมายที่แน่นอนก็ตาม ศาลได้วางหลักว่า แม้ผู้ร้องจะไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่หน้าที่ในการดำเนินการอย่างเป็นธรรม ก็สามารถเกิดขึ้นได้หากบุคคลนั้นมีความคาดหวังอันชอบธรรมที่สมเหตุสมผล⁵⁴ แนวคิดนี้จึงทำหน้าที่เป็น “ตัวแทน” หรือ “ทางเบี่ยง” ของสิทธิทางกฎหมาย เพื่อขยายขอบเขตของหน้าที่ในการดำเนินการอย่างเป็นธรรม และเพิ่มโอกาสในการได้รับความคุ้มครองใน

⁵⁰ Barak-Erez, “Legitimate Expectations,” 584–585.

⁵¹ David Wright, “Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law,” *Osgoode Hall Law Journal* 35, no. 1 (1997): 139-194, at 154.

⁵² Jason N. E. Varuhas, “In Search of a Doctrine: Mapping the Law of Legitimate Expectations,” in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, eds. Matthew Groves and Greg Weeks (Oxford: Hart, 2017), 19.

⁵³ Groves, “Substantive Legitimate Expectations,” 472–473.

⁵⁴ Varuhas, “In Search of a Doctrine,” 15.

กระบวนการทางปกครอง นอกจากนี้ หลักความคาดหวังอันชอบธรรมยังผูกพันอย่างแนบแน่นกับหลักการห้ามใช้อำนาจโดยพลการและหลักนิติธรรม กล่าวคือ แม้ความคาดหวังอันชอบธรรมจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่มีผลบังคับได้โดยตรงในทุกกรณี แต่การเพิกเฉยหรือไม่ให้ความสำคัญกับความคาดหวังที่สมเหตุสมผลอาจทำให้การตัดสินใจของฝ่ายปกครองตกอยู่ในลักษณะของการใช้อำนาจโดยพลการ ซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักความไม่เลือกปฏิบัติและหลักนิติธรรม⁵⁵ ดังนั้น การเคารพและพิจารณาอย่างจริงจังต่อหลักความคาดหวังอันชอบธรรมของบุคคลจึงเป็นองค์ประกอบจำเป็นของการบริหารราชการแผ่นดินที่เป็นไปตามหลักนิติธรรมในระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่

สำหรับหลักการห้ามใช้อำนาจโดยพลการในกฎหมายปกครองกำหนดว่า การใช้อำนาจทางปกครองต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลที่สามารถตรวจสอบได้ มีความโปร่งใสในการดำเนินการ และสร้างความสามารถในการพึ่งพาได้แก่ผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครอง การดำเนินการของฝ่ายปกครองจึงต้องมีความสอดคล้องและปราศจากความเปลี่ยนแปลงอย่างกะทันหันที่อาจส่งผลกระทบต่อความคาดหวังอันชอบธรรมของประชาชนโดยปราศจากเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁶ ในบริบทนี้ ความสามารถของบุคคลในการคาดการณ์ผลลัพธ์ทางกฎหมายจากการกระทำของรัฐได้อย่างสมเหตุสมผล จึงถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม นอกจากนี้ แนวคิดของการคุ้มครองหลักความคาดหวังอันชอบธรรม ยังได้รับการเสริมด้วยแนวคิดแบบยึดหลักเกณฑ์ ซึ่งเน้นว่า การที่หน่วยงานของรัฐกำหนดแนวปฏิบัติหรือให้คำมั่นสัญญาไว้ล่วงหน้า ย่อมก่อให้เกิดพันธผูกพันในการใช้อำนาจ และหากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามความคาดหวังดังกล่าวโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ย่อมถือเป็นการเบี่ยงเบนจากหลักการบริหารงานที่ชอบธรรม⁵⁷

4.3 ระบบกฎหมายออสเตรเลีย: การปรับใช้หลักความคาดหวังอันชอบธรรมในระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล

ในระบบกฎหมายออสเตรเลีย หลักความคาดหวังอันชอบธรรม ได้รับการรับรองเฉพาะในมิติของความเป็นธรรมเชิงกระบวนการเท่านั้น และไม่ได้ขยายไปถึงการคุ้มครองผลลัพธ์ที่บุคคลคาดหวังเหมือนในระบบกฎหมายอื่น⁵⁸ คดีสำคัญที่วางหลักการนี้คือ *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh* (1995) 183 CLR 273⁵⁹ ในคดีนี้ ศาลสูงออสเตรเลียได้ถือว่าการให้สัตยาบันสนธิสัญญาระหว่างประเทศโดยฝ่ายบริหารอาจก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมว่าหน่วยงานของรัฐจะปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว หากหน่วยงานประสงค์จะดำเนินการที่ไม่สอดคล้องกับความคาดหวังนั้น ต้องแจ้งให้ผู้ได้รับผลกระทบทราบและให้โอกาสในการโต้แย้ง อย่างไรก็ตาม ศาลได้เน้นว่าความคาดหวังดังกล่าวมีลักษณะเป็นเพียงความคาดหวังอันชอบธรรมเชิงกระบวนการ (Procedural Expectation) ไม่ใช่สิทธิเชิงเนื้อหา

⁵⁵ Islam, "Legitimate Expectation," 77.

⁵⁶ Thomas, *Legitimate Expectations*, 113–121.

⁵⁷ Ahmed and Perry, "Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations," 61–63.

⁵⁸ Groves, "Substantive Legitimate Expectations," 471.

⁵⁹ *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh* (1995) 183 CLR 273.

(Substantive Entitlement)⁶⁰ อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายออสเตรเลีย แม้การมีหลักความคาดหวังอันชอบธรรม จะก่อให้เกิดสิทธิในเชิงกระบวนการ แต่ศาลยังคงย้ำอย่างชัดเจนว่า ความคาดหวังดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดสิทธิในผลลัพธ์ตามกฎหมายสารบัญญัติ กล่าวคือ การดำรงอยู่ของความคาดหวังอันชอบธรรม ไม่ได้ทำให้หน่วยงานของรัฐมีพันธะบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามความคาดหวังนั้นอย่างแน่นอน หากแต่เป็นการสร้างหน้าที่ให้หน่วยงานต้องพิจารณาและให้โอกาสผู้ที่ได้รับผลกระทบได้แสดงความคิดเห็นหรือคัดค้านก่อนที่จะดำเนินการที่อาจขัดแย้งกับความคาดหวังที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ Matthew Groves อธิบายว่า ความแตกต่างสำคัญระหว่างหลักความคาดหวังอันชอบธรรม และกฎบังคับทางกฎหมายอยู่ที่ข้อเท็จจริงที่ว่า หลักความคาดหวังอันชอบธรรมเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งที่มีอำนาจตัดสินใจต้องนำมาประกอบการพิจารณา มิใช่ข้อผูกพันที่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม ด้วยเหตุนี้ ในระบบกฎหมายออสเตรเลีย หลักความคาดหวังอันชอบธรรม จึงทำหน้าที่เป็นกลไกเพื่อรับรองกระบวนการที่เป็นธรรมในการตัดสินใจทางปกครองมากกว่าการสร้างสิทธิเชิงเนื้อหาที่ศาลสามารถบังคับใช้ได้โดยตรง⁶¹

ในระบบกฎหมายออสเตรเลีย ทิศทางของศาลในเรื่องหลักความคาดหวังอันชอบธรรม มีแนวโน้มที่จะยึดโยงอยู่กับกรอบของหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลอย่างเข้มข้น โดยเน้นการควบคุมเฉพาะกระบวนการตัดสินใจของหน่วยงานทางปกครองมากกว่าการตรวจสอบเนื้อหาของการตัดสินใจเอง Matthew Groves อธิบายว่า ศาลออสเตรเลียมีท่าทีโดยทั่วไปที่จะจำกัดผลของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม ให้ก่อให้เกิดสิทธิเชิงกระบวนการเท่านั้น กล่าวคือ บุคคลที่มีความคาดหวังอันชอบธรรมเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครอง อาจได้รับสิทธิในการได้รับแจ้งล่วงหน้าและมีโอกาสแสดงความคิดเห็นหากหน่วยงานของรัฐประสงค์จะดำเนินการที่ขัดต่อความคาดหวังนั้น ในทางปฏิบัติ ศาลออสเตรเลียมักหลีกเลี่ยงการตัดสินว่าผลลัพธ์จากการเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐละเมิดหลักความคาดหวังอันชอบธรรม เว้นแต่จะสามารถพิสูจน์ได้ว่าการปฏิเสธความเป็นธรรมในขั้นตอนการดำเนินการ ข้อจำกัดนี้สะท้อนแนวโน้มของระบบกฎหมายออสเตรเลียที่จะยืนยันบทบาทของหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล ในฐานะกลไกการควบคุมขั้นตอนการตัดสินใจโดยไม่ก้าวล่วงไปยังการกำหนดเนื้อหาของการตัดสินใจทางนโยบาย⁶²

อีกทั้ง ศาลออสเตรเลียยังให้ความสำคัญอย่างยิ่งกับข้อจำกัดเชิงโครงสร้างตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งกำหนดขอบเขตหน้าที่ของศาลในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง Matthew Groves อธิบายว่า การเพิ่มบทบาทของรัฐธรรมนูญออสเตรเลียในการกำหนดแนวทางของหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล และแนวคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดในการใช้อำนาจตุลาการ ส่งผลให้ไม่อาจยอมรับบังคับใช้การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมเชิงเนื้อหาในระบบกฎหมายออสเตรเลียได้⁶³ นอกจากนี้ หลักการแบ่งแยกอำนาจยังถูกตีความว่าเป็นข้อจำกัดในการที่ศาลซึ่งใช้อำนาจ ตุลาการในเขตอำนาจของรัฐบาลกลางจะสั่งให้หน่วยงานทางปกครองต้องใช้ดุลพินิจตาม

⁶⁰ Groves, "Substantive Legitimate Expectations," 498-499.

⁶¹ Ibid., 499.

⁶² Ibid., 471-472.

⁶³ Ibid., 472-473.

ความคาดหวังของผู้ร้อง⁶⁴ กล่าวคือ ศาลออสเตรเลียยอมรับเฉพาะการตรวจสอบความชอบธรรมของกระบวนการใช้อำนาจ แต่ไม่ก้าวล่วงไปกำหนดผลลัพธ์ของการใช้อำนาจทางปกครอง เพื่ออ้างหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายบริหารอย่างเคร่งครัด ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายออสเตรเลียจึงจำกัดขอบเขตของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม ให้อยู่ในมิติของความยุติธรรมเชิงกระบวนการเท่านั้น และไม่ขยายไปสู่สิทธิเชิงเนื้อหาตามแนวทางของกฎหมายยุโรป

4.4 ระบบกฎหมายแคนาดา: การผสานหลักความคาดหวังอันชอบธรรมเข้ากับหลักหน้าที่แห่งความเป็นธรรม

ในระบบกฎหมายปกครองของแคนาดา หลักความคาดหวังอันชอบธรรมได้รับการพัฒนาขึ้นภายใต้กรอบของหลักหน้าที่แห่งความเป็นธรรม (Duty of Fairness) ซึ่งเป็นแนวคิดพื้นฐานในการควบคุมการใช้อำนาจทางปกครอง แนวทางในแคนาดาเห็นว่า หลักความคาดหวังอันชอบธรรม ทำหน้าที่เสริมสร้างเนื้อหาของหน้าที่ด้านความเป็นธรรม โดยเฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐได้ดำเนินการตามขั้นตอนปกติที่สม่าเสมอ หรือได้ให้คำมั่นที่ชัดเจนแก่ผู้ร้อง

หลักการนี้ปรากฏชัดในคำพิพากษาคดี Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817 ซึ่งศาลสูงสุดแคนาดาวางหลักว่า การมีหลักความคาดหวังอันชอบธรรม สามารถนำไปสู่การขยายสิทธิในการได้รับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณา แต่ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิในผลลัพธ์ตามที่คาดหวัง⁶⁵ กล่าวคือ หลักความคาดหวังอันชอบธรรมในแคนาดาเกี่ยวข้องกับเฉพาะกับด้านกระบวนการ และไม่ขยายไปถึงการรับรองสิทธิหรือผลประโยชน์ในเชิงเนื้อหา David Wright ยังชี้ให้เห็นว่าทางออกที่เหมาะสมสำหรับการพัฒนาหลักนี้ในแคนาดาคือ การทำให้หลักความคาดหวังอันชอบธรรมเป็นส่วนหนึ่งที่สอดคล้องกับแนวคิดหน้าที่แห่งความเป็นธรรมที่มีความยืดหยุ่นและปรับตัวได้ ซึ่งได้วิวัฒนาการขึ้นภายหลังคดี Nicholson v. Haldimand-Norfolk (Regional) Police Commissioners, [1979] 1 S.C.R. 311 แนวทางนี้สะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายปกครองแคนาดามุ่งเน้นการสร้างระบบการตัดสินใจที่โปร่งใส มีความรับผิดชอบ และเปิดโอกาสให้ผู้ได้รับผลกระทบมีส่วนร่วมอย่างเหมาะสม แทนที่จะรับรองความคาดหวังในเชิงเนื้อหา⁶⁶

4.5 ระบบกฎหมายโปแลนด์: การบูรณาการกับหลักการคุ้มครองความไว้วางใจ

ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศโปแลนด์ แนวคิดเรื่องความคาดหวังอันชอบธรรมได้รับการบูรณาการอย่างแนบแน่นกับหลักการคุ้มครองความไว้วางใจ คือหลักการที่กำหนดให้รัฐต้องเคารพต่อความคาดหวังอันชอบธรรมซึ่งประชาชนได้ยึดถือไว้ตามการดำเนินการของรัฐในอดีต ทั้งเพื่อสร้างความมั่นคงในความสัมพันธ์ทางกฎหมาย และเพื่ออ้างไว้ซึ่งความยุติธรรมและหลักนิติรัฐ ซึ่งถือเป็นหนึ่งในองค์ประกอบพื้นฐานของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปแลนด์ โดยมาตรา 2 ของ

⁶⁴ Ibid., 522-523.

⁶⁵ Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [1999] 2 SCR 817, paras 26-35.

⁶⁶ Wright, "Rethinking the Doctrine," 192-194.

รัฐธรรมนูญกำหนดให้โปแลนด์⁶⁷ เป็นรัฐประชาธิปไตยที่เคารพหลักนิติธรรม และหลักการนี้ได้รับการตีความว่าครอบคลุมถึงหน้าที่ของรัฐในการเคารพและคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของประชาชนต่อเสถียรภาพของกฎหมายและการดำเนินการของฝ่ายปกครอง⁶⁸ แม้ว่าหลักความคาดหวังอันชอบธรรมจะไม่ได้ปรากฏเป็นบทบัญญัติโดยตรงในกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือในคำพิพากษาอย่างเป็นทางการ แต่ในทางทฤษฎีกฎหมายปกครองของโปแลนด์ มีการยอมรับกันโดยทั่วไปว่าหลักการนี้ได้ฝังแน่นอยู่ในแนวคิดของ “ความไว้วางใจของประชาชนต่อรัฐและกฎหมายของรัฐ” ซึ่งเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ⁶⁹

Anna De Ambrosis Vigna และ Dariusz R. Kijowski ชี้ให้เห็นว่า หลักการนี้ได้รับการเสริมความแข็งแกร่งผ่านประมวลวิธีปฏิบัติรัฐการทางปกครองของโปแลนด์ โดยเฉพาะในมาตรา 8⁷⁰ ที่กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองต้องปฏิบัติอย่างโปร่งใส และเคารพต่อความไว้วางใจที่ประชาชนมีต่อรัฐ⁷¹ การตีความหลักนี้หมายความว่า การดำเนินการของหน่วยงานทางปกครองที่เปลี่ยนแปลงสถานะของบุคคลต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและต้องให้เหตุผลที่สมเหตุสมผล Jerzy Parchomiuk อธิบายเพิ่มเติมว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมในโปแลนด์มีวัตถุประสงค์สองประการ ประการแรก เพื่อปกป้องประชาชนจากการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายหรือการบริหารที่กระทันหันและไม่สมเหตุสมผล ซึ่งอาจทำลายสถานะทางกฎหมายที่ได้ก่อเกิดขึ้นแล้ว และประการที่สอง เพื่อสร้างระบบที่มีเสถียรทางกฎหมาย และเสริมสร้างความมั่นใจของประชาชนต่อระบบการบริหารราชการแผ่นดิน หลักการนี้ยังมีความเชื่อมโยงอย่างแนบแน่นกับหลักความได้สัดส่วนและหลักความคาดหมายได้ทางกฎหมาย ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องประเมินอย่างรอบคอบว่าการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสถานะของประชาชนจะต้องมีความเหมาะสมและจำเป็น และต้องถ่วงดุลระหว่างผลประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ความคาดหวังของประชาชน⁷² จึงไม่ใช่หลักการแบบสัมบูรณ์ แต่ต้องมีการถ่วงดุลกับความจำเป็นในการดำเนินนโยบายสาธารณะใหม่ในบางกรณี

⁶⁷ มาตรา 2 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปแลนด์, “Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej” [สาธารณรัฐโปแลนด์เป็นรัฐที่ปกครองด้วยหลักนิติธรรมในระบบประชาธิปไตย ซึ่งนำหลักการความยุติธรรมทางสังคมไปปฏิบัติ].

⁶⁸ De Ambrosis Vigna and Kijowski, “Legitimate Expectations and the Protection of Trust,” 45.

⁶⁹ Jerzy Parchomiuk, “The Protection of Legitimate Expectations in Administrative Law: A Horizontal Perspective,” *Baltic Journal of Law & Politics* 10, no. 2 (2017): 1-25, at 3.

⁷⁰ ดูเพิ่มเติมที่ Article 8 แห่ง Code of Administrative Procedure ของประเทศโปแลนด์ กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงการเสริมสร้างความไว้วางใจของประชาชนต่อรัฐ และส่งเสริมการตระหนักรู้และความเคารพต่อกฎหมาย (“Public administration bodies are required to conduct proceedings in such a way as to increase the trust of citizens in the State bodies and public awareness and appreciation of the law.”) ดู *Code of Administrative Procedure, Act of 14 June 1960, Journal of Laws 1960 No. 30, item 168, art. 8.*

⁷¹ De Ambrosis Vigna and Kijowski, “Legitimate Expectations and the Protection of Trust,” 45-46.

⁷² Parchomiuk, “Protection of Legitimate Expectations,” 3-4.

แนวคิดเรื่องการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายปกครองของโปแลนด์ได้รับอิทธิพลโดยตรงจากหลักการคุ้มครองความไว้วางใจของกฎหมายเยอรมนี ซึ่งมุ่งเน้นการคุ้มครองความไว้วางใจที่ประชาชนมีต่อการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ หลักการนี้มีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับการคุ้มครองสิทธิที่ได้มาโดยชอบ และถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม หลักการคุ้มครองความไว้วางใจจึงกลายเป็นรากฐานสำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายปกครองของโปแลนด์ และกำหนดกรอบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนให้ตั้งอยู่บนความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายและความไว้วางใจอย่างสมเหตุสมผล⁷³

4.6 ระบบกฎหมายอินเดีย: หลักความคาดหวังอันชอบธรรมกับการควบคุมการใช้อำนาจโดยพลการ⁷⁴

ในระบบกฎหมายของอินเดีย หลักความคาดหวังอันชอบธรรมได้รับการพัฒนาอย่างมีนัยสำคัญในช่วงสามทศวรรษที่ผ่านมา โดยมีรากฐานอยู่บนบทบัญญัติของมาตรา 14 แห่งรัฐธรรมนูญอินเดีย ซึ่งกำหนดหลักความเสมอภาคและห้ามการกระทำโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร หลักการนี้จึงทำหน้าที่เป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารให้อยู่ภายใต้ความเป็นธรรม ความโปร่งใส และการตรวจสอบได้อย่างมีประสิทธิภาพ

หลักความคาดหวังอันชอบธรรม ในอินเดียมีทั้งมิติด้านกระบวนการ และมิติด้านเนื้อหา ในด้านกระบวนการ ศาลสูงสุดอินเดียได้กำหนดว่า เมื่อหน่วยงานของรัฐได้สร้างความคาดหวังอันชอบธรรมแก่ประชาชน ไม่ว่าจะโดยคำมั่นสัญญาหรือแนวปฏิบัติที่สม่ำเสมอ รัฐมีพันธะต้องเปิดโอกาสให้ผู้ได้รับผลกระทบมีสิทธิแสดงความคิดเห็นก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือแนวปฏิบัตินั้น หลักการนี้ได้รับการยืนยันอย่างชัดเจนในคดี *Scheduled Caste and Weaker Section Welfare Association v. State of Karnataka* (1991) ซึ่งศาลตัดสินว่าการเพิกถอนประกาศของรัฐที่ได้สร้างความคาดหวังโดยไม่ให้ออกาสประชาชนได้แสดงความคิดเห็น เป็นการละเมิดความคาดหวังอันชอบธรรมและขัดต่อหลักความเป็นธรรมทางปกครอง และในด้านเนื้อหา หลักการนี้ปรากฏในคดี *Navjyoti Co-operative Group Housing Society v. Union of India* (1992) ซึ่งศาลชี้ว่าความคาดหวังที่เกิดจากแนวปฏิบัติที่สม่ำเสมอและต่อเนื่องมีสถานะพิเศษที่รัฐต้องเคารพ เว้นแต่จะมีเหตุผลเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริงรองรับการเปลี่ยนแปลงนโยบาย นอกจากนี้ ศาลยังย้ำว่าแม้ความคาดหวังดังกล่าวจะไม่ถึงขั้นเป็นสิทธิที่บังคับได้โดยตรง แต่ก็เพียงพอที่จะก่อให้เกิด “สิทธิในการได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม” จากหน่วยงานของรัฐ

การพัฒนาหลักความคาดหวังอันชอบธรรมในอินเดียมีเป้าหมายสำคัญเพื่อต่อสู้กับการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง หลักการนี้เน้นย้ำว่าหน่วยงานของรัฐจะต้องกระทำการด้วยความสม่ำเสมอความสามารถคาดการณ์ได้ และมีเหตุผลอันสมควร การเปลี่ยนแปลงนโยบายที่ขัดต่อความคาดหวังอัน

⁷³ De Ambrosis Vigna and Kijowski, “Legitimate Expectations and the Protection of Trust,” 39–55.

⁷⁴ Foram R. Patel and Rishin Patel, “The Doctrine of Legitimate Expectation: From Development in England to Indian Scenario,” *ILI Law Review*, Winter Issue (2021): 138–156.

ชอบธรรมโดยไม่มีเหตุผลรองรับ ย่อมถูกศาลตรวจสอบในฐานะการกระทำที่ขัดต่อหลักการห้ามใช้อำนาจโดยพลการและหลักธรรมาภิบาล นอกจากนี้ ศาลอินเดียได้วางหลักว่าหน่วยงานของรัฐอาจเปลี่ยนแปลงนโยบายได้หากมีเหตุผลทางประโยชน์สาธารณะรองรับอย่างแท้จริง และการเปลี่ยนแปลงนั้นต้องผ่านการพิจารณาอย่างรอบคอบถึงผลกระทบที่มีต่อผู้ที่ได้รับความคาดหวังอันชอบธรรม แนวทางนี้สะท้อนถึงการผสมผสานหลักความคาดหวังอันชอบธรรมเข้ากับโครงสร้างของธรรมาภิบาลในระบอบประชาธิปไตยที่เน้นการบริหารราชการโดยยึดหลักนิติธรรม หลักความเสมอภาค หลักความโปร่งใส และการเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างแท้จริง โดยสรุป ในบริบทของอินเดีย หลักความคาดหวังอันชอบธรรม มีได้มีบทบาทจำกัดเพียงการคุ้มครองกระบวนการเท่านั้น แต่ยังเป็นกลไกสำคัญในการปกป้องประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ และส่งเสริมการบริหารงานสาธารณะที่ตั้งอยู่บนความเป็นธรรมและหลักธรรมาภิบาลอันเป็นหัวใจของระบอบประชาธิปไตย

4.7 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส: ความไว้วางใจในฝ่ายปกครองในฐานะรากฐานของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม

ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ความไว้วางใจ (la confiance) ระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการดำรงอยู่ของระบอบการปกครองโดยกฎหมาย Gérando นักวิชาการชาวฝรั่งเศสได้เน้นย้ำถึงความจำเป็นของความไว้วางใจระหว่างฝ่ายปกครองและประชาชนว่าเป็นแก่นกลางของระบบกฎหมายที่ยุติธรรมและมีเสถียรภาพ การศึกษาในปัจจุบันได้ยืนยันต่อว่า “ฝ่ายปกครองมีชีวิตอยู่ได้ด้วยความไว้วางใจเท่านั้น” ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนมิได้ตั้งอยู่เพียงบนพื้นฐานของอำนาจหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น หากแต่ต้องอาศัยความเชื่อมั่นในความสม่ำเสมอ ความโปร่งใส และความน่าไว้วางใจของการกระทำทางปกครองอย่างต่อเนื่อง การธำรงรักษาความไว้วางใจนี้ มิใช่เพียงแต่การปฏิบัติตามกฎหมายในเชิงเทคนิคเท่านั้น แต่ยังคงอาศัยการเสริมสร้างภาพลักษณ์ของความเป็นกลาง และความมีวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองในสายตาของประชาชนด้วย กล่าวคือ ความไว้วางใจไม่ได้เกิดจากการกระทำที่ความเป็นกลางจริงเท่านั้น แต่ยังเกิดจากภาพที่ฝ่ายปกครองสะท้อนออกไปสู่สังคมด้วย โดยมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ

ประการแรก ลักษณะสำคัญของหลักการนี้ คือ การคุ้มครองความมั่นคงของสถานะทางกฎหมาย ความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายถือเป็นแก่นกลางของรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าบุคคลต้องสามารถพึ่งพาสถานะทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการกระทำทางปกครองได้ โดยไม่ต้องหวาดเกรงว่ารัฐจะกลับคำหรือเปลี่ยนแปลงสถานะนั้นโดยพลการ หากประชาชนได้ปฏิบัติหรือดำเนินชีวิตภายใต้สถานะดังกล่าวโดยสุจริต กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าความมั่นคงนี้สมควรได้รับการคุ้มครองอย่างเข้มแข็ง เว้นแต่มีเหตุผลสาธารณะที่มีน้ำหนักเพียงพอจะลบล้างได้

ประการที่สอง หลักการนี้ยังเน้นถึงความเชื่อมั่นในความต่อเนื่องของพฤติกรรมฝ่ายปกครอง ในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้แสดงพฤติกรรม อาทิ คำมั่น การอนุญาต หรือพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความคาดหวังโดยสุจริตในหมู่ประชาชน รัฐมีพันธะต้องรักษาความสม่ำเสมอของพฤติกรรมเหล่านั้น หรืออย่างน้อยต้องเคารพต่อความเชื่อที่ได้ก่อขึ้น การเปลี่ยนแปลงอย่างกะทันหันหรือเพิกถอนโดยไม่แจ้งเตือนและไม่ให้ออกาสประชาชนในการปรับตัว ย่อมถือเป็นการละเมิดหลักความคาดหวังอันชอบธรรมที่ได้รับการคุ้มครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ประการที่สาม คือ การปกป้องความชอบธรรมในการกระทำทางปกครองที่ประชาชนได้เชื่อถือ และดำเนินการไปตามนั้น เมื่อการกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะโดยทางการตัดสินใจ การสื่อสารอย่างเป็นทางการ หรือโดยพฤติกรรมที่สื่อเป็นนัย ได้ก่อให้เกิดการกระทำหรือลงทุนทรัพยากรโดยประชาชน ตามความเชื่อมั่นนั้น ความชอบธรรมของการกระทำทางปกครองนั้นจำเป็นต้องได้รับการเคารพ ประชาชนมีสิทธิคาดหวังได้อย่างชอบธรรมว่ารัฐจะไม่เพิกถอนผลของการกระทำเหล่านั้นอย่างไรเหตุผล หลักนี้จึงเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย และหลักความไม่เลือกปฏิบัติในกระบวนการทางปกครอง

นอกจากนี้ ลักษณะเฉพาะของหลักความคาดหวังอันชอบธรรมในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ยังเน้นว่า ความไว้วางใจของประชาชนมีความสำคัญเท่าเทียมกับความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการทางปกครอง กล่าวคือ แม้รัฐจะมีหน้าที่ต้องรักษาความชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ต้องชั่งน้ำหนักกับพันธะในการคุ้มครองความไว้วางใจที่ได้สร้างขึ้นโดยพฤติกรรมของตนเอง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิหรือประโยชน์แก่ประชาชนจึงไม่สามารถกระทำได้อย่างเสรี หากไม่มีเหตุอันสมควรที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายและสอดคล้องกับหลักประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง⁷⁵

พื้นฐานของความไว้วางใจที่กล่าวมาข้างต้น เป็นรากฐานสำคัญที่นำไปสู่การพัฒนาหลักความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เมื่อฝ่ายปกครองได้กระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดความคาดหวังโดยสุจริตในหมู่ประชาชน เช่น การให้สิทธิ การออกใบอนุญาต หรือการสื่อสารนโยบายอย่างแน่ชัด ฝ่ายปกครองย่อมมีพันธะผูกพันที่จะต้องเคารพต่อความคาดหวังดังกล่าว การเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนสิทธิหรือประโยชน์ที่ประชาชนได้รับจากความเชื่อถือเหล่านี้ โดยปราศจากเหตุอันสมควรหรือปราศจากการเยียวยาที่เหมาะสม อาจถือเป็นการละเมิดความไว้วางใจที่ได้รับการคุ้มครอง ดังนั้น หลักความไว้วางใจจึงมิได้มีเพียงมิติทางสังคมวิทยา แต่ได้หลอมรวมเข้าสู่โครงสร้างของกฎหมายปกครองสมัยใหม่ในฐานะกลไกหนึ่งของการจำกัดอำนาจฝ่ายปกครอง เพื่อปกป้องเสถียรภาพของสถานะทางกฎหมายของประชาชน กล่าวโดยสรุป หลักความไว้วางใจระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนจึงถือเป็นรากฐานสำคัญของแนวคิดเรื่องความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และเป็นหลักประกันที่เชื่อมโยงความยุติธรรมเชิงกระบวนการ เข้ากับความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายอย่างลึกซึ้ง

⁷⁵ Louis de Fourmoux, "Le principe d'impartialité de l'Administration" (PhD dissertation, Université de Strasbourg, 2017), 126-128.

5. ปัญหาเชิงทฤษฎีและข้อถกเถียง

5.1 ความไม่เป็นระบบของแนวปฏิบัติ

แม้ว่าหลักความคาดหวังอันชอบธรรมจะได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในระบบกฎหมายมหาชนของหลายประเทศ และมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในกระบวนการทางปกครอง โดยเฉพาะในการควบคุมดุลอำนาจของฝ่ายบริหารให้ต้องปฏิบัติตามต่อประชาชนอย่างเป็นธรรม แต่หลักการดังกล่าวกลับยังขาดความเป็นระบบทั้งในเชิงโครงสร้างและแนวคิด ซึ่งส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนในการตีความและบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

Varuhas ได้วิเคราะห์ไว้อย่างลุ่มลึกว่า หลักความคาดหวังอันชอบธรรมในปัจจุบันยังคงมีลักษณะ “กระจัดกระจาย” ทั้งในด้านแนวคำพิพากษาและโครงสร้างทางแนวคิดที่ใช้รองรับแนวปฏิบัติของศาล เขาชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างในหลายมิติ เช่น วิธีการที่ถือว่าความคาดหวังได้เกิดขึ้นโดยชอบ มาตรฐานในการให้ความคุ้มครอง และระดับของการแทรกแซงโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งล้วนสะท้อนถึงความไม่สม่ำเสมอและไม่มีแนวปฏิบัติกลางที่ชัดเจนในทางกฎหมาย ผลที่ตามมาคือ ศาลต่าง ๆ ตีความและนำหลักการนี้ไปใช้ในรูปแบบที่หลากหลายโดยไม่มีกรอบแนวคิดร่วมกันที่สามารถยึดถือได้อย่างเป็นระบบ⁷⁶ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว Varuhas จึงเสนอให้มีการจัดหมวดหมู่และวิเคราะห์ “หลักการย่อย” ที่ศาลต่าง ๆ ใช้ภายใต้กรอบของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแยกแยะกรณีที่สามารถได้รับการคุ้มครองในเชิงกระบวนการออกจากกรณีที่สามารถขยายไปสู่การรับรองสิทธิหรือผลประโยชน์ในเชิงเนื้อหาได้อย่างชอบด้วยกฎหมาย⁷⁷

นอกจากนี้ เขายังเสนอให้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ที่เป็นระบบในการประเมินว่าเมื่อใดการเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐจะสามารถกระทบต่อความคาดหวังได้โดยชอบ เช่น การกำหนดระดับของคำมั่นที่รัฐต้องแสดง หรือความต่อเนื่องของแนวทางปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความคาดหวังที่ชอบด้วยเหตุผล⁷⁸ โดยสรุป ความพยายามของ Varuhas สะท้อนให้เห็นถึงความจำเป็นในการ “สร้างระบบ” ของแนวปฏิบัติในเรื่องหลักความคาดหวังอันชอบธรรม ทั้งในระดับแนวคิดและแนวทางการพิจารณาของศาล เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของประชาชนมีความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายและสอดคล้องกับหลักนิติธรรมอย่างแท้จริง⁷⁹

⁷⁶ Varuhas, “In Search of a Doctrine,” 18-19.

⁷⁷ Ibid., 31-33.

⁷⁸ Ibid., 20-23.; Varuhas วิเคราะห์คดีเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงนโยบายทั่วไปอย่างละเอียด และเสนอว่าคดีประเภทนี้มีถูกนำมาวิเคราะห์ภายใต้หลักความคาดหวังอันชอบธรรมโดยไม่เหมาะสม

⁷⁹ Varuhas, “In Search of a Doctrine,” 32-33.; สาระสำคัญของข้อเสนอเรื่องการทดสอบหกขั้นตอนที่ควรนำมาใช้ในคดีแม่แบบ (Paradigm Case) ของความคาดหวังอันชอบธรรม

5.2 การจำกัดหลักความคาดหวังอันชอบธรรมด้วยหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าหลักความคาดหวังอันชอบธรรมจะมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในกระบวนการทางปกครอง แต่ก็มีข้อจำกัดที่สำคัญในเชิงโครงสร้างทางรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคาดหวังอันชอบธรรมกับอำนาจนิติบัญญัติของรัฐ แนวทางในกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายจารีตประเพณีได้วางหลักว่า หลักความคาดหวังอันชอบธรรมสามารถทำหน้าที่ควบคุมหรือจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานราชการเท่านั้น แต่ไม่สามารถใช้เป็นกลไกจำกัดอำนาจนิติบัญญัติของรัฐ ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุด ศาลได้เห็นว่า แม้การให้คำมั่นสัญญาโดยฝ่ายบริหารอาจก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมในระดับกระบวนการบริหาร แต่การเปลี่ยนแปลงโดยการตรากฎหมายหรือการแก้ไขนโยบายผ่านกระบวนการนิติบัญญัติที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสถานะเหนือกว่าหลักความคาดหวังอันชอบธรรมที่ประชาชนมีอยู่⁸⁰

ดังที่ Matthew Groves และ Greg Weeks วิเคราะห์ไว้ว่า หลักความคาดหวังอันชอบธรรมไม่อาจใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจนิติบัญญัติที่ดำเนินการโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ อีกทั้งผลของหลักการนี้ยังจำกัดอยู่เพียงการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานทางปกครองเท่านั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติคุ้มครองหลักความคาดหวังอันชอบธรรมไว้เป็นการเฉพาะ จึงมีข้อสังเกตว่าการละเมิดหลักความคาดหวังอันชอบธรรมเพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอสำหรับการโต้แย้งว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบด้วยกระบวนการนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญได้⁸¹ ในทำนองเดียวกัน ในคำพิพากษา R v. Secretary of State for Education and Employment, ex parte Begbie [2000] 1 W.L.R. 1115 ศาลได้ยืนยันว่าความคาดหวังที่ประชาชนมีจากการดำเนินการของรัฐก่อนหน้านั้น ไม่สามารถใช้เป็นเหตุในการขัดขวางนโยบายใหม่ที่ได้รับอนุมัติจากรัฐสภาได้ เพราะจะเป็นการขัดกับหลักการความเป็นสูงสุดของสภานิติบัญญัติ⁸² ด้วยเหตุนี้ ขอบเขตของหลักความคาดหวังอันชอบธรรมจึงถูกจำกัดให้อยู่ภายในขอบเขตของกระบวนการบริหารเท่านั้น โดยไม่อาจใช้เพื่อคุ้มครองหรือหยุดยั้งการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ แนวทางดังกล่าวมีเป้าหมายเพื่อรักษาสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนกับการธำรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐในระบบประชาธิปไตย

5.3 ความสัมพันธ์กับหลักการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบและหลักความมีเหตุผลของการใช้อำนาจ

แนวคิดเรื่องความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายปกครองอังกฤษมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบ และหลักความมีเหตุผลของการใช้อำนาจ ซึ่งเป็นหัวใจของการทบทวนการใช้อำนาจของรัฐโดยศาล หลักการนี้ได้รับการพัฒนาขึ้นโดยมุ่งเน้นว่า การไม่ปฏิบัติตามคำรับรองหรือการเปลี่ยนนโยบายอย่างไม่ชอบ ย่อมถือเป็นการใช้อำนาจในทางที่ผิด ซึ่งศาลสามารถเข้า

⁸⁰ Matthew Groves and Greg Weeks, *Legitimate Expectations in the Common Law World* (Oxford: Hart, 2017), 9.

⁸¹ *Ibid.*, 9.

⁸² *R v. Secretary of State for Education and Employment, ex parte Begbie* [2000] 1 W.L.R. 1115.

แทรกแซงได้ ความสัมพันธ์ดังกล่าวได้รับการตอกย้ำในคดี *R v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Preston* ซึ่งสภาขุนนางชี้ว่า หากกรมสรรพากรผิดสัญญาที่ให้ไว้กับประชาชน การกระทำนั้นอาจถือได้ว่าเป็น “การใช้อำนาจโดยมิชอบ”⁸³

ต่อมา แนวคิดนี้ได้รับการขยายความในคดี *R v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* ซึ่งศาลระบุว่า การละเมิดความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายจะถือว่าเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อการผิดคำรับรองนั้น “ไม่เป็นธรรมจนถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ”⁸⁴ แนวทางนี้ได้ผสมหลักความเป็นธรรม และการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบ เข้าไว้ด้วยกันในฐานะเกณฑ์การวินิจฉัยร่วม อย่างไรก็ตาม การควบคุมการใช้อำนาจทางปกครองโดยอาศัยหลักการทั่วไป เช่น หลักการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือหลักความไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรง แม้จะสะท้อนเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างเหมาะสม แต่กลับมีข้อจำกัดในการประยุกต์ใช้ในทางปฏิบัติ ดังที่ Laws LJ ได้ตั้งข้อสังเกตว่า หลักการดังกล่าวมีลักษณะนามธรรมและขาดความเฉพาะเจาะจง ส่งผลให้การพิจารณาคดีในแต่ละกรณีขาดแนวทางที่แน่นอนและสม่ำเสมอ โดยการตัดสินใจมักกลายเป็นการใช้ดุลยพินิจส่วนบุคคลของผู้พิพากษามากกว่าการอาศัยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจนและคาดการณ์ได้ ข้อจำกัดนี้สะท้อนให้เห็นถึงความจำเป็นในการพัฒนาหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะและเป็นระบบมากขึ้น เพื่อเสริมสร้างประสิทธิภาพและความเป็นธรรมในการควบคุมอำนาจของฝ่ายปกครอง⁸⁵

นอกจากนี้ ความสัมพันธ์กับหลักความมีเหตุผลของการใช้อำนาจยังปรากฏเด่นชัดในคดี *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hargreaves* ซึ่งศาลเน้นย้ำว่า หากไม่มีการให้คำรับรองที่ชัดเจนและไม่คลุมเครือ ผู้ร้องย่อมไม่สามารถอ้างความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายได้ และการพิจารณาว่าจะอนุญาตให้ยกเว้นจากนโยบายใหม่หรือไม่นั้น ต้องตัดสินตามมาตรฐานแบบ *Wednesbury Unreasonableness* ที่เข้มงวด⁸⁶ ในภาพรวม แม้หลักการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบ และหลักความมีเหตุผลของการใช้อำนาจ จะยังคงเป็นแกนกลางของการอธิบายและบังคับใช้หลักความคาดหวังอันชอบธรรม แต่มีข้อวิจารณ์ตรงกันว่า หลักการเหล่านี้ยังคงอยู่ในระดับนามธรรมสูงเกินไป ไม่สามารถให้แนวทางที่ชัดเจนสำหรับการวินิจฉัยกรณีเฉพาะได้โดยลำพัง นักวิชาการจึงเสนอให้มีการเสริมสร้างหลักการเฉพาะ เช่น การปกป้องความไว้วางใจที่ประชาชนมีต่อเจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อเพิ่มความชัดเจนและจำกัดขอบเขตการใช้หลักความคาดหวังอันชอบธรรมอย่างเหมาะสม⁸⁷

⁸³ Reynolds, “Legitimate Expectations,” 2. อ้างถึงใน *R v. IRC ex parte Preston* [1985] AC 835.

⁸⁴ *Ibid.*, 2. อ้างถึงใน *R v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [2001] QB 231.

⁸⁵ Varuhas, “In Search of a Doctrine,” 18.

⁸⁶ *Ibid.*, 19. อ้างถึงใน *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hargreaves* [1997] 1 W.L.R. 906.

⁸⁷ Reynolds, “Legitimate Expectations,” 5.

6. สาระสำคัญของหลักความคาดหวังอันชอบธรรมจากคำพิพากษาในระบบกฎหมายไทย⁸⁸

6.1 การคุ้มครองเชิงเนื้อหาตามหลักความคาดหวังอันชอบธรรม

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.173/2547 เป็นกรณีศึกษาสำคัญที่สะท้อนการรับรองหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในระบบกฎหมายปกครองไทย โดยเฉพาะในมิติของการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมเชิงเนื้อหา อันเป็นการยืนยันถึงบทบาทของหลักการดังกล่าวในการธำรงเสถียรภาพทางกฎหมายและความเชื่อมั่นของประชาชนต่อการบริหารราชการแผ่นดิน

คดีดังกล่าวมีต้นเหตุจากการที่คณะกรรมการสอบคัดเลือกเพื่อรับทุนการศึกษาได้เปลี่ยนแปลงเกณฑ์การตัดสินจากที่กำหนดไว้เดิมในประกาศของมหาวิทยาลัย โดยลดเกณฑ์คะแนนสอบวิชาภาษาอังกฤษจากไม่ต่ำกว่าร้อยละ 60 เหลือไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 ทั้งที่ประกาศมหาวิทยาลัยเดิมซึ่งออกโดยอธิการบดีมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรองและมีผลผูกพันอย่างชัดเจน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้สมัครรายอื่น จึงร้องขอให้ศาลเพิกถอนประกาศผลการสอบคัดเลือก ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า การเปลี่ยนแปลงเกณฑ์การตัดสินดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากคณะกรรมการสอบคัดเลือกไม่มีอำนาจแก้ไขกฎเกณฑ์ที่ตราโดยอธิการบดี อันเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ผลแห่งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้จึงทำให้ประกาศผลการสอบคัดเลือกต้องถูกเพิกถอนตามหลักการแห่งความชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลได้ตระหนักถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ที่ได้รับทุนไปแล้ว โดยพิจารณาว่า ผู้รับทุนซึ่งได้ดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองโดยสุจริต เช่น การเดินทางไปศึกษาต่อหรือการปฏิบัติภาระคดีใช้ทุน กลุ่มบุคคลเหล่านี้ย่อมมีความคาดหวังอันชอบธรรมต่อความมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ดังนั้น ศาลจึงให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและฐานะทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการเชื่อถือโดยสุจริตดังกล่าว ภายใต้มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

การให้ความคุ้มครองในกรณีนี้จึงมิใช่เป็นเพียงการรับประกันสิทธิในกระบวนการตัดสินใจเท่านั้น หากแต่เป็นการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ที่เป็นรูปธรรม ซึ่งเกิดขึ้นจากการพึ่งพาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ศาลให้การรับรองสิทธิของผู้ที่ได้รับผลประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าคำสั่งทางปกครองต้นทางจะถูกวินิจฉัยภายหลังว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อลดผลกระทบเชิงลบต่อผู้รับคำสั่งที่กระทำไปโดยสุจริต และเพื่อธำรงเสถียรภาพทางกฎหมายและความไว้วางใจในรัฐ อันเป็นรากฐานสำคัญของการบริหารราชการแผ่นดินในระบอบประชาธิปไตยที่ยึดมั่นในหลักนิติธรรม คำพิพากษานี้จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อันละเอียดอ่อนระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายกับหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต กล่าวคือ ในขณะที่ศาลต้องยืนยันการบังคับใช้

⁸⁸ เนื่องจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พุทธศักราช 2539 และคำพิพากษาศาลปกครองของไทยได้มีการบัญญัติชื่อหลักความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectations) ไว้เป็นการเฉพาะ คือ หลักคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต ดังนั้น เนื้อหาในส่วนนี้จะได้ใช้ชื่อหลักการที่สอดคล้องกับกฎหมายและคำพิพากษาในระบบกฎหมายไทย

กฎหมายอย่างเคร่งครัดโดยเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ขณะเดียวกันก็ตระหนักถึงความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิที่ได้ถือกำเนิดขึ้นจากความเชื่อโดยสุจริตของประชาชน เพื่อป้องกันมิให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองกระทบต่อเสถียรภาพทางสังคมและความยุติธรรมในทางปฏิบัติ

6.2 หลักความคาดหวังอันชอบธรรมภายใต้กรอบประโยชน์สาธารณะ

ศาลปกครองขอนแก่นได้วินิจฉัยในคดีหมายเลขแดงที่ 243/2562 ซึ่งเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง โดยข้อพิพาทมีสาเหตุจากผู้ฟ้องคดี ซึ่งดำรงตำแหน่งปลัดองค์การบริหารส่วนตำบล ได้รับอนุมัติจากนายกองค์การบริหารส่วนตำบลให้เข้ารับการอบรมหลักสูตรกฎหมายปกครองและเบิกค่าใช้จ่ายในการอบรมตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ต่อมาสำนักตรวจเงินแผ่นดินจังหวัดกาฬสินธุ์ตรวจสอบและมีข้อเสนอแนะให้เรียกเงินคืนจากผู้ฟ้องคดี โดยอ้างว่าหลักสูตรดังกล่าวเป็นการเรียนการสอน ไม่ใช่การอบรมในความหมายของระเบียบฯ

ศาลปกครองขอนแก่นวินิจฉัยว่าคำสั่งเรียกเงินคืนจากผู้ฟ้องคดีเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลพิจารณาจากการที่ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุมัติอย่างถูกต้องตามขั้นตอนและได้ใช้จ่ายเงินค่าลงทะเบียนไปแล้วด้วยความสุจริต อีกทั้งในขณะที่ยังไม่มีการดำเนินการ ยังไม่มีข้อกำหนดหรือหนังสือสั่งการใดที่ห้ามเบิกค่าใช้จ่ายในการอบรมลักษณะดังกล่าว การเรียกเงินคืนจึงไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีซึ่งได้กระทำการโดยชอบตามความเชื่อโดยสุจริต คดีนี้สะท้อนให้เห็นถึงการปรับใช้หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตอย่างชัดเจน โดยศาลพิจารณารอบองค์ประกอบที่สำคัญประการแรกคือ ความสุจริตของผู้ฟ้องคดี กล่าวคือผู้ฟ้องคดีได้รับอนุมัติอย่างเป็นทางการให้ดำเนินการ และได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่ถูกต้องทุกประการ จึงไม่มีเหตุที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องสงสัยหรือทราบได้ว่าการดำเนินการดังกล่าวอาจมีปัญหาทางกฎหมาย อีกทั้งขณะดำเนินการก็ไม่มีข้อห้ามหรือหนังสือสั่งการใดจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการเบิกจ่ายดังกล่าว

องค์ประกอบสำคัญประการที่สองที่ศาลให้ความสำคัญคือ การกระทำตามความเชื่อโดยสุจริตของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีได้ใช้เงินค่าลงทะเบียนไปหมดแล้วในกระบวนการอบรม ทำให้ไม่สามารถย้อนกลับไปคืนเงินในสถานะเดิมได้อีก นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดียังมีเหตุผลอันสมควรที่จะเชื่อได้ว่าการเบิกค่าใช้จ่ายและการเข้ารับการอบรมนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย การที่ศาลคุ้มครองผู้ฟ้องคดีในกรณีนี้จึงเป็นการยืนยันการใช้หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต เพื่อป้องกันมิให้ผู้ปฏิบัติหน้าที่ต้องได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในภายหลัง และองค์ประกอบประการสุดท้ายที่ศาลได้วิเคราะห์คือ การรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของปัจเจกชน ศาลพิจารณาว่าการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้ฟ้องคดีไม่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ เพราะหลักสูตรอบรมที่ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมนั้นมีเป้าหมายชัดเจนในการพัฒนาความรู้และทักษะในการปฏิบัติงานให้กับบุคลากรภาครัฐ อันเป็นประโยชน์ต่อการให้บริการสาธารณะ ดังนั้น การวินิจฉัยของศาลในกรณีนี้จึงแสดงให้เห็นถึงบทบาทสำคัญของศาลปกครองในการยืนยันและส่งเสริมหลักธรรมาภิบาลในการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

6.3 หลักความคาดหวังอันชอบธรรมกับหลักนิติรัฐ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีหมายเลขคำที่ อ.433/2548 และหมายเลขแดงที่ อ.328/2551 เป็นตัวอย่างสำคัญที่สะท้อนการรับรองหลักความคาดหวังอันชอบธรรมในระบบกฎหมายปกครองไทย โดยศาลได้เน้นถึงการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่เชื่อถือโดยสุจริตในความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าคำสั่งนั้นจะถูกเพิกถอนในภายหลัง หลักการดังกล่าวถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐที่มุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายและความไว้วางใจของประชาชนต่อการดำเนินการของฝ่ายปกครอง ข้อเท็จจริงในคดีนี้แสดงให้เห็นว่าผู้ฟ้องคดีได้รับคำสั่งอนุญาตให้ออกจากราชการโดยชอบด้วยกฎหมาย และได้เชื่อโดยสุจริตว่าตนพ้นจากสถานะข้าราชการแล้วในวันที่ 1 เมษายน 2547 ผู้ฟ้องคดีจึงหยุดปฏิบัติหน้าที่ตามสภาพข้อเท็จจริงที่เขาเชื่อถือโดยสุจริต ต่อมา เมื่อหน่วยงานทางปกครองมีคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งลาออกและให้กลับเข้ารับราชการโดยมีผลย้อนหลัง ผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติตามคำสั่งทันทีโดยไม่มีการขัดขืน อย่างไรก็ตาม หน่วยงานทางปกครองกลับปฏิเสธการจ่ายเงินเดือนในช่วงระยะเวลาที่ผู้ฟ้องคดีหยุดปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตใจ ศาลปกครองสูงสุดจึงวินิจฉัยว่าการไม่จ่ายเงินเดือนดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี

คดีนี้สะท้อนองค์ประกอบสำคัญของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม คือ (1) การมีพฤติการณ์หรือคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรม (2) ความเชื่อโดยสุจริตของผู้ได้รับผลกระทบ และ (3) ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดความคาดหวังนั้น ผู้ฟ้องคดีได้รับคำสั่งอนุญาตให้ออกจากราชการอย่างเป็นทางการและไม่มีพฤติการณ์ที่แสดงว่ารู้หรือควรรู้ว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความไว้วางใจของผู้ฟ้องคดีจึงมีลักษณะเป็นความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งควรได้รับการคุ้มครอง นอกจากนี้ คดีนี้ยังแสดงให้เห็นแนวทางสำคัญในการวางสมดุลระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย แม้ว่าหน่วยงานทางปกครองจะมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดได้ แต่การเพิกถอนต้องคำนึงถึงสิทธิของบุคคลที่ได้เชื่อถือและดำเนินการไปโดยสุจริตภายใต้คำสั่งนั้น หลักความคาดหวังอันชอบธรรมทำหน้าที่จำกัดอำนาจฝ่ายปกครองไม่ให้เพิกถอนคำสั่งโดยปราศจากความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ประชาชน

หลักการที่ศาลใช้ในคดีนี้ยังสอดคล้องกับมาตรา 51 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดให้ผู้เชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองมีสิทธิได้รับความคุ้มครอง แม้ว่าจะมีการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวในภายหลัง การที่ศาลตัดสินให้หน่วยงานทางปกครองต้องชดเชยเงินเดือนย้อนหลังให้แก่ผู้ฟ้องคดี เป็นการตอกย้ำว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผลของคำสั่งที่ได้ก่อให้เกิดความเชื่อโดยสุจริตในหมู่ประชาชน อันเป็นการสนับสนุนหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง โดยสรุป คดีนี้เป็นแนววินิจฉัยสำคัญที่ยืนยันการยอมรับหลักความคาดหวังอันชอบธรรมในกฎหมายปกครองไทย โดยแสดงให้เห็นว่า สิทธิในการได้รับความคุ้มครองจากความเชื่อโดยสุจริตมิได้เป็นเพียงแนวคิดในทางทฤษฎี แต่มีผลบังคับใช้จริงในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน และในการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครอง เพื่อส่งเสริมความมั่นใจและความเป็นธรรมในการบริหารราชการแผ่นดินในสังคมประชาธิปไตยตามหลักนิติรัฐ

6.4 ข้อยกเว้นของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม: กรณีประมาทเลินเล่อร้ายแรง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.137/2547 นับเป็นกรณีศึกษาที่มีนัยสำคัญเกี่ยวกับการตีความและการประยุกต์ใช้หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตภายใต้กฎหมายปกครองไทย โดยเป็นกรณีพิพาทระหว่างข้าราชการผู้ฟ้องคดีกับหน่วยงานต้นสังกัดเกี่ยวกับการเบิกค่าเช่าบ้าน ผู้ฟ้องคดีได้ซื้อบ้านในท้องที่อื่นซึ่งมีเช่าที่ที่ตั้งของหน่วยงานที่ได้รับคำสั่งให้ปฏิบัติราชการประจำ และได้นำหลักฐานการผ่อนชำระเงินกู้ดังกล่าวมาใช้เบิกค่าเช่าบ้าน ทั้งยังอ้างมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบหลักการผ่อนคลायข้อจำกัดดังกล่าว

ศาลได้วินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 มาตรา 16 และมาตรา 4 ซึ่งกำหนดให้สิทธิในการเบิกค่าเช่าบ้านต้องเกี่ยวข้องกับที่พักอาศัยในท้องที่ที่ตั้งสำนักงานใหม่หรือในท้องที่ที่กระทรวงการคลังกำหนดให้เป็นท้องที่เดียวกัน ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าไม่มีประกาศกระทรวงการคลังให้รวมอำเภอสารภีและอำเภอเมืองเชียงใหม่เป็นท้องที่เดียวกัน อีกทั้งมติคณะรัฐมนตรีที่ผู้ฟ้องคดีอ้างถึง เป็นเพียงการกำหนดนโยบายที่ไม่มีผลเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงไม่อาจนำมาใช้เพื่อยกเว้นเงื่อนไขที่กำหนดในกฎหมายได้ อนึ่ง ศาลได้วินิจฉัยเพิ่มเติมว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการระดับสูงและเป็นผู้ที่มีอำนาจอนุมัติให้มีการจ่ายเงินค่าเช่าบ้านได้ ผู้ฟ้องคดีย่อมต้องทราบถึงพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 การยื่นคำร้องขอรับค่าเช่าบ้านของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามบทบัญญัติมาตรา 51 วรรคสาม (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีผลให้ผู้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองไม่สามารถอาศัยความคุ้มครองจากหลักความเชื่อโดยสุจริตได้ กล่าวคือ แม้โดยหลักทั่วไปการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์จำเป็นต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์และประโยชน์สาธารณะประกอบกัน ทว่าหากปรากฏว่าผู้ได้รับประโยชน์รู้หรือควรรู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่ง หรือกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ก็ย่อมต้องยกเว้นไม่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าว

คำพิพากษายังได้วางแนวทางจำกัดขอบเขตการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในกรณีที่มีการกระทำอันขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้งหรือมีความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ตลอดจนยืนยันหลักการที่ว่ามติคณะรัฐมนตรีไม่อาจนำมาใช้แทนที่กฎหมายได้โดยตรง รวมทั้งได้ยืนยันถึงความสัมพันธ์เชิงลำดับระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในกฎหมายปกครองไทย กล่าวคือ ในกรณีที่หลักทั้งสองเกิดความขัดแย้งกัน หลักความชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสถานะเหนือกว่าโดยสรุป คำพิพากษานี้สะท้อนให้เห็นถึงความเคร่งครัดในการปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะในเรื่องการเงินการคลังของรัฐ ซึ่งมีความสำคัญต่อการบริหารงบประมาณแผ่นดินอย่างมีประสิทธิภาพ โปร่งใส และเป็นธรรม อีกทั้งยังเน้นย้ำถึงบทบาทของหลักความชอบด้วยกฎหมายในฐานะรากฐานสำคัญของการดำเนินงานของหน่วยงานภาครัฐ และการใช้ดุลยพินิจอย่างมีขอบเขตภายใต้กฎหมาย

6.5 ข้อยกเว้นของหลักความคาดหวังอันชอบธรรม: กรณีการปกปิดข้อเท็จจริง

คำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมาในคดีหมายเลขแดงที่ 957/2560 และคำพิพากษาศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขแดงที่ 1595/2549 สะท้อนถึงแนวทางการตีความหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต อย่างมีแบบแผนและรัดกุมในกฎหมายปกครองไทย ทั้งสองคดีเกี่ยวข้องกับกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองโดยการปกปิดข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญ ส่งผลให้เกิดข้อยกเว้นต่อการได้รับความคุ้มครองตามหลักความเชื่อโดยสุจริต ศาลได้เน้นย้ำว่าความสุจริตต้องดำรงอยู่ตั้งแต่วันที่ผู้รับประโยชน์มีส่วนเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสิทธิ มิใช่อาศัยความเข้าใจภายหลังเป็นเกณฑ์วัด กล่าวคือ ในคดีศาลปกครองนครราชสีมา ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นอดีตทหารเรือ ปกปิดการเป็นผู้รับเบี้ยหวัดขณะสมัครเข้ารับราชการใหม่ ทำให้ได้รับเงินบำนาญซ้ำซ้อนอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลวินิจฉัยว่าแม้ผู้ฟ้องคดีจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตในระหว่างการรับเงิน แต่การปกปิดข้อเท็จจริงสำคัญแต่ต้นทำให้ไม่อาจอาศัยหลักความเชื่อโดยสุจริตเป็นข้ออ้างได้ ขณะที่ในคดีศาลปกครองกลาง ผู้ฟ้องคดีปกปิดการกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงเพื่อให้ได้รับการลาออกและรับบำนาญโดยมิชอบ ศาลเห็นว่าพฤติการณ์ดังกล่าวตัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีในการได้รับความคุ้มครองจากหลักความเชื่อโดยสุจริตเช่นกัน ทั้งสองคดีจึงมีลักษณะร่วมที่สำคัญคือการเน้นพิจารณา “พฤติการณ์ตั้งต้น” ของผู้รับประโยชน์ในการประเมินความสุจริต

ศาลยังได้วางแนวทางสำคัญเกี่ยวกับข้อยกเว้นของหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตอย่างชัดเจน โดยวินิจฉัยว่ากรณีที่ผู้รับประโยชน์ได้ปกปิดข้อเท็จจริงหรือให้ข้อมูลอันเป็นเท็จซึ่งมีสาระสำคัญต่อการออกคำสั่งทางปกครอง ผู้รับประโยชน์จะไม่สามารถอ้างความเชื่อโดยสุจริตได้ แม้ว่าจะได้รับประโยชน์เป็นเวลานานก็ตาม หลักการนี้มีนัยสำคัญในการสนับสนุนหลักธรรมาภิบาลและการบริหารราชการแผ่นดินอย่างสุจริตโปร่งใส ศาลยังเน้นว่า การพิจารณาความสุจริตต้องกระทำอย่างเข้มงวดในบริบทที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางการเงินหรือสิทธิประโยชน์ที่มีผลกระทบต่อเงินแผ่นดินและความเชื่อมั่นของประชาชนในระบบราชการ อีกประการหนึ่งที่ศาลทั้งสองได้เน้นย้ำ คือ การชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของปัจเจกชนกับประโยชน์สาธารณะ ในกรณีที่มีการกระทำทุจริตหรือปกปิดข้อเท็จจริง ศาลเห็นว่าประโยชน์สาธารณะในการรักษาความสุจริต ความโปร่งใส และความถูกต้องในการบริหารราชการแผ่นดินย่อมมีน้ำหนักเหนือกว่าการคุ้มครองสิทธิของผู้ได้รับประโยชน์มาโดยมิชอบ แนวทางนี้ไม่เพียงแต่ปกป้องผลประโยชน์ของรัฐเท่านั้น แต่ยังมีเป้าหมายในการเสริมสร้างวัฒนธรรมความรับผิดชอบและธรรมาภิบาลภายในหน่วยงานราชการอีกด้วย

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

7.1 บทสรุปเชิงเปรียบเทียบสาระสำคัญของหลักความคาดหวังอันชอบธรรมในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ

หลักความคาดหวังอันชอบธรรม ได้รับการพัฒนาแตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย ทั้งในแง่ขอบเขต ระดับการคุ้มครอง และความสัมพันธ์กับหลักการพื้นฐานอื่น ๆ การวิเคราะห์เปรียบเทียบชี้ให้เห็นถึงประเด็นร่วมและความแตกต่างที่มีนัยสำคัญทางวิชาการหลายประการ ดังนี้

(1) ความแตกต่างด้านพื้นฐานทางนิติปรัชญาเป็นตัวกำหนดขอบเขตการคุ้มครอง ประเทศที่ยึดถือแนวคิดนิติรัฐอย่างเยอรมนีและโปแลนด์ ให้ความสำคัญคุ้มครองอย่างเข้มแข็งทั้งในเชิงกระบวนการและเชิงเนื้อหา โดยให้ความสำคัญกับความไว้วางใจของประชาชนในฐานะรากฐานของหลักนิติรัฐ ขณะที่ประเทศที่ให้ความสำคัญกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัด เช่น ออสเตรเลียและแคนาดา จะจำกัดการคุ้มครองไว้เฉพาะในเชิงกระบวนการ เพื่อไม่ให้ศาลก้าวล่วงอำนาจในการกำหนดนโยบายของฝ่ายบริหาร ส่วนอังกฤษและอินเดียอยู่ในสถานะกึ่งกลาง ที่ยอมรับการคุ้มครองเชิงเนื้อหาแต่ด้วยเงื่อนไขที่เข้มงวดกว่า

(2) แม้ระบบกฎหมายส่วนใหญ่จะยอมรับการคุ้มครองเชิงกระบวนการ แต่มีความแตกต่างในรายละเอียดของการบังคับใช้ ทุกประเทศยอมรับสิทธิในการได้รับการรับฟัง และสิทธิในการได้รับการแจ้งล่วงหน้า แต่ขอบเขตและเงื่อนไขในการใช้สิทธิแตกต่างกัน เช่น อังกฤษพัฒนาหลักการนี้ผ่านหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ขณะที่แคนาดาใช้หลักหน้าที่แห่งความเป็นธรรมที่มีความยืดหยุ่นมากกว่า ส่วนประเทศไทยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 มาตรา 51 และมาตรา 52 ซึ่งให้สิทธิแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองในการได้รับแจ้งเหตุและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนการเพิกถอนคำสั่ง

(3) มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญในประเด็นการคุ้มครองเชิงเนื้อหา เยอรมนีเป็นประเทศที่ให้ความคุ้มครองเชิงเนื้อหาเข้มแข็งที่สุด โดยศาลมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามความคาดหวังอันชอบธรรมได้ แม้การให้คำมั่นของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่ออสเตรเลียปฏิเสธการคุ้มครองเชิงเนื้อหาอย่างสิ้นเชิง ส่วนอังกฤษมีการพัฒนาการคุ้มครองเชิงเนื้อหาในคดีสำคัญอย่าง GCHQ (1985) และ Coughlan (2001) แต่ต้องผ่านการทดสอบ “ความไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรง” ส่วนประเทศไทยมีการยอมรับการคุ้มครองเชิงเนื้อหาในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดบางคดี แต่การตีความและการปรับใช้ยังไม่สม่ำเสมอ

(4) ประเด็นข้อยกเว้นของหลักการมีความคล้ายคลึงกันในหลายระบบกฎหมาย โดยเฉพาะการยอมรับว่าประโยชน์สาธารณะที่มีน้ำหนักเหนือกว่า สามารถยกเว้นการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมได้ อย่างไรก็ตาม มีความแตกต่างในแง่ของภาระการพิสูจน์และมาตรฐานการทดสอบ โดยในระบบเยอรมนีและโปแลนด์ การอ้างประโยชน์สาธารณะต้องผ่านการทดสอบตามหลักความได้สัดส่วนอย่างเข้มงวด ซึ่งประกอบด้วย การทดสอบความเหมาะสม ความจำเป็น และความได้สัดส่วนในความหมาย

อย่างแคบ ในขณะที่ระบบอังกฤษและอินเดียใช้การทดสอบ “ความไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรง” ซึ่งให้น้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะมากกว่า ส่วนระบบออสเตรเลียและแคนาดาให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความคาดหวังส่วนบุคคลค่อนข้างมาก การทดสอบที่แตกต่างกันนี้ส่งผลโดยตรงต่อระดับการคุ้มครองที่ประชาชนจะได้รับ นอกจากนี้ ระบบกฎหมายส่วนใหญ่มีข้อยกเว้นในกรณีของการได้รับคำมั่นโดยการฉ้อฉลหรือแสดงข้อความอันเป็นเท็จด้วย

(5) รูปแบบการคุ้มครองทางกฎหมายมีความหลากหลาย บางประเทศพัฒนาผ่านระบบคำพิพากษา เช่น อังกฤษและออสเตรเลีย บางประเทศมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน เช่น เยอรมนีและไทย ส่วนบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ไม่ได้รับรองหลักการนี้โดยตรง แต่พัฒนาผ่านหลักการอื่น เช่น การคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมา และทฤษฎีข้าราชการตามความเป็นจริง ความแตกต่างด้านรูปแบบการคุ้มครองนี้สะท้อนถึงความแตกต่างในระบบกฎหมายและวัฒนธรรมทางกฎหมายของแต่ละประเทศ

(6) ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคาดหวังอันชอบธรรมกับหลักการอื่นในระบบกฎหมายมหาชนมีลักษณะแตกต่างกัน ในระบบเยอรมนีและโปแลนด์ หลักการนี้เชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย และหลักการคุ้มครองความไว้วางใจ ในขณะที่ระบบอังกฤษและอินเดียเน้นความสัมพันธ์กับหลักนิติธรรมและหลักการห้ามใช้อำนาจโดยพลการ ส่วนในระบบออสเตรเลียและแคนาดา หลักการนี้มีความเชื่อมโยงกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการแทรกแซงน้อยที่สุด ความสัมพันธ์ที่แตกต่างกันนี้ส่งผลต่อแนวทางการตีความและการปรับใช้หลักการในแต่ละประเทศ

(7) ความแตกต่างในการให้น้ำหนักระหว่างความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายกับความยืดหยุ่นในการบริหารจัดการ เป็นอีกปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่อขอบเขตการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม ระบบเยอรมนีให้น้ำหนักกับความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายมากกว่า จึงมีแนวโน้มที่จะให้ความคุ้มครองเชิงเนื้อหาที่เข้มแข็ง ในขณะที่ระบบออสเตรเลียให้ความสำคัญกับความยืดหยุ่นในการปรับเปลี่ยนนโยบายของฝ่ายบริหาร จึงจำกัดการคุ้มครองไว้เฉพาะในเชิงกระบวนการ การให้น้ำหนักที่แตกต่างกันนี้สะท้อนถึงความแตกต่างในค่านิยมทางการเมืองและวัฒนธรรมทางกฎหมายของแต่ละประเทศ

(8) ความแตกต่างในโครงสร้างของระบบศาลและขอบเขตการทบทวนการกระทำทางปกครองมีอิทธิพลอย่างมากต่อการปรับใช้หลักความคาดหวังอันชอบธรรม ประเทศที่มีระบบศาลปกครองแยกต่างหาก เช่น เยอรมนี ฝรั่งเศส โปแลนด์ และไทย มีแนวโน้มที่จะพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนเฉพาะรวมถึงหลักความคาดหวังอันชอบธรรม ที่แตกต่างจากหลักกฎหมายเอกชน ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบศาลเดียว เช่น อังกฤษและออสเตรเลีย มีแนวโน้มที่จะปรับใช้แนวคิดและหลักการจากกฎหมายเอกชนมาพัฒนาเป็นหลักกฎหมายมหาชน นอกจากนี้ ขอบเขตอำนาจในการทบทวนการกระทำทางปกครองยังส่งผลโดยตรงต่อระดับการคุ้มครองที่ศาลสามารถให้ได้ โดยเฉพาะการคุ้มครองเชิงเนื้อหา

(9) ลักษณะของคำมั่นหรือแนวปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมมีความแตกต่างกันในแต่ละระบบกฎหมาย บางประเทศ เช่น อังกฤษ ออสเตรเลีย และแคนาดา กำหนดให้คำมั่นหรือแนวปฏิบัติต้องมีความชัดเจน เฉพาะเจาะจง และมีลักษณะที่บุคคลทั่วไปสามารถเชื่อถือได้ ในขณะที่ระบบเยอรมนีมีความยืดหยุ่นมากกว่า โดยอาจพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมและความสุจริตของผู้รับคำมั่น ส่วนฝรั่งเศสพิจารณาจากแนวปฏิบัติที่สม่ำเสมอมากกว่าคำมั่นที่เป็นลายลักษณ์อักษร การกำหนดมาตรฐานของคำมั่นที่แตกต่างกันนี้ส่งผลต่อขอบเขตการคุ้มครองในทางปฏิบัติ

เมื่อพิจารณาในภาพรวม จะเห็นได้ว่าแม้หลักความคาดหวังอันชอบธรรมจะมีแก่นแท้ร่วมกันในการมุ่งคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชนต่อการกระทำของรัฐ แต่มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญในรายละเอียดและขอบเขตการคุ้มครอง สะท้อนถึงความแตกต่างในโครงสร้างรัฐธรรมนูญ แนวคิดนิติปรัชญา และวัฒนธรรมทางกฎหมายของแต่ละประเทศ สำหรับประเทศไทย การศึกษาเปรียบเทียบนี้อาจนำไปสู่การพัฒนาหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตให้มีความชัดเจนและสมดุลงมากขึ้น โดยเฉพาะในประเด็นการชั่งน้ำหนักระหว่างความคาดหวังของประชาชนกับประโยชน์สาธารณะ และการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองเชิงเนื้อหาที่เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย โดยมีรายละเอียดตามตารางที่ 1

ตารางที่ 1 การเปรียบเทียบหลักความคาดหวังอันชอบธรรม ในระบบกฎหมาย

ประเทศ	ชื่อหลักการในประเทศนั้น	การคุ้มครองเชิงกระบวนการ (Procedural)	การคุ้มครองเชิงเนื้อหา (Substantive)	ข้อยกเว้นของหลักการ	ความสัมพันธ์กับหลักการอื่น	ลักษณะเฉพาะ
เยอรมนี	Vertrauensschutz (หลักการคุ้มครองความไว้วางใจ)	<ul style="list-style-type: none"> - ให้ความคุ้มครองอย่างเข้มแข็ง - รับรองกระบวนการพิจารณาหรือปรึกษารัฐและมีส่วนร่วม - รับรองสิทธิในการอุทธรณ์การเปลี่ยนแปลงนโยบาย - ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการปกครอง 	<ul style="list-style-type: none"> - ให้ความคุ้มครองอย่างเข้มข้น แม้การให้คำมั่นของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะไม่ชอบด้วยกฎหมาย - คุ้มครองสถานะทางกฎหมายที่ก่อตั้งขึ้นแล้ว - ศาลมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามความคาดหวังอันชอบธรรมได้ - ให้ความสำคัญกับผลประโยชน์จากความเชื่อที่เกิดขึ้นจริง 	<ul style="list-style-type: none"> - ประโยชน์สาธารณะที่มีน้ำหนักเหนือกว่าอย่างชัดเจน - ต้องผ่านการประเมินตามหลักความได้สัดส่วนอย่างเข้มงวด - ประโยชน์สาธารณะต้องมีความจำเป็น และความเหมาะสม - กรณีที่มีการฉ้อฉลหรือใช้วิธีการไม่สุจริต 	<ul style="list-style-type: none"> - หลักนิติรัฐ - หลักความได้สัดส่วน - หลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย - หลักการไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมาย - หลักการคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมา 	<ul style="list-style-type: none"> - ถือเป็น “หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป” ที่มีผลผูกพันศาลและฝ่ายปกครองโดยตรง - ครอบคลุมไปถึงการควบคุมการออกกฎหมายที่มีผลย้อนหลัง - เน้นย้ำว่าความไว้วางใจของประชาชนต่อการกระทำของรัฐเป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ - มีระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รองรับอย่างชัดเจน

ประเทศ	ชื่อหลักการในประเทศนั้น	การคุ้มครองเชิงกระบวนการ (Procedural)	การคุ้มครองเชิงเนื้อหา (Substantive)	ข้อยกเว้นของหลักการ	ความสัมพันธ์กับหลักการอื่น	ลักษณะเฉพาะ
อังกฤษ	Legitimate Expectations	<ul style="list-style-type: none"> - ให้สิทธิในการได้รับการแจ้งล่วงหน้า - ให้สิทธิในการได้รับฟังความคิดเห็น - ปรากฏชัดในคดี Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs (1969) - ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ 	<ul style="list-style-type: none"> - พัฒนาในคดี GCHQ (1985) และ Coughlan (2001) - ต้องมีการถ่วงดุลกับประโยชน์สาธารณะ - มีการทดสอบความไม่เป็นธรรมอย่างร้ายแรงในการละเมิดความคาดหวัง - ศาลเข้มงวดกว่าการคุ้มครองเชิงกระบวนการ 	<ul style="list-style-type: none"> - ความจำเป็นด้านความมั่นคงแห่งชาติ - ประโยชน์สาธารณะที่มีน้ำหนักเหนือกว่า - การเปลี่ยนแปลงนโยบายโดยรัฐสภา - เมื่อค้ำประกันหรือแนวปฏิบัติไม่ชัดเจนเพียงพอ 	<ul style="list-style-type: none"> - หลักนิติธรรม - หลักความเป็นธรรม - หลักการห้ามใช้อำนาจโดยพลการ - หลักการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบ - หลักความมีเหตุผลของการใช้อำนาจ 	<ul style="list-style-type: none"> - มีความยืดหยุ่นในการปรับใช้ โดยเน้นถ่วงดุลระหว่างความคล่องตัวของฝ่ายบริหารกับการคุ้มครองความคาดหวัง - แยกความแตกต่างระหว่างความคาดหวังเชิงกระบวนการและเชิงเนื้อหาอย่างชัดเจน - มีการพัฒนาผ่านคำพิพากษาที่ต่อเนื่องและมีวิวัฒนาการอย่างเป็นระบบ
ออสเตรเลีย	Legitimate Expectations	<ul style="list-style-type: none"> - ให้ความคุ้มครองเฉพาะด้านกระบวนการ - บุคคลมีสิทธิในการได้รับฟังความคิดเห็น - มีสิทธิได้รับข้อมูลที่เพียงพอต่อการโต้แย้ง - ลูกวางหลักในคดี Teoh (1995) เกี่ยวกับการให้สัตยาบันสนธิสัญญาระหว่างประเทศ 	<ul style="list-style-type: none"> - ปฏิเสธการคุ้มครองเชิงเนื้อหาอย่างชัดเจน - ศาลออสเตรเลียไม่ยอมรับแนวคิดเรื่องความคาดหวังอันชอบธรรมเชิงเนื้อหา - ไม่บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามความคาดหวัง - ค้ำประกันไม่สามารถผูกพันการใช้ดุลพินิจในอนาคต 	<ul style="list-style-type: none"> - ข้อจำกัดเชิงโครงสร้างตามรัฐธรรมนูญ - หลักการแบ่งแยกอำนาจ (ศาลไม่ก้าวล่วงการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหาร) - ประโยชน์สาธารณะมีน้ำหนักเหนือกว่าความคาดหวังส่วนบุคคล - อำนาจทางกฎหมายของฝ่ายบริหารในการปรับเปลี่ยนนโยบาย 	<ul style="list-style-type: none"> - หลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล - หลักการแบ่งแยกอำนาจ - หลักข้อจำกัดเชิงโครงสร้างตามรัฐธรรมนูญ - หลักการแทรกแซงน้อยที่สุด 	<ul style="list-style-type: none"> - เน้นการควบคุมเฉพาะกระบวนการตัดสินใจ - ไม่ก้าวล่วงดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการกำหนดนโยบาย - ให้ความสำคัญกับการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัด - ศาลจำกัดบทบาทในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการเท่านั้น
แคนาดา	Legitimate Expectations	<ul style="list-style-type: none"> - ให้ความคุ้มครองในฐานะส่วนหนึ่งของหลักหน้าที่แห่งความเป็นธรรม - ขยายเนื้อหาของหน้าที่แห่งความเป็นธรรม - รับรองสิทธิในการรับฟังเมื่อมีค้ำประกันหรือแนวปฏิบัติที่ชัดเจน - วางหลักในคดี Baker v. Canada (1999) 	<ul style="list-style-type: none"> - ไม่ขยายไปถึงการรับรองผลประโยชน์ในเชิงเนื้อหา - ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในผลลัพธ์ตามที่คาดหวัง - ความคาดหวังเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งที่ต้องนำมาพิจารณา - ศาลไม่บังคับฝ่ายปกครองให้ปฏิบัติตามค้ำประกัน 	<ul style="list-style-type: none"> - เฉพาะกรณีที่มีค้ำประกันหรือแนวปฏิบัติที่ชัดเจนเพียงพอ - หากขัดกับประโยชน์สาธารณะที่สำคัญกว่า - กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีการเปลี่ยนกฎหมาย - ดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการปรับเปลี่ยนนโยบาย 	<ul style="list-style-type: none"> - หลักหน้าที่แห่งความเป็นธรรม - หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ - หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี - หลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน 	<ul style="list-style-type: none"> - มุ่งเน้นระบบการตัดสินใจที่โปร่งใส - เสริมสร้างความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง - เปิดโอกาสให้ผู้ได้รับผลกระทบมีส่วนร่วมอย่างเหมาะสม - ผสานเข้ากับแนวคิดหน้าที่แห่งความเป็นธรรมที่ยืดหยุ่นและปรับตัวได้

ประเทศ	ชื่อหลักการในประเทศนั้น	การคุ้มครองเชิงกระบวนการ (Procedural)	การคุ้มครองเชิงเนื้อหา (Substantive)	ข้อยกเว้นของหลักการ	ความสัมพันธ์กับหลักการอื่น	ลักษณะเฉพาะ
โปแลนด์	Oczekiwanie uzasadnione (ความคาดหวังที่สมเหตุสมผล)	<ul style="list-style-type: none"> - ให้ความคุ้มครองในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง - เน้นหลักความโปร่งใสตามมาตรา 8 ของประมวลวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง - รับรองสิทธิในการมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจ - ประชาชนมีสิทธิอุทธรณ์การตัดสินใจที่กระทบต่อความคาดหวัง 	<ul style="list-style-type: none"> - คุ้มครองเชิงเนื้อหาโดยเชื่อมโยงกับการคุ้มครองความไว้วางใจ - ปกป้องประชาชนจากการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายที่กระทันหัน - รับรองสถานะทางกฎหมายที่ได้ออกเกิดขึ้นแล้ว - ต้องถ่วงดุลกับความจำเป็นในการดำเนินนโยบายสาธารณะ 	<ul style="list-style-type: none"> - การละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง - มีเหตุผลสาธารณะที่มีน้ำหนักเหนือกว่า - ต้องผ่านการประเมินตามหลักความได้สัดส่วน - กรณีที่ผู้รับประโยชน์ได้ข้อมูลมาโดยไม่สุจริต 	<ul style="list-style-type: none"> - หลักการคุ้มครองความไว้วางใจ - หลักประชาธิปไตยที่เคารพหลักนิติธรรม ตามมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญ - หลักความได้สัดส่วน - หลักความมั่นคงกฎหมาย 	<ul style="list-style-type: none"> - บูรณาการกับหลักการคุ้มครองความไว้วางใจในฐานะองค์ประกอบพื้นฐานของหลักนิติธรรม - ได้รับอิทธิพลโดยตรงจากหลักการคุ้มครองความไว้วางใจของเยอรมนี - มีพื้นฐานในรัฐธรรมนูญและประมวลวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง - เน้นความไว้วางใจของประชาชนต่อรัฐและกฎหมายของรัฐ
อินเดีย	Legitimate Expectations	<ul style="list-style-type: none"> - ให้ความคุ้มครองในด้านกระบวนการอย่างชัดเจน - รับรองสิทธิในการแสดงความคิดเห็นก่อนการเปลี่ยนแปลงนโยบาย - วางหลักในคดี Scheduled Caste and Weaker Section Welfare Association (1991) - เปิดโอกาสให้ผู้ได้รับผลกระทบมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจ 	<ul style="list-style-type: none"> - พัฒนาอย่างชัดเจนในคดี Navjyoti Co-operative Group Housing Society (1992) - ศาลชี้ว่าความคาดหวังจากแนวปฏิบัติที่สม่ำเสมอมีสถานะพิเศษที่รัฐต้องเคารพ - แม้ไม่ถึงขั้นเป็นสิทธิที่บังคับได้โดยตรง แต่ก่อให้เกิด "สิทธิในการได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม" - ศาลอาจสั่งให้ฝ่ายปกครองทบทวนการตัดสินใจได้ 	<ul style="list-style-type: none"> - การกระทำโดยไม่สุจริต - มีประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริงที่มากกว่า - เมื่อไม่มีค้ำประกันหรือแนวปฏิบัติที่ชัดเจน - การเปลี่ยนแปลงนโยบายที่มีเหตุผลรองรับอย่างเพียงพอ 	<ul style="list-style-type: none"> - หลักความเสมอภาคตามมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญ - หลักการห้ามใช้อำนาจโดยพลการ - หลักธรรมภิบาล - หลักความเป็นธรรมในกระบวนการทางปกครอง 	<ul style="list-style-type: none"> - มุ่งต่อสู้กับการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง - เน้นว่าหน่วยงานของรัฐต้องกระทำการด้วยความสม่ำเสมอ - ส่งเสริมความสามารถคาดการณ์ได้ในการบริหารราชการ - ผสานหลักการนี้เข้ากับโครงสร้างของประชาธิปไตย

ประเทศ	ชื่อหลักการในประเทศนั้น	การคุ้มครองเชิงกระบวนการ (Procedural)	การคุ้มครองเชิงเนื้อหา (Substantive)	ข้อยกเว้นของหลักการ	ความสัมพันธ์กับหลักการอื่น	ลักษณะเฉพาะ
ฝรั่งเศส	Attentes légitimes (ความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมาย)	<ul style="list-style-type: none"> - ไม่รับรองหลักการนี้โดยตรง - พัฒนามาผ่านหลักการอื่น เช่น การคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมา - ให้ความสำคัญกับความสามารถคาดการณ์ในกระบวนการทางปกครอง - รับรองสิทธิในการได้รับการปรึกษาหารือก่อนการเปลี่ยนแปลงแนวปฏิบัติ 	<ul style="list-style-type: none"> - คุ้มครองผ่านทฤษฎีข้าราชการตามความเป็นจริง - ใช้หลักการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง - ยอมรับสถานะและการกระทำของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต - พัฒนาหลักการคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมา 	<ul style="list-style-type: none"> - การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง - กรณีที่ประโยชน์สาธารณะมีความสำคัญเหนือกว่า - เมื่อมีความจำเป็นในการเปลี่ยนแปลงนโยบาย - ในกรณีที่การคุ้มครองขัดต่อระเบียบสาธารณะ 	<ul style="list-style-type: none"> - หลักความไว้วางใจ - หลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย - หลักความเป็นกลาง - หลักความมีวัตถุประสงค์ 	<ul style="list-style-type: none"> - เน้นแนวคิดที่ว่า “ฝ่ายปกครองมีชีวิตอยู่ได้ด้วยความไว้วางใจเท่านั้น” - ให้ความสำคัญกับความมั่นคงของสถานะทางกฎหมาย - เน้นความเชื่อมั่นในความต่อเนื่องของพฤติการณ์ฝ่ายปกครอง - ให้ความสำคัญกับการปกป้องความชอบธรรม
ไทย	หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต	<ul style="list-style-type: none"> - มีการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 มาตรา 51 และ มาตรา 52 - ให้สิทธิแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองในการได้รับแจ้งเหตุที่จะเพิกถอนหรือแก้ไขคำสั่ง - เปิดโอกาสให้มีการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนการเพิกถอนคำสั่ง - กำหนดสิทธิในกระบวนการพิจารณาต่อการเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมาย 	<ul style="list-style-type: none"> - มีการยอมรับในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.173/2547 - คุ้มครองสิทธิและฐานะทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการเชื่อถือโดยสุจริตในคำสั่งทางปกครอง - ในคดี อ.328/2551 ศาลสั่งให้หน่วยงานของรัฐต้องชดใช้เงินเดือนย้อนหลังให้แก่ผู้ฟ้องที่เชื่อถือโดยสุจริตในคำสั่งอนุญาตให้ออกจากราชการ - ในคดีศาลปกครองขอนแก่นที่ 243/2562 ศาลคุ้มครองการเบิกค่าใช้จ่ายที่ได้รับอนุมัติโดยชอบแม้ภายหลังจะมีการตีความระเบียบใหม่ 	<ul style="list-style-type: none"> - การแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริง (มาตรา 51 วรรคสาม (1)) - การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.137/2547 - การให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ (มาตรา 51 วรรคสาม (2)) - การรู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 51 วรรคสาม (3)) 	<ul style="list-style-type: none"> - หลักความชอบด้วยกฎหมาย - หลักนิติธรรม - หลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย - หลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง - หลักความได้สัดส่วน ในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความเชื่อโดยสุจริต 	<ul style="list-style-type: none"> - มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 และ 52 - การตีความและการปรับใช้ยังมีข้อจำกัดและไม่สม่ำเสมอ - มีแนวโน้มให้น้ำหนักกับหลักความชอบด้วยกฎหมายมากกว่าความคาดหวังของประชาชนในกรณีที่มีความขัดแย้งกัน - คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.89/2549 ละเลยการพิจารณาหลักความคาดหวังอันชอบธรรมในกรณีการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร

7.2 บทสรุปพัฒนาการของหลักความคาดหวังอันชอบธรรมในระบบกฎหมายไทย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.89/2549 นับเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญในประวัติศาสตร์กฎหมายปกครองไทย เนื่องจากแสดงให้เห็นถึงข้อบกพร่องในการพิจารณาหลักความคาดหวังอันชอบธรรม กรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการโดยให้มีผลย้อนหลัง ภายหลังจากคำพิพากษาดังกล่าว ศาลปกครองไทยได้มีการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับหลักความคาดหวังอันชอบธรรมอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะการวางกรอบข้อยกเว้นสำคัญที่จำกัดการคุ้มครองตามหลักนี้ในสถานการณ์ที่ผู้รับคำสั่งได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ปกปิดข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญ หรือมีการกระทำทุจริต ข้อยกเว้นเหล่านี้สะท้อนความพยายามในการสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิของบุคคลกับการส่งเสริมหลักธรรมาภิบาลในระบบราชการ

นอกจากนี้ ยังมีพัฒนาการสำคัญในการขยายการคุ้มครองเชิงเนื้อหา ซึ่งเป็นการก้าวข้ามกรอบของการคุ้มครองเชิงกระบวนการแบบดั้งเดิม ศาลปกครองไทยได้เริ่มรับรองสิทธิและฐานะทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากความเชื่อถือโดยสุจริตในคำสั่งทางปกครอง แม้คำสั่งนั้นจะถูกพบว่าเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลัง การคุ้มครองนี้ครอบคลุมถึงสิทธิในการได้รับเงินเดือนหรือผลประโยชน์อื่น ๆ ตลอดจนการคุ้มครองค่าใช้จ่ายที่บุคคลได้ดำเนินการไปแล้วตามความเชื่อโดยสุจริตในการอนุมัติของหน่วยงานของรัฐ พัฒนาการนี้แสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าในการขยายขอบเขตการปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ที่เป็นรูปธรรมของประชาชน

ในขณะเดียวกัน ศาลปกครองไทยได้พัฒนารอบการชั่งน้ำหนักระหว่างความคาดหวังอันชอบธรรมของปัจเจกชนกับประโยชน์สาธารณะ โดยเน้นการพิจารณาว่าการคุ้มครองความคาดหวังในกรณีนั้น ๆ ขัดต่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ และมีแนวโน้มที่จะให้ความคุ้มครองมากขึ้นในกรณีที่การกระทำของประชาชนเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย แต่จะให้น้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะมากกว่าในกรณีที่มีการทุจริตหรือปกปิดข้อเท็จจริง อย่างไรก็ตาม แนวทางการชั่งน้ำหนักนี้ยังขาดความชัดเจนและความสม่ำเสมอในการนำไปปรับใช้

พัฒนาการอีกประการที่สำคัญคือความเชื่อมโยงระหว่างหลักความคาดหวังอันชอบธรรมกับหลักนิติรัฐ โดยศาลปกครองได้ยอมรับว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ที่มุ่งประกันความแน่นอนและความไว้วางใจของประชาชนต่อการดำเนินการของรัฐ ศาลได้พยายามสร้างดุลยภาพระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายกับหลักความคาดหวังอันชอบธรรม แม้ว่าในบางกรณียังคงให้น้ำหนักแก่หลักความชอบด้วยกฎหมายมากกว่า ซึ่งอาจขัดกับหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย และความไว้วางใจ

แม้จะมีพัฒนาการที่สำคัญในหลายประเด็น แต่การปรับใช้หลักความคาดหวังอันชอบธรรมในระบบกฎหมายไทยยังประสบปัญหาความไม่สม่ำเสมอ ขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความคาดหวังส่วนบุคคล มีข้อยกเว้นที่มีขอบเขตกว้าง โดยเฉพาะการตีความ “ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” และมีความล่าช้าในการพัฒนาหลักการนี้ให้ทันต่อความซับซ้อนของ

สัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในปัจจุบัน ระบบกฎหมายไทยจึงยังมีความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน สอดคล้อง และเป็นระบบมากขึ้น เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินมีทั้งความถูกต้องตามกฎหมายและความเป็นธรรมในทางปฏิบัติ อันจะนำไปสู่การสร้างควมไว้วางใจและความมั่นคงในระบบกฎหมายปกครองไทยอย่างยั่งยืน

7.3 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายสำหรับการพัฒนากฎหมายปกครองไทย

ในบริบทของการพัฒนากฎหมายปกครองไทยให้สอดคล้องกับหลักนิติรัฐและมาตรฐานสากล การเสริมสร้างกลไกการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมนับเป็นภารกิจสำคัญที่มีโอกาสจะทำได้ เนื่องจากเป็นกลไกหลักในการสร้างเสถียรภาพทางกฎหมาย ความโปร่งใส และการบริหารงานอย่างมีประสิทธิภาพในรัฐสมัยใหม่ การศึกษาพัฒนาการและแนวทางในระบบกฎหมายต่างประเทศสะท้อนให้เห็นว่าการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมมิได้จำกัดเฉพาะการรับรองในกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น หากแต่ยังต้องพัฒนาทั้งในมิติของแนวทางการตีความของศาล และการจัดตั้งกลไกสนับสนุนในระดับปฏิบัติการอย่างเป็นระบบด้วย

(1) การปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่

ควรมีการปรับปรุงและขยายขอบเขตของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้ครอบคลุมการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมในรูปแบบที่หลากหลายมากขึ้น ไม่จำกัดเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์โดยตรง หากแต่รวมถึงความคาดหวังที่เกิดจากแนวปฏิบัติ คำมั่นสัญญา หรือการให้ข้อมูลโดยหน่วยงานของรัฐ ตัวอย่างเช่น ในระบบกฎหมายเยอรมนี หลักการคุ้มครองความไว้วางใจได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการใน Administrative Procedure Act มาตรา 48 และมาตรา 49 ซึ่งกำหนดกรอบการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมในกรณีที่รัฐพิจารณาจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ได้ให้ประโยชน์แก่ประชาชน ทั้งนี้ ไปแลนด์เองก็ได้บัญญัติหน้าที่ของรัฐในการเคารพความไว้วางใจของประชาชนไว้ในประมวลวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 8 เช่นกัน

นอกจากนี้ สมควรกำหนดหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายไทย โดยอ้างอิงมาตรา 41 ของกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งรับรองสิทธิของบุคคลในการได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรม โปร่งใส และมีเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐ หลักดังกล่าวจะทำหน้าที่เป็นหลักการกำกับเพื่อเสริมสร้างกระบวนการบริหารที่เคารพความไว้วางใจและความคาดหวังของประชาชนอย่างแท้จริง

(2) การพัฒนาแนวทางการตีความกฎหมายของศาลปกครอง

ศาลปกครองไทยควรพัฒนาแนวทางการตีความที่ยอมรับการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมทั้งในเชิงกระบวนการและเชิงเนื้อหา การพัฒนาในลักษณะนี้ปรากฏชัดเจนในระบบกฎหมายอังกฤษ โดยเฉพาะในคดี GCHQ ซึ่งศาลอังกฤษได้วางหลักการว่าความคาดหวังอันชอบธรรมสามารถได้รับการคุ้มครองทั้งในแง่ของสิทธิในการได้รับฟังความคิดเห็น และในแง่ของการได้รับผลประโยชน์หรือสถานะที่ได้ก่อให้เกิดขึ้นแล้ว

ยิ่งกว่านั้น ศาลควรพัฒนาการวิเคราะห์ที่คำนึงถึงผลประโยชน์จากความเชื่อถือของบุคคล กล่าวคือ ความเสียหายที่เกิดจากการพึ่งพาคำมั่นสัญญาหรือแนวปฏิบัติของรัฐอย่างมีนัยสำคัญ สมควรได้รับการคุ้มครองที่เข้มข้นเป็นพิเศษ ดังที่ปรากฏในแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมนีที่ให้ความคุ้มครองต่อการพึ่งพาคำมั่นสัญญาหรือแนวปฏิบัติของรัฐอย่างจริงจัง แม้ในกรณีที่การให้คำมั่นนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ได้สร้างความไว้วางใจแก่ประชาชน

ในกระบวนการถ่วงดุล ศาลควรนำหลักความได้สัดส่วน มาใช้เป็นเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาความชอบธรรมของการเปลี่ยนแปลงนโยบาย เช่นเดียวกับแนวปฏิบัติของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ในคดี Mulder ซึ่งกำหนดให้การจำกัดหรือเพิกถอนความคาดหวังอันชอบธรรมต้องมีเหตุผลสาธารณะที่มีน้ำหนักเพียงพอ และต้องผ่านการชั่งน้ำหนักอย่างเหมาะสม

สุดท้าย ศาลควรสร้างแนวคำพิพากษานำทาง (Leading Cases) เพื่อกำหนดกรอบการพิจารณาเกี่ยวกับหลักความคาดหวังอันชอบธรรมอย่างเป็นระบบ โดยสามารถเรียนรู้จากแนวปฏิบัติของศาลอินเดีย ในคดี Navjyoti Co-operative Group Housing Society v. Union of India ซึ่งได้กำหนดโครงสร้างการวิเคราะห์ความคาดหวังเชิงเนื้อหาอย่างชัดเจน

(3) การสร้างกลไกทางกฎหมายใหม่

สมควรจัดตั้งกลไกทางกฎหมายใหม่ที่เอื้อต่อการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมในทางปฏิบัติ เช่น การจัดตั้งคณะกรรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกี่ยวกับความคาดหวังอันชอบธรรมภายใต้ผู้ตรวจการแผ่นดินหรือหน่วยงานอิสระ ทำหน้าที่รับคำร้อง ตรวจสอบข้อเท็จจริง เสนอแนวทางเยียวยา หรือแนะนำให้รัฐปรับเปลี่ยนนโยบายให้สอดคล้องกับสิทธิของประชาชน ทั้งนี้ กลไกดังกล่าวต้องไม่กระทบต่อสิทธิในการฟ้องศาล และต้องจำกัดขอบเขตไว้เฉพาะกรณีคำสั่งหรือการเปลี่ยนแปลงของรัฐที่ไม่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง แต่เป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงแนวนโยบาย การบริหารราชการแผ่นดิน หรือการตีความข้อกฎหมายใหม่ ที่กระทบต่อความคาดหวังโดยสุจริตของประชาชน การมีช่องทางไกล่เกลี่ยจึงเป็นเครื่องมือสำคัญที่ช่วยให้ทั้งรัฐและประชาชนสามารถหาทางออกอย่างสมดุล โดยไม่ต้องเร่งรีบเข้าสู่การฟ้องคดีในศาล ซึ่งมีต้นทุนสูงและใช้เวลายืดเยื้อ แนวทางนี้ได้รับการประยุกต์ใช้อย่างมีประสิทธิภาพในหลายประเทศ เช่น อังกฤษที่มี Parliamentary and Health Service Ombudsman และแคนาดาที่ใช้ระบบ Ombudsman เป็นกลไกในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยไม่จำเป็นต้องพึ่งพาศาลในทุกกรณี การนำแนวทางดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทยจะช่วยส่งเสริมความไว้วางใจของประชาชนต่อรัฐ ลดภาระของศาล และสร้างความเป็นธรรมเชิงป้องกันในระบบกฎหมายปกครองไทยได้อย่างเป็นรูปธรรม

นอกจากนี้ หน่วยงานทางปกครองควรมีภาระหน้าที่ให้เหตุผลอย่างเข้มงวดในการเปลี่ยนแปลงนโยบายที่ส่งผลกระทบต่อประชาชน อันเป็นแนวปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในกฎหมายของสหภาพยุโรปภายใต้หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี และเพื่อสร้างความเปลี่ยนแปลงอย่างยั่งยืน ควรมีการบรรจุเนื้อหาเกี่ยวกับหลักความคาดหวังอันชอบธรรม หลักสุจริต และหลักความได้สัดส่วน เข้าไปในการอบรมข้าราชการทุกระดับ โดยเรียนรู้จากระบบการอบรมข้าราชการในประเทศเยอรมนีและสิงคโปร์ ที่เน้นการเสริมสร้างจริยธรรมการบริหารรัฐที่เคารพสิทธิของประชาชนอย่างเป็นระบบ

กล่าวโดยสรุป การพัฒนากฎหมายปกครองไทยเพื่อเสริมสร้างการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม จำเป็นต้องดำเนินการอย่างรอบด้าน ทั้งในเชิงกฎหมายลายลักษณ์อักษร การพัฒนาแนวคำพิพากษาของศาล และการสร้างกลไกทางปฏิบัติที่มีประสิทธิภาพ การดำเนินการในแนวทางดังกล่าวจะช่วยให้ระดับการบริหารราชการแผ่นดินของไทยให้มีความโปร่งใส เป็นธรรม และเคารพสิทธิของประชาชนอย่างแท้จริง อันเป็นรากฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญนิยมและหลักนิติรัฐในสังคมประชาธิปไตยสมัยใหม่

บทความวิจัย

RESEARCH ARTICLES

การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุก
ในฐานะความผิดทางอาญาร้ายแรง*
Suspension of Sentence and Suspension of Punishment
for Serious Criminal Offenses

ณฐา วิเชียร
Natha Wichien

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพมหานคร 10330
LL.M Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: nathawi97@gmail.com
(Received: May 31, 2023; Revised: July 24, 2024; Accepted: July 26, 2024)

บทคัดย่อ

การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 เป็นมาตรการที่มีความสำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งเป็นมาตรการที่บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ให้ศาลใช้ดุลพินิจรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษสำหรับคดีที่มีอัตราโทษจำคุกกระยะสั้นหรือโทษปรับ ตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ในคดีความผิดอาญาที่มีโทษจำคุกหรือปรับ และศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ทั้งนี้ เพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดเล็กน้อยนั้นเข้าไปปะปนกับผู้กระทำความผิดเป็นอาชญากรรมและเลียนแบบพฤติกรรมนั้นจนกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และเพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิดได้รู้สำนึกถึงสิ่งที่ได้กระทำความผิดไป รวมถึงสามารถกลับมาดำเนินชีวิตในสังคมได้อย่างเป็นปกติ แต่ในทางกลับกันเมื่อพิจารณาจากการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้กับทุกฐานความผิด แม้ลักษณะของฐานความผิดนั้นจะกระทบกระเทือนต่อความปลอดภัยของสังคมมากเพียงใด แต่หากโทษจำคุกที่ศาลลงมีกำหนดไม่เกิน 5 ปี ศาลก็สามารถสั่งรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้กับทุกกรณี ซึ่งอาจจะขัดหรือแย้งกับทฤษฎีการลงโทษทางอาญาประการอื่น กล่าวคือ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้น การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง การลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม รวมถึงการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม อันส่งผลกระทบต่อความรู้สึกและการได้รับความยุติธรรมของผู้เสียหาย หรือเหยื่อในคดีอาญารวมทั้งประชาชนในสังคม เนื่องจากในบางกรณีเป็นฐานความผิดที่มีความร้ายแรง และเป็นอันตรายต่อสังคม แต่ผู้กระทำความผิดกลับไม่ถูกลงโทษ ยิ่งไปกว่านั้นอาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความยุติธรรม และบุคคลทั่วไปย่อมเข้าใจว่าการกระทำร้ายแรงเช่นนั้นสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องรับผลใด ๆ จากการกระทำดังกล่าว

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์เรื่อง “การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกในฐานะความผิดทางอาญาร้ายแรง” หลักสูตรปริญญาตรีนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ฉะนั้นจึงควรปรับปรุงแก้ไข และจัดทำคำแนะนำเกี่ยวกับวิธีการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยการกำหนดแนวทาง หรือข้อพิจารณาที่ผู้ใช้กฎหมายควรให้การคำนึง และให้ความสำคัญยิ่งขึ้นเกี่ยวกับฐานความผิดร้ายแรงที่ไม่ควรรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ เพื่อให้การลงโทษเป็นไปตามสัดส่วนของการกระทำความผิด และตรงตามทฤษฎีวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

คำสำคัญ: รอกการกำหนดโทษ, รอกการลงโทษ, ฐานความผิดอาญา

Abstract

Suspension of sentence under Section 56 of the Criminal Code is an important measure in the criminal justice process that was established to allow the court to exercise discretion to suspend the sentence or the punishment for cases with a short prison sentence or a fine. According to the rehabilitative theory, suspension of sentence and suspension of punishment can help in preventing such offenders from associating with other offenders and imitating their behaviors which can result in repeated offenses, and give the offenders the opportunity to remorse, as well as allow the offender to rehabilitate and return to a normal life in society. However, the court can exercise its discretion to apply the suspension of sentence and suspension of punishment to all offenses despite the fact that the nature of such an offense may significantly affect the security of the society as long as the prison sentence does not exceed 5 years. This may contradict to other theories of criminal punishment, namely the retributive theory, the deterrence theory, the theory of removing offenders from society, and the preventive theory, and can affect the emotional feelings of justice of victims and of other members of society because in some cases the offense is considerably grave and imposes significant threat to the society. Moreover, it may cause the victims to suffer the injustice, and other members of society may misunderstand that such acts of violence can be carried out without any criminal penalty.

Therefore, there should be a clear guideline for the court's discretion to order suspension of sentence and suspension of punishment so that the significance and severity of certain criminal offenses will be taken into consideration, making the punishment proportional to the offense and coherent with other theories of criminal punishment.

Keywords: Suspension of Sentence, Suspension of Punishment, Criminal Offenses

1. บททั่วไป

1.1. ความหมาย

“**รอกการกำหนดโทษ**” หมายความว่า วิธีการที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด แต่ยังไม่ได้กำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลย ส่วน “**รอกการลงโทษ**” หมายความว่า วิธีการที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด และได้กำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลยแล้ว แต่ยังไม่ให้รอกการลงโทษไว้ก่อน การรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษเป็นวิธีการหนึ่งที่มีแนวความคิดเน้นหนักไปที่การแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation) ผู้กระทำความผิดที่ไม่สมควรถูกส่งตัวเข้าสู่ระบบเรือนจำ ให้ได้มีโอกาสกลับตัวกลับใจเป็นคนดีภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนดซึ่งระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนดก็คือระยะเวลาที่ศาลจะรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษแล้วแต่กรณี¹

1.2. แนวคิดเกี่ยวกับการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ

ต้นกำเนิดของแนวคิดหรือพัฒนาการของการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษเริ่มต้นในศตวรรษที่ 17 โดยประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการนำมาใช้เป็นประเทศแรก ๆ ซึ่งแต่เดิมนั้นจะดำเนินการไปในลักษณะเป็นการลดหย่อนผ่อนโทษประการเดียวเท่านั้น มิได้เป็นไปเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม วิธีการนี้ได้หยุดชะงักไปเป็นระยะเวลาหนึ่ง จนกระทั่งปี ค.ศ. 1830 ก็ได้มีการรื้อฟื้นระบบดังกล่าวกลับมาใช้อย่างจริงจังอีกครั้ง เนื่องจากนักอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาสมัยใหม่เห็นว่ากระบวนการดังกล่าวนี้มีคุณค่าต่อมนุษย์และสังคม และยอมรับว่าการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษเป็นวิธีการหนึ่งที่ใช้ในการบำบัดรักษาและแก้ไขผู้กระทำความผิด ซึ่งต่อมาประเทศอื่น ๆ ก็ได้นำมาปรับใช้เช่นเดียวกันอย่างกว้างขวาง² แต่วิธีการเรียกชื่ออาจจะแตกต่างกันไปแล้วแต่ประเทศ แต่ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็มีแนวคิดพื้นฐานเช่นเดียวกัน กล่าวคือ

ในอดีตเมื่อมีผู้กระทำความผิด การลงโทษแก่บุคคลเหล่านั้นก็จะมีไม่ก็วิธีการไม่ว่าจะเป็นการทรมานร่างกายด้วยวิธีการต่าง ๆ ที่รุนแรง การเข็ญตี การตัดอวัยวะ การประหารชีวิต รวมถึงการเนรเทศผู้คนออกไปจากสังคม หรือออกไปจากประเทศนั้น ๆ เพื่อกำจัดคนกระทำความผิดออกจากสังคม อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการใช้วิธีเนรเทศเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมนั้นแล้วและให้ส่งไปอยู่ในสถานที่ทุรกันดาร แต่การกระทำความผิดในสังคมก็ยังคงเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ไม่ลดน้อยลง จึงส่งผลกระทบต่อสภาพสังคมที่กักขังหรือเรือนจำต่าง ๆ ที่ไม่สามารถรับมือกับเหตุการณ์นี้ได้ ทำให้เกิดปัญหาโทษล้นเรือนจำตามมา รัฐจึงได้พยายามหาวิธีการที่จะแก้ไขปัญหานั้น และนั่นก็คือเป็นจุดกำเนิดของการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ หรือการทำทัณฑ์บน หรืออาจจะเรียกชื่ออย่างอื่นแตกต่างกันออกไป แต่ก็ล้วนมีพื้นฐานแนวคิดที่เหมือนกัน

¹ นันทิพัฒน์ บุญทวี, “ปัญหาการรอกการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา,” 50. อ้างถึงใน สิทธิชัย ไม้แก้ว, “การใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษ: ศึกษาปัญหาการให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557), 20.

² ประเทือง ธานีผล, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), 219.

โดยให้ใช้ระบบเรือนจำในการกักขังผู้กระทำความผิดเป็นหลัก และนำระบบเรือนจำหรือการลงโทษมาใช้อย่างมีเงื่อนไขซึ่งการที่จะได้รับประโยชน์จากมาตรการนี้ก็จะมีกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติไว้ ทั้งในเรื่องของวินัย ความประพฤติของตัวนักโทษ สภาพแวดล้อม และอื่น ๆ แต่การใช้มาตรการนี้ก็ไม่ได้หมายความว่า จะเป็นการผ่อนผันโดยให้ปล่อยตัวไปเสียทีเดียว รัฐยังคงกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการเพื่อคุมประพฤติกับบุคคลเหล่านั้นในระหว่างที่ได้รับการปล่อยตัวด้วย เช่น ให้ทำสาธารณประโยชน์ภายในเวลาที่กำหนด เพราะฉะนั้นนักโทษแต่ละคนก็จะได้รับประโยชน์ต่างกันขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ แต่เพื่อให้แน่ใจว่าการลงโทษนั้นจะได้ประสิทธิภาพ ก่อนการผ่อนผันนักโทษทุกคนจะต้องผ่านการลงโทษจำคุกเดิมอย่างน้อยครั้งหนึ่ง หรือในหนึ่งหรือสามของโทษนั้น ๆ ก่อน

1.3. ทฤษฎีเกี่ยวกับการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ

ทฤษฎีเกี่ยวกับการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษนั้นไม่มีชื่อเรียกทฤษฎีอย่างเป็นทางการที่สามารถเรียกได้ชัดเจนเหมือนในทฤษฎีทางอาญาอื่น ๆ กล่าวคือ ไม่มีการระบุเป็นชื่อเฉพาะโดยมีผู้คิดค้นตั้งขึ้น และไม่มีการเรียกขานตามชื่อของบุคคลที่คิดค้นขึ้น เป็นแต่เพียงการอธิบายแนวคิดเพื่อการนำมาใช้เป็นพื้นฐานสำหรับการใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษเท่านั้น โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

ทฤษฎีประการแรก คือทฤษฎีที่มีแนวคิดว่าการให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษเปรียบเสมือนเป็นรางวัล เนื่องจากผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้มองว่าการถูกคุมขังนั้นควรใช้เฉพาะกับผู้ต้องขังที่กระทำความผิดร้ายแรง กระทบต่อคนในสังคมส่วนรวมและมีความชั่วอยู่ในตัวโดยแท้จริงเท่านั้น หากใครที่กระทำความผิดไม่ร้ายแรง ไม่กระทบกระเทือนต่อสังคมส่วนใหญ่ และเมื่อปฏิบัติตนดี เคารพ เชื่อฟัง กฎระเบียบ มีความขยันหมั่นเพียรในการทำงาน ก็ควรใช้มาตรการดังกล่าวนี้กับผู้นั้นเพื่อเป็นรางวัลตอบแทน สำหรับการประพฤติตัวดีในระหว่างถูกกักขัง ซึ่งมาตรการนี้จะถูกนำมาใช้กับผู้ที่สามารถรักษา กฎระเบียบระหว่างถูกขังภายในเรือนจำได้ดี โดยจะต้องแสดงพยานหลักฐานให้เห็นว่าบุคคลเหล่านั้นสามารถที่จะออกไปใช้ชีวิตภายนอกเรือนจำได้ ทั้งนี้การได้รับประโยชน์จากการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความรู้สึกของสาธารณชนในสังคม ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้หากต้องการใช้มาตรการดังกล่าวก็ต้องแสดงให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่มาสสนับสนุนว่าบุคคลนั้นมีความพร้อมที่จะออกไปสู่สังคมแล้ว ฉะนั้นจะต้องมีการทำรายงานบันทึกพฤติกรรมของผู้ต้องขังเพื่อพิจารณาคุณสมบัติ การทำบันทึกของเจ้าหน้าที่ระหว่างที่ถูกขังจึงเป็นสิ่งสำคัญนั่นเอง³

ทฤษฎีประการที่สอง⁴ เป็นทฤษฎีที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากทฤษฎีแรก มีพื้นฐานของทฤษฎีที่เหมือนกัน คือ มองว่าการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษเป็นรางวัลสำหรับการประพฤติตัวดีในระหว่างที่ถูกคุมขัง เพียงแต่ทฤษฎีนี้จะเพิ่มหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาว่าบุคคลใดมีคุณสมบัติที่จะได้รับ

³ Helen Leland Witmer, "The History, Theory and Results of Parole," *Journal of Criminal Law and Criminology* 18, no. 1 (May 1927): 47.

⁴ *Ibid.*, 47-48.

ประโยชน์จากมาตรการนี้ได้ โดยต้องพิจารณาในเรื่องนี้เพิ่มขึ้น กล่าวคือ ประวัติ ลักษณะของผู้กระทำความผิด ลักษณะของการกระทำความผิด ประวัติและสภาพแวดล้อมก่อนหน้าที่จะกระทำความผิด สภาพแวดล้อมที่เป็นไปได้หากถูกคุมขัง ข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์ผู้กระทำความผิด และข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่มีความเหมาะสม อย่างไรก็ตาม การพิจารณาพยานหลักฐานเหล่านั้นก็ยากที่จะตัดสินใจว่าบุคคลใดควรจะได้รับการรอกำหนดโทษหรือรอกำหนดโทษ จึงควรพิจารณาร่วมกับรายงานความเห็นทางการแพทย์ด้วย

ทฤษฎีประการที่สาม เป็นทฤษฎีที่มองว่าการรอกำหนดโทษหรือรอกำหนดโทษเพื่อเป็นรางวัลตอบแทนผู้ประพฤติชั่ว และกระทำความผิดไม่ร้ายแรงอย่างสองทฤษฎีแรกนั้น ไม่สามารถที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวกลับใจเป็นคนดีและสามารถกลับเข้าสู่สังคมได้ โดยผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้มองว่าผู้ที่กระทำความผิดทุกคนไม่เพียงแต่คนที่กระทำความผิดที่รุนแรง ร้ายแรงหรือเป็นอันตรายต่อสังคมเท่านั้นที่จะต้องรับโทษ แต่ทุกคนที่กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษทุกคน และไม่ควรมีมาตรการดังกล่าวมาใช้เป็นรางวัลตอบแทนสำหรับผู้กระทำความผิด ยิ่งไปกว่านั้นบุคคลที่มีนิสัยเป็นอาชญากรโดยเนื้อแท้ก็ควรถูกแยกออกจากสังคมอย่างถาวร⁵

2. แนวคิดเรื่องการลงโทษและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

2.1. แนวคิดเรื่องการลงโทษและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

การลงโทษถือเป็นหลักในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด ซึ่งในสมัยอดีตไม่มีหลักเกณฑ์กลางที่สังคมยอมรับและปฏิบัติตาม การลงโทษจึงเป็นเรื่องของการแก้แค้นตอบแทนระหว่างคู่อริและพวก หากฝ่ายผู้เสียหายอ่อนแอกว่าก็จะเลิกราเรื่องราวและยุติไปเอง แต่หากผู้เสียหายไม่ยอมเลิกราก็จะเป็นการแก้แค้นจองเวรกันไปเรื่อย ๆ ต่อมาเมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปบ้านเมืองมีการปกครองที่มีแบบแผน สังคมมีระเบียบ มีกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ ได้รับการช่วยเหลือจากรัฐเมื่อเกิดคดีความกัน ทั้งผู้ได้รับความเสียหายและผู้กระทำความผิดก็ต่างได้รับความยุติธรรมมากขึ้น การแก้แค้นกันเองก็เริ่มหมดไป โดยให้ถือว่าความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดครั้งนั้นเกิดความเสียหายต่อส่วนรวมและสังคมด้วยไม่เพียงแต่เกิดความเสียหายเฉพาะปัจเจกชนเท่านั้น ทั้งนี้รัฐจะใช้วิธีการลงโทษที่รุนแรงเพื่อเป็นการข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดและคนในสังคมเกรงกลัวจนไม่กล้าที่จะกระทำความผิด แต่เมื่อกาลเวลาผ่านไปวิธีการลงโทษก็พัฒนาเปลี่ยนแปลงไป ไม่เพียงแต่นั้นวิธีการที่รุนแรงแต่ยังให้ความสำคัญกับเรื่องการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดอย่างในปัจจุบันอีกด้วย⁶ ทั้งนี้การลงโทษในหลาย ๆ วิธีการนั้นก็ต่างก็มีฐานความคิด ทฤษฎี และวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ดังนี้

⁵ Ibid., 48-49.

⁶ ประเทือง ฉนิยผล, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, 134-135.

2.1.1. วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

การลงโทษทางอาญานั้นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการกระทำหรือไม่กระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเกิดขึ้น โดยให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด⁷ ก็เพื่อที่จะให้ผู้กระทำความผิดได้รับความทุกข์อย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพในร่างกาย หรือการสูญเสียทรัพย์สิน หรืออื่น ๆ⁸ การลงโทษในแต่ละยุคสมัยมีเหตุผล และวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน สามารถอธิบายได้หลายทฤษฎี ดังนี้

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)⁹ เป็นทฤษฎีที่ลงโทษเพื่อตอบแทนการกระทำของผู้กระทำความผิดเอง ให้ผู้กระทำความผิดได้รับสำนึกถึงสิ่งที่ผู้เสียหายได้รับ และสิ่งที่ตนได้กระทำลงไป เพื่ออ้างความยุติธรรมในสังคม เพื่อให้สาสมกับที่บุคคลนั้นได้กระทำความผิดลงไป และให้ยอมรับสารภาพหรือรู้สึกถึงการกระทำ โดยใช้วิธีการที่รุนแรง ทารุณ โหดร้าย ซึ่งมีฐานความคิดว่าเมื่อผู้กระทำความผิดมีเจตจำนงเสรีในการกระทำ การคิด ตัดสินใจ ลงมือทำด้วยตนเองประกอบกับมนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีเหตุผลสามารถคิดและตัดสินใจเองได้ ฉะนั้นเมื่อตัดสินใจกระทำไปแล้วจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้นจึงสมควรถูกดำเนินและได้รับการลงโทษ และการลงโทษนั้นก็เป็นการลงโทษของตนเอง **ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory)**¹⁰ เป็นทฤษฎีที่เชื่อว่าการกระทำผิดที่เกิดขึ้นในสังคมนั้นเป็นสิ่งที่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถกลับไปแก้ไขได้แล้ว ดังนั้น หากเกิดการกระทำความผิดขึ้น จึงควรหาวิธีการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอีก โดยมีจุดประสงค์ในการลงโทษเพื่อข่มขู่และยับยั้งทั้งตัวผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวและไม่กล้ากระทำความผิดอีก และยับยั้งป้องกันบุคคลอื่นในสังคมไม่ให้กระทำความผิดตามเนื่องจากเห็นในผลร้ายของการกระทำผิด และโทษที่จะได้รับ **ทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Removal From Society)**¹¹ เป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพในการกำจัดผู้กระทำความผิดและป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวร คือ การลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมชั่วคราว คือ การลงโทษจำคุก หรือกักขัง เป็นทฤษฎีที่ทำให้ประชาชนในสังคมเกิดความพึงพอใจและเชื่อมั่นในกฎหมายที่สามารถลงโทษผู้ที่ก่อกระทำความผิดให้เป็นไปตามสัดส่วนกับโทษที่จะได้รับ นอกจากนี้ยังทำให้รู้สึกถึงความปลอดภัยในการใช้ชีวิตประจำวัน ไม่ต้องรู้สึกหวาดกลัวหรือหวาดระแวงที่จะต้องอยู่ร่วมกับผู้กระทำความผิดในสังคมอีกด้วย **ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม (Prevention of**

⁷ สหชน รัตน์ไพจิตร, “ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), 8.

⁸ H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility* (London: Oxford University Press, 1982), 4-5. อ้างถึงใน สหชน รัตน์ไพจิตร, เรื่องเดียวกัน.

⁹ เรื่องเดียวกัน, 33-34.

¹⁰ อรรถพร ชูบำรุง, *ทฤษฎีอาชญาวิทยา* (กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2527), 137.

¹¹ อรรถพร สุวรรณบุบผา, *หลักอาชญาวิทยา*, 139. อ้างถึงใน สิทธิชัย ไม้แก้ว, “การใช้ดุลพินิจในการรอการลงโทษ: ศึกษาปัญหาการให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา,” 14.

Crimes)¹² เป็นทฤษฎีที่มีจุดประสงค์เพื่อป้องกันสังคมให้พ้นจากอันตรายหรือผลร้ายของอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต เป็นการลงโทษเพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมาก่อทำผิดอีกและได้รับการแก้ไขฟื้นฟูระหว่างต้องโทษ และ **ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory)**¹³ เป็นแนวคิดที่มองว่าการลงโทษเป็นสิ่งที่กระทำเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี เพื่อลดอัตราการกระทำความผิดซ้ำ และทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้ตามปกติ จึงต้องให้ความช่วยเหลือโดยให้มีการเรียนรู้ การอบรม การฝึกอาชีพ อันเป็นการเพิ่มทักษะในการดำรงชีวิตเพื่อภายหลังพ้นโทษออกไปจะได้ดำรงชีวิตต่อไปได้ ทั้งนี้สังคมก็ต้องให้ความร่วมมือในการแก้ไขฟื้นฟูด้วยการไม่แสดงพฤติกรรมที่บ่งบอกว่ารู้สึกไม่ตี หรือรังเกียจเมื่อรู้หรือพบเห็น เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเหล่านั้นไม่รู้สึกรังเกียจในชีวิตและดำเนินการใช้ชีวิตได้อย่างปกติ อย่างไรก็ตาม การรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษเป็นหนึ่งในมาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งการใช้มาตรการดังกล่าวก็จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรฐานที่จะต้องตั้งอยู่บนหลักการของความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมด้วยอันเป็นหลักที่ปรากฏในข้อกำหนดโตเกียว¹⁴ และข้อมติเวียนนา¹⁵ ซึ่งประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรฐานนั้น ดังนั้น เมื่อใดก็ตามหากมีการใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษก็จะต้องให้ความสำคัญถึงความปลอดภัยของสังคมเป็นหลัก แต่มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษของประเทศไทยปรากฏการใช้หลักความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมไว้เป็นลำดับรองหรือเป็นการนำมาใช้ในรูปแบบทางอ้อม¹⁶ มิได้นำมาพิจารณาเป็นลำดับแรก กล่าวคือ

¹² ปรีชา ขำเพชร, “ดุลยพินิจของศาลในการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ: ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), 9.

¹³ ธีรวัชร ธีรวัชร, สุทธิโยธิน, *ทฤษฎีการลงโทษในแนวการศึกษาชุกวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2554), 3-4.

¹⁴ **ข้อกำหนดโตเกียว (The Tokyo Rules)** หรือมาตรฐานขั้นต่ำสหประชาชาติสำหรับมาตรการไม่ควบคุมตัว (United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures) เป็นข้อกำหนดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดที่ได้รับการใช้มาตรการอื่นแทนการลงโทษจำคุก โดยมุ่งเน้น และเปิดโอกาสให้ประชาชน หรืออาสาสมัครเข้ามามีส่วนร่วมในทุก ๆ ขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งประเทศสมาชิกจะต้องปรับปรุง และพัฒนาให้กฎหมายภายในมีความสอดคล้องกับข้อกำหนดดังกล่าว แต่ก็ต้องให้เหมาะสมกับสภาพทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ และเมื่อนำมาตรการดังกล่าวมาใช้ก็จะต้องพิจารณาเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้กระทำความผิด สิทธิของเหยื่อ และความปลอดภัยของสังคมด้วย ทั้งนี้เพื่อฟื้นฟู เยียวยาผู้ต้องขัง และทำให้ผู้ต้องขังสามารถกลับคืนสู่สังคมได้อีก.

¹⁵ **ข้อมติเวียนนา** หรือข้อสหประชาชาติว่าด้วยการส่งเสริมและสนับสนุนการปรับใช้มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุก เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกที่พัฒนามาจากข้อกำหนดโตเกียว ซึ่งได้รับการรับรองจากคณะรัฐมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Council หรือ ECOSOC) มีสาระสำคัญเพื่อการส่งเสริมและสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกปรับใช้มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกตามความเหมาะสม.

¹⁶ **มาตรการที่ปรากฏหลักความปลอดภัยของสังคม** ได้แก่ มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก มาตรการพักการลงโทษจำคุก และมาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุก โดยแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ คือ ปรากฏในรูปแบบทางตรง และปรากฏในรูปแบบทางอ้อม

รูปแบบทางตรง คือ มาตรการที่มีการกำหนดให้นำหลักความปลอดภัยของสังคมมาพิจารณาเป็นเหตุปัจจัยในการพิจารณาว่าจะมีการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดคนนั้นหรือไม่เป็นลำดับแรก ได้แก่ มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก มาตรการพักการลงโทษจำคุก ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์

รูปแบบทางอ้อม คือ มาตรการที่ไม่ได้กำหนดให้นำหลักความปลอดภัยของสังคมมาพิจารณาเป็นเหตุปัจจัยในการพิจารณาว่าจะมีการให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้หรือไม่เป็นลำดับแรก แต่กลับปรากฏอยู่ในการพิจารณาลำดับรองในขั้นตอนของการกำหนดเงื่อนไขให้มีการคุมประพฤติ ได้แก่ มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 วรรคหนึ่ง อันเป็นเรื่องการพิจารณาหลักเกณฑ์การรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษ และมาตรา 56 วรรคสอง.

หลักความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมปรากฏอยู่ในการกำหนดเงื่อนไขคุ้มครองประพฤติดังมาตรา 56 วรรคสอง โดยพิจารณาจากถ้อยคำในอนุมาตราต่าง ๆ เช่น ให้ละเว้นการคบหาสมาคม¹⁷ ให้เข้ารับการฝึกอบรม ณ สถานที่ที่กำหนด¹⁸ ห้ามออกนอกสถานที่อยู่อาศัย หรือห้ามเข้าในสถานที่ใดในระหว่างเวลาที่กำหนด¹⁹ ให้ทำทัณฑ์บนโดยกำหนดจำนวนเงินตามที่ศาลเห็นสมควรว่าจะไม่ก่อเหตุร้าย หรือก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลอื่น หรือทรัพย์สิน²⁰ หรือกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อการแก้ไขฟื้นฟู หรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีก²¹ เงื่อนไขเหล่านี้เป็นสิ่งที่ศาลจะกำหนดในภายหลังจากได้มีการพิจารณาว่าจะให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษหรือไม่ตามมาตรา 56 วรรคหนึ่งแล้ว ซึ่งหมายความว่า ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ตามมาตรา 56 วรรคหนึ่งว่าผู้กระทำความผิดจะได้รับโอกาสจากมาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษหรือไม่นั้น มิได้มีการคำนึงถึงหลักความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมดังกล่าวมาเป็นลำดับแรก แต่จะพิจารณาที่อัตราโทษที่ศาลจะลงโทษ และประวัติการเคยรับโทษจำคุกมาก่อนหน้าของผู้กระทำความผิดหรือไม่เท่านั้น และเมื่อพิจารณาได้ความว่าควรให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ จึงค่อยมาพิจารณาเงื่อนไขการคุ้มครองประพฤติดังอื่น ๆ ที่ต้องพิจารณาและให้ความสำคัญกับความปลอดภัยของสังคม ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วควรพิจารณาเป็นลำดับแรกแต่มิได้หมายความว่าหากนำหลักความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมมาพิจารณาเป็นลำดับแรกแล้วจะมีให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุก แต่จะนำมาหลักความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมมาใช้ผ่านการกำหนดฐานความผิดที่ไม่ควรรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษเป็นพิเศษ

3. ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ เป็นมาตรการที่มีความสำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยการรอกการกำหนดโทษ ได้แก่ กรณีที่ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ผู้นั้นมีความผิดจริง แต่ศาลยังไม่ได้กำหนดโทษสำหรับบุคคลนั้นด้วยเหตุผลที่ศาลเห็นควร ส่วนการรอกการลงโทษ ได้แก่ กรณีที่ศาลได้พิพากษาตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดแล้วแต่ลักษณะพฤติการณ์แห่งคดี หรือประวัติพฤติกรรมของผู้ผู้นั้นมีเหตุอันควรที่ได้รับการผ่อนผันหรือบรรเทาโทษ ทำให้ผู้กระทำความผิดยังไม่ควรได้รับการลงโทษ อันเป็นมาตรการที่นำมาใช้กับผู้กระทำความผิดเพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิดได้กลับตัวกลับใจและรู้สำนึกถึงสิ่งที่ตนได้กระทำลงไป สำหรับประเทศไทยการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษถูกบัญญัติไว้ในบททั่วไปแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56²² ซึ่งเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดที่มีโทษจำคุกหรือปรับและในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วย

¹⁷ มาตรา 56 วรรคสอง (3) ประมวลกฎหมายอาญา

¹⁸ มาตรา 56 วรรคสอง (5) ประมวลกฎหมายอาญา

¹⁹ มาตรา 56 วรรคสอง (6) ประมวลกฎหมายอาญา

²⁰ มาตรา 56 วรรคสอง (9) ประมวลกฎหมายอาญา

²¹ มาตรา 56 วรรคสอง (10) ประมวลกฎหมายอาญา

²² มาตรา 56 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา

หรือไม่ก็ตาม ซึ่งเป็นโทษจำคุกระยะสั้น ไม่ให้ต้องรับโทษแต่ให้การกำหนดโทษหรือรอการลงโทษไว้ก่อน โดยผู้กระทำความผิดต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด เพื่อผู้กระทำความผิดจะได้มีโอกาสในการกลับตัวกลับใจภายหลังแทนที่จะส่งตัวผู้กระทำความผิดเข้าเรือนจำ ซึ่งอาจส่งผลเสียหลังจากนั้น เช่น ผู้กระทำความผิดอาจทำผิดไปตลอดเพราะเกิดพฤติกรรมเลียนแบบนักโทษในเรือนจำ แม้มาตรการนี้จะสอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด (Rehabilitative Theory) โดยให้โอกาสสำหรับการแก้ไขพฤติกรรมแก่บุคคลนั้น และช่วยให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมได้ก็ตาม แต่ในทางกลับกันการใช้วิธีการนี้อาจกระทบต่อความรู้สึกและการได้รับความยุติธรรมของผู้เสียหาย หรือเหยื่อในคดีอาญาบางฐานความผิดอันอาจจะขัดหรือแย้งกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ที่เป็นผลมาจากระบบการปกครองสังคมในสมัยอดีต ที่ผู้มีอำนาจจะใช้วิธีการลงโทษเพื่อตอบแทนผู้กระทำความผิดให้ได้รับโทษโดยใช้วิธีการที่รุนแรงต่าง ๆ เพื่อให้สาสมกับที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไป ให้รู้สึกสำนึกถึงการทำความผิดประกอบกับการที่มนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีเหตุผล เมื่อตัดสินใจทำอะไรลงไปย่อมต้องรับผิดชอบในสิ่งที่ตนกระทำจึงสมควรได้รับการลงโทษ มิฉะนั้นหากรัฐเลือกที่จะใช้แต่วิธีการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียว สังคมก็จะหันมาแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดด้วยตนเอง

นอกจากนี้ การที่ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษเนื่องจากได้รับการรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ ยังอาจไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) และทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crimes)²³ ซึ่งเป็นทฤษฎีที่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำความผิด โดยทั้งสองทฤษฎีนี้ มีแนวความคิดว่าเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในสังคมแล้วการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ผู้กระทำความผิดจะไม่สามารถกลับไปแก้ไขการกระทำของตนเองได้อีก ฉะนั้นจึงควรหาวิธีการยับยั้งป้องกันแก่ผู้เสียหายและสังคมรวมถึงผู้กระทำความผิดเองเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอีก ทั้งนี้การลงโทษด้วยการอาศัยทฤษฎีนี้ก็ทำให้ผู้กระทำความผิดรวมถึงบุคคลอื่น ๆ ในสังคมเกิดความเกรงกลัวจนไม่กล้ากระทำความผิดตามหรือกระทำความผิดซ้ำอีกด้วย²⁴ อีกทั้งการรอการกำหนดโทษหรือการรอการลงโทษยังอาจขัดหรือแย้งกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Removal From Society)²⁵ ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีการลงโทษที่มีประสิทธิภาพในการกำจัดตัวผู้กระทำความผิดและปกป้องสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมไม่ว่าจะเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมชั่วคราว เช่น การลงโทษจำคุก หรือกักขัง หรือการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวร เช่น การลงโทษประหารชีวิต การลงโทษตามทฤษฎีที่ได้กล่าวไปข้างต้นเป็นวิธีการลงโทษที่ทำให้ประชาชนในสังคมได้รับความเป็นธรรมจากการที่ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษหรือได้รับโทษตามสัดส่วนของการกระทำความผิดและผู้นั้นได้ถูกกำจัดออกไปจากสังคมเพื่อความปลอดภัยของส่วนรวม ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร

²³ ปรีชา ข้าเพชร, “ดุลยพินิจของศาลในการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ: ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกา,” 9.

²⁴ ณัฐรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน, *ทฤษฎีรอการลงโทษ*, 3-4.

²⁵ อรรถ สุวรรณบุบผา, *หลักอาชญาวิทยา*, 139. อ้างถึงใน สิทธิชัย ไม้แก้ว, “การใช้ดุลยพินิจในการรอการลงโทษ: ศึกษาปัญหาการให้เหตุผลในคำพิพากษาศาลฎีกา,” 14.

ปัจจุบันศาลจะใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้นั้น ต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 วรรคหนึ่ง²⁶ คือ ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก หรือ ปรับ และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หรือลงโทษปรับ ถ้าปรากฏว่าผู้นั้น

- (1) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือ
- (2) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือ ความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือ
- (3) เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่า 5 ปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

เห็นได้ว่าศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้กับทุกฐานความผิด หากความผิดที่ศาลจะลงโทษนั้นมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี และปรากฏว่าเข้าเงื่อนไขตามอนุมาตรา 1 ถึง อนุมาตรา 3 อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งถือเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างอิสระทั้งนี้แม้จะมีคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษและการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559²⁷ โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ของความผิดที่จะสามารถใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกได้ว่าเป็นความผิดประเภทใดบ้าง แต่ในคำแนะนำ ดังกล่าวก็ไม่ได้มีการบัญญัติยกเว้นฐานความผิดที่ร้ายแรงฐานใดไว้ว่าควรเป็นฐานความผิดที่ไม่ควรใช้มาตรการดังกล่าว จึงหมายความว่ากฎหมายก็ยังเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจสำหรับรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกได้กับทุกฐานความผิดไม่ว่าจะเป็นมาตรา 56 ที่แก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2545 หรือที่มาตรา 56 ได้แก้ไขใหม่แล้วเมื่อปี พ.ศ. 2559 โดยกำหนดให้ศาลพิจารณาจากโทษที่จะลงหากไม่เกิน 5 ปี ก็เข้าหลักเกณฑ์ที่สามารถรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้ ซึ่งในมาตรา 56 ก็ยังกำหนดหลักเกณฑ์อีกว่าถ้าบุคคลใดที่ไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนและในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ย่อมหมายความว่าถ้าบุคคลเคยกระทำความผิดมาก่อนครั้งหนึ่งแล้วและศาลรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษแก่บุคคลนั้นไว้ ต่อมาได้กระทำความผิดในครั้งหลังอีกบุคคลนั้นก็เป็นผู้ที่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลจะรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้อีก เพราะกรณีที่บุคคลเคยได้รับโทษจำคุกตามความในมาตรานี้ย่อมหมายถึงการได้รับโทษจำคุกจริง ๆ จึงอาจกล่าวอย่างไม่เป็นทางการได้ว่าศาลสามารถสั่งให้รอกแล้วรอกอีกได้นั่นเอง และแม้การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจนั้นศาลจะได้พิจารณา และคำนึงถึงเหตุผลอื่น ๆ ประกอบ ตลอดจนสามารถกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้กระทำความผิดไว้ในมาตรา 56 วรรคสอง²⁸ แต่ก็ไม่ได้เป็นการประกันว่าตัวผู้กระทำความผิดจะไม่ไปกระทำความผิดซ้ำอีกในระหว่างระยะเวลา

²⁶ มาตรา 56 วรรคหนึ่ง แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2559.

²⁷ ข้อ 6 และ ข้อ 9 คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษและการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559

²⁸ มาตรา 56 วรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา

ที่ศาลกำหนด เนื่องจากในทางปฏิบัติการใช้มาตรการดังกล่าวยังขาดการพัฒนาให้เหมาะสม ทั้งในเรื่องของการจำคุก และคัดกรองบุคคลว่าบุคคลใดสมควรได้รับการปล่อยตัวไป รวมถึงกระบวนการสืบเสาะข้อมูลของผู้กระทำความผิดที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนเอาไว้อย่างชัดเจน ทั้งยังขาดกระบวนการบำบัดฟื้นฟูที่มีประสิทธิภาพประกอบกับผู้กระทำความผิดยังมีพฤติกรรมที่เป็นปัญหาต่อตนเอง เป็นภัยผู้เสียหาย เป็นภัยต่อสังคม นอกจากนี้ หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการรายงานตัวตามมาตรการคุมประพฤติยังใช้วิธีการรายงานตัวแบบสั้น ๆ จัดกิจกรรมเพื่อบริการสังคมอย่างง่าย ซึ่งเป็นวิธีการที่สะดวกเพราะมีบุคลากรและทรัพยากรอย่างจำกัด²⁹ ซึ่งการรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษเช่นนี้อาจจะส่งผลกระทบต่อผู้เสียหาย กล่าวคือ ทำให้ผู้เสียหายรู้สึกไม่ได้รับความยุติธรรมและรู้สึกหวาดกลัวที่จะต้องอยู่ร่วมกันในสังคมกับบุคคลนั้น นอกจากนี้ การที่ผู้กระทำความผิดได้รับการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษแทนที่จะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด แม้จะมีการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติไว้ ก็ย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการบำบัดแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดได้อย่างแท้จริง ทั้งอาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่รู้สึกเกรงกลัวต่อบทลงโทษของกฎหมาย และอาจกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก อันส่งผลทำให้สังคมไม่มีความปลอดภัยอีกด้วย

ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 40/2546 มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก 6 เดือน โดยโทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 2 ปี ในความผิดฐานมีอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนและพาอาวุธติดตัวไปในเมือง แต่ภายในระยะเวลาที่ศาลรอกการลงโทษจำเลยกลับมากระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายในคดีนี้³⁰ เห็นได้ว่าแม้ศาลจะให้โอกาสจำเลยในการกลับตัวกลับใจด้วยการใช้มาตรการรอกการลงโทษแก่จำเลยแล้วแต่จำเลยกลับไม่รู้สำนึกถึงโอกาสที่ได้รับ และได้กลับมากระทำความผิดที่รุนแรงขึ้นในคดีนี้³¹ หรือในคดีตามคำพิพากษาของศาลอาญาคดีหนึ่งมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยได้ขโมยสินค้าจากร้านสะดวกซื้อ อันเป็นการกระทำความผิดตามฟ้องจริง ศาลอาญามีคำพิพากษาจำคุกจำเลย 1 ปี แต่เนื่องจากจำเลยรับสารภาพ ศาลจึงเห็นควรลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุก 6 เดือนโดยไม่รอลงอาญา โดยให้เหตุผลว่าแม้ทรัพย์สินที่ขโมยนั้นจะมีมูลค่าเล็กน้อยก็ตาม แต่เมื่อจำเลยได้เคยกระทำความผิดก่อนหน้านี้นี้มาแล้วหลายครั้ง และศาลได้ให้โอกาสกลับตัวเป็นพลเมืองดีด้วยการใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษจำคุก แต่จำเลยก็ไม่ได้สำนึกถึงโอกาสที่ได้รับในการแก้ไขปรับปรุงตัว ทั้งไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย และประพฤติตัวเช่นเดิมจนกลับมากระทำความผิดและได้รับโทษในคดีนี้³¹ คำพิพากษาของศาลในคดีนี้สะท้อนให้เห็นว่าการที่ศาลเคยใช้มาตรการรอกการลงโทษกับจำเลยเพื่อให้โอกาสจำเลยในการแก้ไขปรับปรุงตัว สำนึกถึงสิ่งที่ได้กระทำลงไปและไม่ไปกระทำผิดซ้ำอีก แต่จำเลยก็มีได้นำพา ยังคงกระทำตัวเช่นเดิมในระหว่างระยะเวลาที่ได้รับโอกาสนั้น แล้วมากระทำความผิดอีก³¹

²⁹ คณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม สภาขับเคลื่อน การปฏิรูปประเทศ, รายงาน เรื่อง การพัฒนามาตรการต่อผู้กระทำความผิดอาญาแทนการควบคุมตัว (Non - custodial Measures) โดยการมีส่วนร่วมขององค์กรสหวิชาชีพและชุมชน, (สำนักกรรมการ 2 สำนักงานเลขาธิการ สภาผู้แทนราษฎร ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ, วันที่ 29 มิถุนายน พ.ศ. 2560), 4-5.

³⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 40/2546.

³¹ ทีมข่าวอาชญากรรม ผู้จัดการรายวัน, “คุก 1 ปี หนักตงงานลัก “ขนมเปี๊ยะ” เซเวนฯ 15 บาท” สืบค้นเมื่อ 17 กรกฎาคม 2567, <https://mgronline.com/crime/detail/9520000154240>

นอกจากนี้ ยังมีกรณีข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาต่าง ๆ ที่สามารถยกตัวอย่างให้เห็นถึงกรณีฐานความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง อันอาจกระทบต่อความรู้สึกมั่นคงปลอดภัยของประชาชนในสังคม แต่ยังคงอยู่ในขอบเขตตามกฎหมายที่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้ดังต่อไปนี้ เช่น กรณีกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้ภริยาของตน ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกกระหนลง 6 ปี แต่ลดโทษให้กระหนลงกึ่งหนึ่ง และให้รอกการลงโทษไว้³² หรือกรณีร่วมกันทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส แต่ให้รอกการลงโทษไว้³³ หรือกรณีจำเลยกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นแต่มีเหตุบรรเทาโทษ ทำให้โทษอยู่ในหลักเกณฑ์ที่สามารถรอกการลงโทษได้³⁴ หรือในคดีที่เยาวชนได้กระทำความผิดฐานขับรถโดยประมาทชนกับรถโดยสารประจำทางเป็นเหตุให้ผู้โดยสารถึงแก่ความตายเป็นจำนวนหลายคน ซึ่งศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดให้จำคุก 2 ปี แต่ให้รอกการลงโทษไว้ก่อนเป็นเวลา 4 ปี (คดีแพรวา 9 ศพ)³⁵ หรือกรณีจำเลยขับรถในขณะเมาสุราเป็นเหตุให้ผู้โดยสารถึงแก่ความตาย ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก 3 ปี แต่ให้รอกการลงโทษไว้ก่อน (คดีเสี่ยรถเบนซ์)³⁶ เป็นต้น

ยิ่งไปกว่านั้น ได้มีสถิติอัตราการกระทำความผิดซ้ำโดยแยกตามประเภทคดี กล่าวคือ ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยพิจารณาจากระยะเวลาติดตามพฤติกรรม 1 ปี และ 2 ปี หลังจากที่ได้รับ การปล่อยตัวในช่วงปี พ.ศ. 2561 ถึง 2565 โดยจะเสนอข้อมูลเป็นตารางต่อไปนี้

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94/2560 ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้ภริยาของตนตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ซึ่งการกระทำของจำเลยเป็นความผิดหลายกรรมต่างกันให้ลงโทษทุกกรรมเป็นกระหนความผิดไปตามมาตรา 91 จำคุกกระหนลง 6 ปี ปรับกระหนลง 10,000 บาท รวม 2 กระหน เป็นจำคุก 12 ปีและปรับ 20,000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณามีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้กระหนลงกึ่งหนึ่งตามมาตรา 78 คงจำคุก 6 ปี และปรับ 10,000 บาท โทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 2 ปี ตามมาตรา 56

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5368/2562 ศาลพิพากษาให้จำเลยมีความผิดตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี รวม 2 กระหน กระหนลง 5 ปี และปรับกระหนลง 5,000 บาท ซึ่งจำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณามีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุกกระหนลง 2 ปี 6 เดือน ปรับกระหนลง 2,500 บาท โทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 2 ปี ตามมาตรา 56.

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2459-2460/2562 ศาลพิพากษาว่าจำเลยทั้งสี่มีความผิดตามมาตรา 297 (8) มาตรา 371 ประกอบมาตรา 83 คือร่วมกันทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสโดยจำเลยทั้งสี่ให้การรับสารภาพจึงมีเหตุบรรเทาโทษลดโทษให้ และให้รอกการลงโทษไว้ตามมาตรา 56.

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5299/2562 ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามมาตรา 288, 80 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก 69 ลงโทษจำคุกจำเลย 6 ปี ทางนำสืบของจำเลยเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้หนึ่งในสามตามมาตรา 78 คงลงโทษจำคุก 4 ปี โทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้ตามมาตรา 56.

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 297-308/2562 จำเลยที่ 1 มีความผิดฐานขับรถประมาทเป็นเหตุให้ผู้โดยสารถึงแก่ความตาย และทำให้ทรัพย์สินเสียหาย ค่าให้การในชั้นพิจารณาเป็นประโยชน์ ลดโทษให้ 1 ใน 3 คงจำคุกเป็นเวลา 2 ปี โดยโทษจำคุกให้รอกการลงอาญา 4 ปี.

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2284/2562 จำเลยขับรถด้วยความเร็วเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่เมาสุราหรือของมึนเมาอย่างอื่นเป็นเหตุให้ผู้โดยสารถึงแก่ความตาย และทรัพย์สินเสียหาย ศาลพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ม.291, 300 และ พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ม.43 (2) (4), 67 วรรคหนึ่ง, 152, 157, 160 ตี วรรคสาม วรรคสี่ อันเป็นการกระทำความผิดเดียวผิดกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษฐานขับรถในขณะเมาสุรา ซึ่งเป็นบทหนักสุด ให้จำคุก 6 ปี และปรับ 200,000 บาท โดยจำเลยให้การรับสารภาพ ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุก 3 ปี พร้อมปรับ 100,000 บาท รวมทั้งมีคำสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาตขับขี่ของจำเลย และสั่งห้ามจำเลยดื่มสุรา-เบียร์ หรือเครื่องดื่มมึนเมาทุกชนิดด้วย ศาลพิเคราะห์ตามรายงานสืบเสาะแล้วโทษจำคุกจำเลยให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 3 ปี.

ตารางที่ 1 อัตราการกระทำความผิดซ้ำโดยแยกตามประเภทคดีในช่วงปี พ.ศ. 2561 ถึง ปี พ.ศ. 2565

ปี พ.ศ.	2561		2562		2563		2564		2565	
ระยะเวลาติดตาม / ลักษณะความผิด	1 ปี	2 ปี	1 ปี	2 ปี	1ปี	2 ปี	1 ปี	2 ปี	1 ปี	2 ปี
1. ความผิดเกี่ยวกับ การก่อ การร้าย	1	1	10	14	3	4	19	25	26	27
2. ความผิดเกี่ยวกับ เพศ	154	268	180	337	179	316	238	473	254	362
3. ความผิดเกี่ยวกับ ชีวิตและ ร่างกาย	555	1,021	801	1,352	576	1,199	783	1,609	651	967
4. ความผิดเกี่ยวกับ ทรัพย์	2,844	4,694	4,050	6,625	3,239	5,536	3,723	6,772	3,708	4,944

ที่มา : กรมราชทัณฑ์ ข้อมูล ณ วันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2566

จากการศึกษาพบว่า ไม่มีหน่วยงานใดรวบรวมสถิติการกระทำความผิดซ้ำภายในเวลาที่ศาลรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษจำคุก มีเพียงกรมราชทัณฑ์ที่รวบรวมสถิติการกระทำความผิดซ้ำของผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัวไปแล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก โดยแยกเป็นรายลักษณะความผิดมิได้ แยกเป็นรายฐานความผิดไว้ ดังตารางอัตราการกระทำความผิดซ้ำของผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัวไปดังกล่าวข้างต้น แม้จะไม่ได้กล่าวถึงการกระทำความผิดซ้ำในระหว่างรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ

จำคุกโดยตรงก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ยึดการคำนวณอัตราโทษจากความผิดซ้ำจากการที่ศาลตัดสินเป็นคดีถึงที่สุดให้ต้องรับโทษจำคุกอยู่ในเรือนจำแล้ว เพราะฉะนั้นหากมีการรอกการลงโทษก็ไม่นับเป็นผู้กระทำความผิดซ้ำและไม่มีการเก็บสถิติ³⁷ แต่อย่างไรก็ตาม สถิติหรือจำนวนตัวเลขเหล่านี้ล้วนเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาว่าสุดท้ายแล้ว ผู้ที่เคยได้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นในลักษณะความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินก็ตาม บุคคลเหล่านั้นก็มักไม่ได้มีความรู้สึกผิดหรือสำนึกในสิ่งที่ได้กระทำให้ไป และจะมีพฤติกรรมในลักษณะเดิมที่ทวนกลับมากระทำผิดซ้ำโดยอาจเป็นความผิดเดียวกัน หรือความผิดอื่นอันมีลักษณะที่รุนแรงกว่าเดิม ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายรวมถึงประชาชนในสังคมอีก

จากที่ได้กล่าวไปในข้างต้นไม่ว่าจะเป็นความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งหากพิจารณาจากหลักกษัตริย์ (Harm Principle)³⁸ หรือหลักความผิด (Offense Principle)³⁹ แล้วล้วนเป็นคดีที่มีความรุนแรง ร้ายแรง ส่งผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย กระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของจิตใจทั้งต่อตัวผู้เสียหายและต่อประชาชนทั่วไป ทั้งยังเป็นอันตรายที่เกิดผลร้ายและกระทบกระเทือนต่อความปลอดภัยกับสังคมส่วนรวม และผู้อื่นอีกด้วย เนื่องจากผู้คนในสังคมจะไม่มีใครเกรงกลัว ไม่เคารพและเชื่อฟังกฎหมาย เพราะเห็นว่อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ยังคงเปิดช่องให้แก่ศาลในการใช้ดุลพินิจในการใช้มาตรการรอกกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษสำหรับทุกฐานความผิดได้อยู่ เพราะฉะนั้นความผิดประเภทนี้จึงไม่ควรรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้โดยง่าย ผู้ที่กระทำความผิดจะต้องได้รับการลงโทษเสมอ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวทั้งก่อนกระทำความผิดและหลังกระทำความผิดได้มีการคิด วิเคราะห์หรือยับยั้งชั่งใจก่อนจะได้ลงมือกระทำความผิดในฐานนั้นเพราะเป็นฐานความผิดที่จะไม่สามารถใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้ เนื่องจากการกำหนดเช่นนี้จะทำให้ทั้งผู้กระทำความผิดและประชาชนในสังคมเกิดความรู้สึกเกรงกลัวต่อกฎหมายและสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์เรื่องการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) หรือการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crimes) รวมถึงการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Removal From Society) ได้

³⁷ นที จิตสง่าง, “สถิติการกระทำผิดซ้ำของผู้ต้องขังในประเทศไทย” สืบค้นเมื่อ 10 กรกฎาคม 2566, <http://www.nathee-chitsawang.com>

³⁸ **หลักกษัตริย์ (Harm Principle)** เป็นทฤษฎีที่ให้ความสำคัญกับเรื่องสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล โดยพิจารณาจากกษัตริย์ของการกระทำว่าการกระทำใดเป็นการกระทำในระดับที่เป็นการก่อกษัตริย์กับการดำรงชีวิตของประชาชนในสังคมเป็นสิ่งที่คนในสังคมไม่อาจยอมรับได้ อันทำให้เกิดกษัตริย์และการลดทอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือสังคม ย่อมถือเป็นกษัตริย์ร้ายแรงก็ควรกำหนดเป็นความผิดอาญา แต่หากการกระทำใดไม่ได้ก่อให้เกิดกษัตริย์ต่อบุคคลอื่นแม้จะผิดศีลธรรมแล้วก็ไม่ควรที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญาเพราะทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการดำรงชีวิตได้อย่างเป็นอิสระ.

³⁹ **หลักความผิด (Offense Principle)** เป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดว่าการจะกำหนดการกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้นก็ควรต้องเป็นวิธีที่จำเป็นและมีประสิทธิภาพที่สามารถป้องกันความผิดที่ร้ายแรงกับผู้อื่นได้ โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของการกระทำแม้การกระทำบางอย่างจะไม่ได้ก่อให้เกิดผลร้ายแก่ผู้อื่นแต่ถ้าหากการกระทำนั้นมีลักษณะที่เป็นการล่วงละเมิดต่อความรู้สึกของบุคคลทั่วไปก็ถือว่ามีความผิดเพียงพที่จะนำกฎหมายอาญามาใช้บังคับได้.

ฉะนั้นในฐานะความผิดบางประเภทหากศาลพิจารณาคดีตัดสินแล้วไม่ว่าจะเป็นความผิดใดก็ตามหากเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คือ เมื่อศาลมีคำพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ย่อมสามารถใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้กับทุกฐานความผิด ทั้งที่ในความเป็นจริงฐานความผิดเหล่านั้นเป็นฐานความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง รุนแรง นอกจากจะส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายโดยตรงแล้วยังส่งผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมด้วย ไม่ว่าจะเป็นลักษณะความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ ลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือลักษณะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินก็ตาม และจะกล่าวถึงลักษณะความผิดดังกล่าวอีกครั้งในหัวข้อที่ห้า

เห็นได้ว่า หากศาลตัดสินให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษตามที่กฎหมายระบุขั้นต่ำไว้ ตามตัวอย่างข้างต้น คือลงโทษจำคุก 4 ปี หรือ 5 ปี ก็เข้าเงื่อนไขของมาตรา 56 ที่ให้ศาลสามารถสั่งให้รอกการกำหนดโทษหรือ รอกการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ แต่หากพิจารณาถึงลักษณะของความผิดย่อมต้องถือว่าเป็นความผิดที่มีความรุนแรง และกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของผู้เสียหาย หรือประชาชนในสังคม แต่ในขณะเดียวกันก็ถือว่าเป็นโทษระยะสั้นที่อยู่ในหลักเกณฑ์ให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้

ทั้งนี้บทความนี้เป็นการศึกษาเชิงเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการรวบรวมเอกสาร ตำรา หลักกฎหมาย และทฤษฎีต่าง ๆ นำมาเรียบเรียงใหม่เพื่อเป็นแนวทางในการค้นหาคำตอบ ซึ่งได้ทำการศึกษาหลักกฎหมายในเรื่องการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษในประเทศออสเตรเลีย (รัฐวิกตอเรีย) ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น

4. หลักเกณฑ์การรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษของต่างประเทศ

บทความนี้ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การรอกการลงโทษ และรอกการกำหนดโทษจำคุกของต่างประเทศดังนี้ กล่าวคือ กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย (รัฐวิกตอเรีย) และประเทศอังกฤษ กับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ได้แก่ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น โดยแต่ละประเทศต่างมีรูปแบบ และหลักเกณฑ์ของมาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษที่แตกต่างกันเพราะเหตุปัจจัยต่าง ๆ แต่ในส่วนของแนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับมาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษนั้นย่อมมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ต้องการให้โอกาสผู้กระทำความผิดเล็กน้อยได้ปรับปรุงแก้ไขตนเอง เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนั่นเอง ได้แก่

ประเทศออสเตรเลีย (รัฐวิกตอเรีย) แต่เดิมมีรูปแบบ และหลักเกณฑ์การรอกการลงโทษ และรอกการกำหนดโทษใกล้เคียงกับประเทศไทย โดยปรากฏในพระราชบัญญัติ Sentencing Act 1991 คือพิจารณาเพียงอัตราโทษที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ศาลอาจใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษ หรือรอกการกำหนดโทษได้⁴⁰ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้อย่างกว้างขวางเพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิด แต่ในทางกลับกันผู้เสียหาย หรือเหยื่อ รวมถึงประชาชนในสังคมก็มีความ

⁴⁰ Section 27 of Sentencing Act 1991.

เห็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษเดิมว่ามีข้อกังวล และเล็งเห็นถึงปัญหาว่า ตนรู้สึกไม่ได้รับความยุติธรรมหากศาลใช้มาตรการดังกล่าวแก่ผู้กระทำความผิดและไม่แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะสามารถแก้ไขฟื้นฟูตนเองได้จริงหรือไม่ หากได้รับโอกาสนั้น สำหรับกรณีความผิดที่มีลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงไม่ว่าจะเป็นความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินก็ตาม และเมื่อรัฐได้รับทราบและเห็นถึงปัญหาของมาตรการดังกล่าวว่ามีข้อบกพร่องที่ควรได้รับการปฏิรูปและแก้ไข เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย จึงพยายามแก้ไขกฎหมายเรื่อยมา ในระยะแรกรัฐวิคตอเรียจึงไม่นำมาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษมาใช้สำหรับความผิดร้ายแรง⁴¹

ทั้งนี้รัฐวิคตอเรียเป็นรัฐที่มีการกำหนดให้คำนิยามเกี่ยวกับความผิดร้ายแรงเอาไว้ในพระราชบัญญัติ Sentencing Act 1991⁴² ซึ่งทำให้สะดวกต่อการนำมาปรับใช้กับมาตรการดังกล่าว เนื่องจากการกำหนดนิยามไว้เช่นนั้นย่อมทำให้เกิดความชัดเจน และไม่เป็นที่สงสัยว่าฐานความผิดใดจะเป็นความผิดร้ายแรงที่ได้รับการยกเว้นหรือไม่ เพราะได้มีการกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนแล้ว เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น⁴³ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา⁴⁴ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นด้วยอาวุธ⁴⁵ ความผิดฐานฆาตกรรมเด็ก⁴⁶ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนได้รับอันตรายสาหัส⁴⁷ ความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส⁴⁸ ความผิดฐานทำให้ได้รับบาดเจ็บไม่ว่าโดยเจตนาหรือประมาท⁴⁹ ความผิดฐานข่มขืน⁵⁰ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ⁵¹ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี⁵² ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี⁵³ ความผิดเกี่ยวกับการกระทำทางเพศระหว่างคนในครอบครัว⁵⁴ ความผิดฐานลักพาตัว⁵⁵ ความผิดฐานบุกรุก⁵⁶ ความผิดฐานลอบวางเพลิงเป็นเหตุทำให้ผู้อื่นเสียชีวิต⁵⁷ หรือ ความผิดฐานขับรถเป็นเหตุให้ผู้อื่นเสียชีวิต⁵⁸ รวมถึงความผิดที่เกี่ยวกับการก่อการร้าย ตามพระราชบัญญัติ

⁴¹ Donald Ritchie and Nick Turner, *Suspended Sentences in Victoria Monitoring Report* (Australia: BigPrint, 2010), 1-2.

⁴² Section 3 of Sentencing Act 1991

⁴³ Section 3 of Crimes Act 1958

⁴⁴ Section 3A of Crimes Act 1958

⁴⁵ Section 5 of Crimes Act 1958

⁴⁶ Section 5A of Crimes Act 1958

⁴⁷ Section 15A of Crimes Act 1958

⁴⁸ Section 17 of Crimes Act 1958

⁴⁹ Section 18 of Crimes Act 1958

⁵⁰ Section 38 of Crimes Act 1958

⁵¹ Section 40 of Crimes Act 1958

⁵² Section 49A of Crimes Act 1958

⁵³ Section 49B of Crimes Act 1958

⁵⁴ Section 50 of Crimes Act 1958

⁵⁵ Section 63A of Crimes Act 1958

⁵⁶ Section 77B of Crimes Act 1958

⁵⁷ Section 197A of Crimes Act 1958

⁵⁸ Section 318 of Crimes Act 1958

การก่อการร้าย หรือ Community Protection Act⁵⁹ ด้วย เป็นต้น และในระยะต่อมา รัฐวิคตอเรีย ประเทศออสเตรเลียก็ได้ยกเลิกมาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษสำหรับทุกความผิดในที่สุด⁶⁰ เพื่อต้องการคงไว้ซึ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษหลัก คือ เพื่อป้องกันสังคมจากอาชญากรรม ต้องการลงโทษผู้กระทำความผิดให้ออกไปจากสังคม และต้องการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำความผิดรวมถึงบุคคลอื่นในสังคมเป็นเยี่ยงอย่าง และหันมาพิจารณาเรื่องการแก้ไขฟื้นฟูเป็นลำดับรองลงมาโดยอาจนำมาปรับใช้ในระหว่างได้รับโทษตามความเป็นจริงแทน

ประเทศอังกฤษ ในระยะแรกตามพระราชบัญญัติ Criminal Justice Act 1991 ทำให้ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่เมื่อมีการพิจารณาและพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลย ก็จะมีการลงโทษจำคุกทันทีโดยจะนำมาตราการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษมาใช้เป็นบางกรณีเท่านั้น นั่นคือเฉพาะกรณีที่เป็นสถานการณ์พิเศษ⁶¹ ซึ่งหมายความว่า ในทุกคดีศาลมักจะลงโทษตามที่พิจารณาได้ความนั้นเอง และจะนำมาตราการดังกล่าวมาใช้เป็นข้อยกเว้น แต่ต่อมาเมื่อสังคมให้ความสำคัญกับสิทธิ และเสรีภาพของผู้กระทำความผิดเพิ่มมากขึ้น การลงโทษผู้กระทำความผิดในระยะต่อมาจึงเน้นที่การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมากกว่าการลงโทษเพื่อทำโทษผู้กระทำความผิดเท่านั้น หลักเกณฑ์การรอกการลงโทษในระยะต่อมา ซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติ Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 จึงขยาย และให้สิทธิแก่ผู้กระทำความผิดมากขึ้น จากที่ทุกคดีจะต้องลงโทษจำคุกตามที่ศาลมีคำพิพากษา เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นซึ่งเป็นสถานการณ์พิเศษ เป็นการกำหนดว่าเมื่อใดก็ตามที่ศาลจะพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกิน 2 ปี ไม่ว่าจะเป็ความผิดฐานใดก็ตาม ศาลอาจใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้โดยกำหนดระยะเวลาการรอกการลงโทษอย่างน้อย 1 ปี แต่ไม่เกิน 2 ปี⁶² และต่อมาแม้จะมีการปรับปรุง แก้ไขกฎหมายเรื่อยมา แต่หลักเกณฑ์ในระยะหลังก็คงไว้ซึ่งหลักเกณฑ์ในลักษณะเดียวกัน เพียงแต่ปรับเปลี่ยนระยะเวลาที่ศาลมีคำพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลย กับระยะเวลาของการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษเท่านั้น นั่นก็คือการแก้ไขในพระราชบัญญัติ Criminal Justice Act 2003⁶³ ที่กำหนดว่า หากเป็นกรณีที่ศาลพิจารณาพิพากษาลงโทษจำคุกตั้งแต่ 14 วัน แต่ไม่เกิน 2 ปี สามารถใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษได้ หรือในช่วงเวลาต่อมาที่มีการแก้ไขว่าหากเป็นกรณีที่เมื่อศาลจะมีคำพิพากษาลงโทษจำคุกตั้งแต่ 28 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 51 สัปดาห์ ให้สามารถรอกการลงโทษได้⁶⁴ จนกระทั่งในปัจจุบันก็คงเหลือเพียงแต่หลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดในพระราชบัญญัติ Sentencing Act 2020 ด้วยการใช้อายุของผู้กระทำความผิดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากรณีนั้นจะเป็นเหตุให้สามารถรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้หรือไม่ กล่าวคือ กรณีผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 21 ปี กำหนดว่าหากได้กระทำความผิดและความผิดที่กระทำนั้นศาลพิพากษาลงโทษไม่เกิน 2 ปี ศาลอาจรอกการลงโทษได้⁶⁵ และกรณีผู้กระทำความผิด

⁵⁹ Section 4 (1) of Community Protection Act 2003

⁶⁰ Sentencing Amendment 2010

⁶¹ Section 5 of Criminal Justice Act 1991

⁶² Section 118 of Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000

⁶³ Section 189 of Criminal Justice Act 2003

⁶⁴ Section 189 of Criminal Justice Act 2003

⁶⁵ Section 264 of Sentencing Act 2020

มีอายุมากกว่า 21 ปี กำหนดว่าหากผู้กระทำความผิดได้รับโทษจำคุกอย่างน้อย 14 วัน แต่ไม่เกิน 2 ปี ศาลอาจให้รอกการลงโทษได้⁶⁶ แต่หากได้กระทำความผิดที่ได้รับโทษจำคุกในคราวเดียวกันตั้งแต่ 2 ความผิดขึ้นไป และโทษนั้นรวมกันแล้วมากกว่า 2 ปี ก็จะไม่สามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้ ส่งผลให้การแก้ไขกฎหมายตั้งแต่ในอดีตมาจนถึงปัจจุบันทำให้ศาลใช้มาตรการดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น แต่เพื่อเป็นการจำกัดการใช้ดุลพินิจของศาลไม่ให้กว้างจนเกินไปก็ยังคงกำหนดเอาไว้ดีกว่า หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดในคราวเดียวกันมากกว่าสองความผิดขึ้นไป⁶⁷ ก็จะไม่สามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้

ประเทศเยอรมนี เป็นประเทศที่มีรูปแบบ และหลักเกณฑ์เรื่องการรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษใกล้เคียงกับประเทศไทยด้วยการพิจารณาจากอัตราโทษที่ศาลจะพิพากษาลงโทษเป็นเกณฑ์ ซึ่งเงื่อนไขการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 56 ว่าสำหรับกรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี โดยพิจารณาจากข้อสันนิษฐานว่าจำเลยจะไม่ไปกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคต⁶⁸ และกรณีที่ศาลมีค่าพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี⁶⁹ หากพิจารณาลักษณะความผิดหรือเหตุอื่น ๆ ประกอบแล้ว ศาลอาจรอกการลงโทษได้ อย่างไรก็ตาม แม้จะได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้างขวางซึ่งอาจจะนำไปใช้ได้กับทุกความผิดก็ตามที่ศาลจะพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนดแล้ว แต่ประเทศเยอรมนียังคงมีบทตัดอำนาจศาลในการใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษในกรณีที่เป็นการมีความผิดร้ายแรงเพื่อเป็นการป้องกันระเบียบและรักษากฎหมายเพื่อคงไว้ซึ่งความเคารพกฎหมายของประชาชนไว้ด้วยแม้ในคดีที่ศาลจะลงโทษจะเป็นโทษระยะสั้นหรือเป็นการกระทำความผิดครั้งแรกก็ตาม⁷⁰

ประเทศญี่ปุ่น กำหนดมาตรการรอกการลงโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น มาตรา 25 โดยเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางซึ่งแทบจะทุกฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญา และมีความใกล้เคียงกับของประเทศไทยเช่นเดียวกัน โดยพิจารณาเพียงว่าหากเป็นคดีที่ศาลจะลงโทษไม่เกิน 3 ปี ก็สามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้ เช่น ความผิดฐานมีส่วนร่วมวางแผนในการก่อการร้ายต้องระวางโทษจำคุกโดยไม่มีงานทำตลอดชีวิต⁷¹ ความผิดฐานช่วยเหลือหรือสนับสนุนในการก่อการร้ายต้องระวางโทษจำคุกโดยไม่มีงานทำ 7 ปี⁷² ความผิดฐานบุกรุกต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี⁷³ ความผิดฐานกระทำอนาจารในที่สาธารณะระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน⁷⁴ ความผิดฐานกระทำอนาจารโดยใช้กำลังต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน แต่ไม่เกิน 10 ปี⁷⁵ ความผิดฐานข่มขืนซึ่งมีอัตราโทษจำคุก

⁶⁶ Section 277 of Sentencing Act 2020

⁶⁷ Section 264 (3)(a) and Section 277 (3)(a) of Sentencing Act 2020

⁶⁸ Section 56 (1) of The German Criminal Code

⁶⁹ Section 56 (2) of The German Criminal Code

⁷⁰ Section 56 (3) of The German Criminal Code

⁷¹ Article 77 (1)(ii) of The Penal Code of Japan

⁷² Article 79 of The Penal Code of Japan

⁷³ Article 130 of The Penal Code of Japan

⁷⁴ Article 174 of The Penal Code of Japan

⁷⁵ Article 176 of The Penal Code of Japan

ประเภทต้องทำงานและใช้แรงงานด้วยเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี⁷⁶ หรือ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่กำหนดอัตราโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต⁷⁷ หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายที่มีอัตราโทษจำคุกซึ่งต้องทำงานหรือใช้แรงงานด้วยเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี⁷⁸ หรือกรณีความผิดฐานลักทรัพย์ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี⁷⁹ หรือกรณีความผิดฐานปล้นทรัพย์ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี⁸⁰ กรณีความผิดฐานชิงทรัพย์ที่มีอัตราโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 ปี⁸¹ ฐานความผิดเหล่านี้ หากศาลใช้ดุลพินิจลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดไม่เกิน 3 ปี ย่อมอยู่ในเงื่อนไขที่สามารถรอกการลงโทษได้⁸² อันส่งผลให้ศาลใช้มาตรการดังกล่าวกับผู้กระทำความผิดเป็นจำนวนมาก ซึ่งหากพิจารณาจากลักษณะของการกระทำความผิดแล้วในทุกฐานความผิดล้วนเป็นการกระทำที่ร้ายแรงทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ก็ได้มีการบัญญัติยกเว้นห้ามมิให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษเด็ดขาด หากเป็นกรณีที่คดีนั้นมีการใช้มาตรการควบคุมสอดส่องและผู้นั้นได้กระทำความผิดภายในระยะเวลาควบคุมสอดส่อง กล่าวคือ คดีแรกศาลให้รอลงโทษและใช้มาตรการควบคุมสอดส่องด้วยแต่ต่อมาได้มากระทำความผิดภายในระยะเวลาควบคุมสอดส่องในคดีหลังในคดีหลังก็จะไม่สามารถรอกการลงโทษได้อีก⁸³ ส่งผลให้ศาลมักมีคำพิพากษาให้รอกการลงโทษพร้อมกับใช้มาตรการควบคุมสอดส่องกับคดีที่มีความร้ายแรงเพื่อเป็นบทตัดการใช้มาตรการดังกล่าว

จะเห็นได้ว่าในประเทศออสเตรเลีย (รัฐวิกตอเรีย) ได้ยกเลิกการใช้มาตรการรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษสำหรับฐานความผิดที่มีความร้ายแรงในระยะแรก โดยมีการกำหนดนิยามของการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงไว้อย่างชัดเจน ซึ่งส่งผลต่อการกำหนดหลักเกณฑ์ในการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษที่ไม่ต้องพิจารณาอีกว่าการผิดใดที่จะถือเป็นความผิดร้ายแรง เพราะมีกฎหมายกำหนดนิยามเอาไว้แล้ว จึงสามารถหยิบยกมาปรับใช้ได้ทันที ว่าความผิดที่ร้ายแรงเหล่านั้นไม่ควรได้รับประโยชน์จากมาตรการรอกการลงโทษ ส่วนประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น ที่จะมีหลักเกณฑ์การรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษที่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางกว่า แต่ในประเทศเหล่านั้นก็ล้วนมีข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจเอาไว้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดว่าหากได้กระทำความผิดในคราวเดียวกันตั้งแต่สองความผิดขึ้นไปก็จะไม่สามารถใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้สำหรับประเทศอังกฤษ หรือในประเทศเยอรมนีที่มีข้อจำกัดว่าหากมิได้กระทำการลงโทษแล้วจะทำให้ความเคารพในกฎหมายของประชาชนต้องเสื่อมเสียไปและเพื่อเป็นการป้องกันระเบียบและรักษากฎหมาย แม้ว่าคดีที่ศาลจะลงโทษจะเป็นโทษระยะสั้นหรือเป็นการกระทำความผิดครั้งแรก ศาลก็ไม่อาจใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้ หรือในประเทศญี่ปุ่นที่มีบทห้ามมิให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษเด็ดขาดหากเป็นกรณีที่คดีนั้นมีการใช้มาตรการควบคุมสอดส่องและ

⁷⁶ Article 177 of The Penal Code of Japan

⁷⁷ Article 199 of The Penal Code of Japan

⁷⁸ Article 205 of The Penal Code of Japan

⁷⁹ Article 235 of The Penal Code of Japan

⁸⁰ Article 236 of The Penal Code of Japan

⁸¹ Article 240 of The Penal Code of Japan

⁸² Article 25 (1) of The Penal Code of Japan

⁸³ Article 25 (2) of The Penal Code of Japan

ผู้นั้นได้กระทำความผิดภายในระยะเวลาควบคุมสอดส่อง ในคดีหลังก็จะไม่สามารถรอการลงโทษได้อีก ส่งผลให้ศาลมักมีคำพิพากษาให้รอการลงโทษพร้อมกับใช้มาตรการควบคุมสอดส่องกับคดีที่มีความร้ายแรงเพื่อเป็นบทตัดการใช้มาตรการดังกล่าว และนอกจากนี้แม้ในประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น จะมีได้มีการกำหนดนิยามความผิดร้ายแรงเอาไว้รวมถึงประเทศไทย แต่เมื่อพิจารณาจากประเภทของความผิด และลักษณะของความผิดแล้วก็มักเป็นความผิดประเภทเดียวกันที่จะถูกกำหนดเป็นข้อยกเว้นหรือข้อจำกัด ซึ่งในทุกประเทศก็มักจะนำกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมมาเป็นเกณฑ์เพื่อบ่งบอกว่าการกระทำเหล่านี้ถือเป็นความผิดร้ายแรงเพราะเป็นสิ่งที่คนในสังคมไม่เห็นชอบด้วย และไม่อาจยอมรับได้นั่นเอง กล่าวคือ แม้จะไม่ได้กำหนดนิยามความผิดร้ายแรงเอาไว้แต่ก็อาจอนุมานได้เองว่าการกระทำใดที่ควรเป็นความผิดร้ายแรงโดยพิจารณาจากบรรทัดฐานของสังคม ศีลธรรม หรือจรรยา

5. ฐานความผิดที่ไม่ควรรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษจำคุก

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้นทั้งในเรื่องความสำคัญของปัญหา บททั่วไปเกี่ยวกับความหมายของการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ แนวคิดเกี่ยวกับการรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ ทฤษฎีเกี่ยวกับการรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ รวมถึงแนวคิดเรื่องการลงโทษและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และแนวทางการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษของต่างประเทศแล้ว ทำให้ผู้เขียนตระหนักได้ว่าในประมวลกฎหมายอาญามีฐานความผิดบางประเภทที่มีลักษณะเป็นความผิดร้ายแรงที่ไม่ควรให้รอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิด เนื่องจากเป็นฐานความผิดที่ลักษณะของการกระทำความผิดนั้นร้ายแรง รุนแรง และเป็นอันตรายอันส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายหรือเหยื่อทั้งทางร่างกายและทางจิตใจรวมถึงส่งผลกระทบต่อดำรงชีวิตร่วมกันของประชาชนในสังคม

ฐานความผิดบางประเภทมีลักษณะเป็นความผิดที่ร้ายแรง เช่น ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

โดยจะพิจารณาลักษณะของการกระทำความผิดนั้นจากด้านคุณธรรม จริยธรรม และศีลธรรม และด้านกฎหมาย ซึ่ง**ประการแรก** ได้แก่ ด้านคุณธรรม จริยธรรม และศีลธรรม กล่าวคือ ปกติมนุษย์ทุกคนในสังคมส่วนใหญ่ย่อมปรารถนาถึงการดำรงชีวิตของตนให้สามารถอยู่ร่วมกันกับผู้อื่นได้อย่างสงบสุข ทุกคนอยู่บนพื้นฐานของการมีสิทธิอย่างอิสระในการดำเนินการหรือกระทำการต่าง ๆ トラบเท่าที่ไม่เป็นการเบียดเบียนบุคคลอื่น ทุกคนจึงต้องให้ความเคารพซึ่งกันและกัน และต้องปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนอันเป็นบรรทัดฐานของสังคม เพื่อเป็นการสร้างกรอบว่าการกระทำเพียงใดเป็นการกระทำที่อยู่ในระดับที่สังคมสามารถให้การยอมรับได้ และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลอื่น ฉะนั้นมนุษย์ทุกคนจึงต้องแสดงออกผ่านการกระทำที่ดีต่อกัน และสิ่งที่เป็นตัวกำหนดว่าการกระทำใดจะเป็นสิ่งที่

เรียกว่า ความดี หรือความชั่ว ความถูกต้อง หรือความผิด คือ คุณธรรม⁸⁴ จริยธรรม⁸⁵ หรือศีลธรรม⁸⁶ ซึ่งเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ในสังคมมาตั้งแต่ในสมัยอดีต ก่อนที่จะมีการกำหนดกฎหมายมาพิจารณาเพื่อแยกแยะ การกระทำดังกล่าว โดยในยุคสมัยก่อนที่จะมีกฎหมาย หรือหลักเกณฑ์อื่นมาเป็นตัวแบ่งแยกว่าสิ่งใดเป็น สิ่งที่ถูก หรือผิด ผู้คนในสังคมจึงนำกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับศีลธรรมหรือจริยธรรม มาเป็นเกณฑ์ในการนิยาม ถึงการกระทำเหล่านั้นด้วยการพิจารณาจากคุณค่า หรือศีลธรรมที่คนในสังคมยึดถือ และประพฤติปฏิบัติ ตามกันมาเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าการกระทำใดเป็นสิ่งที่ถูกต้อง สังคมให้การยอมรับได้ หรือ สิ่งใดเป็นที่สิ่งไม่ถูกต้องซึ่งสังคมไม่อาจยอมรับได้

ประการที่สอง พิจารณาจากกฎหมาย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้แก่

1. กรณีสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ที่กำหนดไว้ในหมวดที่ 3 ซึ่งสืบเนื่องมาจากการที่ ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศ มีผลผูกพันให้ประเทศไทยต้องรายงานสถานการณ์สิทธิมนุษยชนแต่ละด้านต่อสหประชาชาติ และต้องมีการปรับปรุงรัฐธรรมนูญ หรือกฎระเบียบต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับพันธกรณี โดยในปฏิญญาดังกล่าวได้มีการกำหนดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่พึงได้รับไม่ว่าในเรื่องสิทธิในการมีชีวิตอยู่⁸⁷ ตามมาตรา 28 วรรคหนึ่ง⁸⁸ หรือเสรีภาพในความมั่นคงปลอดภัยของบุคคล ปลอดภัยจากการถูกทำร้าย

⁸⁴ **คุณธรรม (Virtue)** ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานให้คำนิยามว่าหมายถึง สภาพคุณงามความดี คุณความดี ความดี งาม ซึ่งคุณธรรมถือเป็นเรื่องภายในจิตใจ และเป็นสิ่งสำคัญในการสร้างระเบียบแบบแผนให้แก่สังคม เสริมสร้างความสงบสุขและความ เจริญแก่บุคคล ดังนั้น บุคคลใดที่มีคุณงามความดีจากภายใน เช่น เป็นผู้ที่มีความคิดดี มีทักษะการพูดที่ดี มีความจริงใจ และแสดงการ กระทำออกมาผ่านกระบวนการที่ได้ถูกกลั่นกรองผ่านการวิเคราะห์ แยกแยะมาแล้ว จึงเป็นผู้ที่มีคุณธรรม ซึ่งสิ่งเหล่านี้ล้วนส่งผลให้เป็น สิ่งส่งเสริมถึงการพัฒนาบุคลิกภาพ ส่งเสริมการสร้างมิตรภาพของบุคคลอีกด้วย ทำให้ผู้คนอยู่ร่วมกันได้อย่างมีความสุข ประสบความสำเร็จในการดำรงชีวิตและสังคมเกิดความสงบสุข.

⁸⁵ **จริยธรรม (Ethics)** เป็นถ้อยคำที่มักถูกกล่าวถึงควบคู่กับคำว่าคุณธรรม แต่เมื่อแยกพิจารณาแล้วคำว่าจริยธรรมเป็นคำ ที่มาจากคำว่า “จริยะหรือจริยา” หมายถึง การกระทำที่ควรประพฤติปฏิบัติ ส่วนคำว่า “ธรรม” หมายถึง คุณงามความดีที่คนในสังคม ประพฤติ เมื่อนำมารวมกันจึงเกิดความหมายใหม่ว่า คุณงามความดีที่คนในสังคมควรประพฤติปฏิบัติ จริยธรรมจึงหมายถึง ความดีงาม คุณงามความดีที่มุ่งแสดงออกผ่านทางกรกระทำ หรือการประพฤติปฏิบัติของคนในสังคม ซึ่งแตกต่างจากคุณธรรมที่เป็นเรื่องคุณงาม ความดี หรือความดีงามที่อยู่ภายในจิตใจ.

⁸⁶ **ศีลธรรม (Morals)** ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้คำนิยามว่า หมายถึง ความประพฤติที่ดีที่ชอบ ศีลและ ธรรม ธรรมในระดับศีล ความประพฤติในทำนองคลองธรรมของหลักคำสอนศาสนา ศีลธรรมเป็นกฎเกณฑ์การปฏิบัติของคนในสังคมที่ แสดงออกตามวิถีชีวิตที่ได้รับมาจากการถ่ายทอดในอดีตซึ่งเป็นการบังคับความคิดของตนเองเพื่อไม่ให้ไปตามสัญชาตญาณ ให้ สามารถยับยั้งชั่งใจจากการกระทำที่จะส่งผลกระทบต่อผู้คนในสังคมได้ ศีลธรรมจึงเป็นสิ่งที่ทำให้บุคคลมีความเอื้อเฟื้อ เห็นอกเห็นใจ ซึ่งกันและกัน.

⁸⁷ Article 3 of Universal Declaration of Human Rights

⁸⁸ มาตรา 28 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ทรมาน ทารุณกรรม⁸⁹ ตามมาตรา 28 วรรคสี่⁹⁰ มีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยตนเองและโดยร่วมกับผู้อื่น จะถูกเอาทรัพย์สินไปจากตนตามอำเภอใจไม่ได้⁹¹ ตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง⁹²

2. บทบัญญัติมาตรา 77 วรรคสามตอนท้ายที่บัญญัติว่า “...พึงกำหนดโทษในความผิดอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง” แม้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ฉบับดังกล่าวจะมีได้อธิบายถึงนิยามของคำว่า ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงเอาไว้แน่ชัด แต่เพื่อให้เกิดความชัดเจนในมาตราดังกล่าว คณะรัฐมนตรีจึงได้มอบหมายให้คณะกรรมการพัฒนากฎหมายดำเนินการพิจารณาและเสนอเกี่ยวกับการใช้โทษทางอาญา ซึ่งต่อมาคณะกรรมการพัฒนากฎหมายก็ได้ออกคำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย โดยให้คำนิยามความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง⁹³ ว่าหมายถึง การกระทำที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลซึ่งสิทธิส่วนบุคคลนั้นถือเป็นสิ่งที่สำคัญและในรัฐธรรมนูญของทุกประเทศได้บัญญัติรับรองสิทธิให้แก่ประชาชน จึงถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดที่ไม่อาจถูกกระทบกระเทือนหรือถูกแทรกแซงได้ ดังนั้น การกระทำใดที่เป็นการกระทำต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน หรือเสรีภาพ และส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้นไม่ว่ามากน้อยเพียงใด หรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกระทบต่อสังคมวงกว้างโดยตรงอันมีผลต่อการใช้ชีวิตในการอยู่ร่วมกันไม่ว่าในด้านสังคม เศรษฐกิจ การเมืองการปกครอง หรือสิ่งแวดล้อม การกระทำเหล่านั้นก็สมควรที่จะกำหนดโทษในความผิดอาญา อย่างไรก็ตาม แม้หลักเกณฑ์ในมาตรา 77 วรรคท้ายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นจะกล่าวถึงการพิจารณาลักษณะของการกระทำที่ควรกำหนดโทษในความผิดอาญาว่าควรเป็นความผิดร้ายแรง มิได้กล่าวถึงลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงว่าควรกำหนดเป็นความผิดอาญา แต่หากพิจารณาแล้วเมื่อมีการกำหนดโทษอาญาให้แก่การกระทำความผิดเหล่านั้น หมายความว่า การกระทำความผิดในลักษณะนั้นก็ย่อมเป็นความผิดร้ายแรงด้วยเช่นกัน

จะเห็นได้ว่าความผิดประเภทเหล่านั้น กล่าวคือ ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงตามคำนิยามดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับเป็นความผิดที่มีการกำหนดโทษอาญาเอาไว้ ย่อมถือเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง และความผิดเหล่านั้นมีความเสี่ยงที่จำเลยจะกลับมากระทำความผิดซ้ำอีกในระหว่างรอการกำหนดโทษ หรือรอการลงโทษ กรณีเช่นนี้ย่อมจะทำให้เกิดผลกระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคมในด้านความมั่นคงและปลอดภัยต่อการใช้ชีวิตได้ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

⁸⁹ Article 5 of Universal Declaration of Human Rights

⁹⁰ มาตรา 28 วรรคสี่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁹¹ Article 17 (1) of Universal Declaration of Human Rights

⁹² มาตรา 37 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁹³ คำแนะนำคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย.

ตัวอย่างฐานความผิดที่อยู่ในเงื่อนไขตามมาตรา 56 ที่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรอกำหนดโทษหรือรอกำหนดโทษ เช่น

1. กรณีความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ได้แก่ ความผิดฐานก่อการร้าย⁹⁴ หรือความผิดฐานขู่เชิญว่าจะทำการก่อการร้าย สะสมกำลังพลหรืออาวุธ จัดหาหรือรวบรวมทรัพย์สิน ให้หรือรับการฝึกการก่อการร้าย ตระเตรียมการอื่นใด หรือสมคบกัน เพื่อก่อการร้าย⁹⁵ หรือความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนในการก่อการร้าย⁹⁶ หรือความผิดฐานเป็นสมาชิกของคณะบุคคลซึ่งมีมติของหรือประกาศภายใต้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติกำหนดให้เป็นคณะบุคคลที่มีการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย⁹⁷ เป็นต้น

ลักษณะความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย มีเจตนารมณ์ของกฎหมาย สืบเนื่องมาจากภายหลังการเกิดวินาศกรรมการโจมตีสหรัฐอเมริกา โดยมูลเหตุของการเกิดวินาศกรรมครั้งนี้เกิดขึ้นเนื่องจากกลุ่มอัลเคดา⁹⁸ ที่มีความเชื่อว่าความวุ่นวายของโลกตะวันออกกลางและอิสลามเกิดขึ้นมาจากสหรัฐอเมริกาจึงทำการก่อเหตุร้ายแรงขึ้น และต่อมาได้เกิดการขยายกลุ่มอื่น ๆ เพิ่มมากยิ่งขึ้นเรื่อยมาอยู่ตามดินแดนต่าง ๆ โดยมีรูปแบบ และการดำเนินการในลักษณะที่คล้ายกัน มีการทำงานด้วยการประสานงานกัน มีการรับสมัครอย่างเป็นระบบ จนตรวจสอบได้ยากขึ้น ด้วยการใช้ชื่อและวิธีการที่แตกต่างกันไป⁹⁹

สำหรับเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หลังจากที่เกิดเหตุการณ์วินาศกรรมดังกล่าว ส่งผลให้ภูมิภาคนี้เป็นภูมิภาคที่สหรัฐอเมริกาเฝ้าระวังเป็นอย่างสูงเพราะเป็นหนึ่งในฐานของการปฏิบัติการของกลุ่มอัลเคดามาจนถึงปัจจุบัน สถานการณ์การก่อการร้ายของเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เริ่มต้นมาจากการเปลี่ยนแปลงของระบอบการปกครองที่ส่วนใหญ่มีก่นำระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย และระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมตะวันตกมาปรับใช้ แต่ปราศจากความระมัดระวัง มิได้ปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมกับวัฒนธรรมในพื้นที่นั้น ๆ ประชากรในประเทศไม่มีความพร้อม การพัฒนาเศรษฐกิจ และการเมืองของประเทศเหล่านี้จึงเกิดการเอารัดเอาเปรียบจากทุนนิยม เหตุผลเหล่านี้ก็นำมาสู่การหลอหลอมให้เกิดความเกลียดชังของโลกทุนนิยมไม่ว่าจะเป็นระบอบการปกครองแบบตะวันตก หรือระบบเศรษฐกิจแบบสหรัฐอเมริกา¹⁰⁰

⁹⁴ มาตรา 135/1 ประมวลกฎหมายอาญา

⁹⁵ มาตรา 135/2 ประมวลกฎหมายอาญา

⁹⁶ มาตรา 135/3 ประมวลกฎหมายอาญา

⁹⁷ มาตรา 135/4 ประมวลกฎหมายอาญา

⁹⁸ อัลเคดา เคยเป็นเครือข่ายสนับสนุนของกองทัพโซเวียตในสงครามอัฟกานิสถานในช่วงทศวรรษที่ 1980 แต่ต่อมาโซเวียตถอยกำลังในปี 1989 กลุ่มนี้จึงสลายไปและรวมกับกลุ่มอิสลามติดอาวุธอื่น และก่อตั้งเป็น อัลเคดา โดย โอซามา บิน ลาดิน และเชื่อว่าสหรัฐ อเมริกาเป็นต้นเหตุของความวุ่นวายทั้งหมดในตะวันออกกลางและโลกอิสลามตั้งแต่สมัยอ่าวเปอร์เซีย จึงเป็นเหตุผลในการปฏิบัติการก่อการร้าย ณ ตึก World Trade Center และอาคาร Pentagon.

⁹⁹ ไทยรัฐออนไลน์, “21 ปี 9/11 จาก อัลกออิดะห์ โอเอส ถึงยุคตาลีบันอัฟกานิสถาน” สืบค้นเมื่อ 11 กันยายน 2565, <https://plus.thairath.co.th/topic/speak/102086>

¹⁰⁰ จุฑาทิพ คล้ายทับทิม, “การก่อการร้ายในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้,” *วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์* 31 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 12-13.

อย่างไรก็ตาม ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เป็นภูมิภาคที่มีความสำคัญทั้งต่อกลุ่มการค้าการร้าย และประเทศสหรัฐอเมริกาหลายด้าน¹⁰¹ ได้แก่ ด้านภูมิศาสตร์ ด้านความขัดแย้งทางชาติพันธุ์ และศาสนา ด้านภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ ด้านเสถียรภาพทางการเมือง หรือปัญหาทางเศรษฐกิจ และด้านความสำคัญทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ปัจจัยเหล่านี้ล้วนมีความสำคัญกับทั้งฝ่ายสหรัฐอเมริกา และฝ่ายกลุ่มการค้าการร้ายทั้งสิ้น ทั้งนี้เดิมประเทศไทยเป็นประเทศที่มีใช้เป้าหมายโดยตรงของกลุ่มการค้าการร้าย แต่เนื่องจากประเทศไทยมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น โดยเฉพาะประเทศตะวันตกที่เป็นเป้าหมายของกลุ่มการค้าการร้าย ส่งผลให้ประเทศไทยตกอยู่ภายใต้ความเสี่ยงดังกล่าวที่ต้องเข้าไปผูกพันกับข้อตกลงบางประการ เพื่อให้ประเทศไทยเกิดความปลอดภัย และปราศจากอันตราย แต่เหตุการณ์เหล่านั้นส่งผลให้ประชาชนในประเทศเกิดความหวาดกลัวไม่น้อยแม้จะไม่ได้เกิดเหตุการณ์ต่อประเทศไทยโดยตรง อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยเองกลับมีปัญหาคาความรุนแรงในทางภาคใต้ ซึ่งมีลักษณะรูปแบบการดำเนินการของการก่อการร้ายมากยิ่งขึ้น ประเทศไทยจึงต้องให้ความสำคัญกับปัญหาดังกล่าว¹⁰²

ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานก่อการร้ายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองภัยคุกคามจากการก่อการร้าย ที่มุ่งประสงค์ต่อชีวิตประชาชน หรือทำลายทรัพย์สินให้เกิดความเสียหาย เพื่อสร้างความปั่นป่วนให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน และทำให้เกิดความวุ่นวายในประเทศเพื่อบังคับขู่เข็ญให้รัฐบาลไทย หรือรัฐบาลของรัฐใด หรือองค์การระหว่างประเทศจำยอมต้องกระทำ หรือละเว้นการกระทำตามที่มีการเรียกร้อง ซึ่งการกระทำดังกล่าวได้เกิดในประเทศใกล้เคียง และมีแนวโน้มอาจเกิดขึ้นภายในประเทศไทยได้ จึงได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานการก่อการร้ายขึ้นมา¹⁰³

เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ และเหตุผลในการกำหนดให้การกระทำเกี่ยวกับการก่อการร้ายเป็นความผิดทางอาญานั้น ก็เพื่อต้องการให้ความคุ้มครอง และเป็นหลักประกันต่อประชาชนภายในประเทศจากการถูกทำร้ายจากกลุ่มคนที่มีความประสงค์ในการมุ่งทำลายต่อชีวิต และทรัพย์สินของบุคคล ให้เกิดความเสียหาย เพื่อสร้างความปั่นป่วนโดยให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน และทำให้เกิดความวุ่นวายในประเทศ หรือเพื่อบังคับขู่เข็ญให้รัฐบาลไทย รัฐบาลของรัฐใด หรือองค์การระหว่างประเทศ จำยอมต้อง

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน, 14-16.

¹⁰² อัครวิน ศุภระสร, “ความผิดฐานก่อการร้ายในประเทศไทย : มาตรการป้องกันและปราบปราม” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), 76-77.

¹⁰³ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ คือ เนื่องจากในสถานการณ์ปัจจุบัน ปรากฏว่า มีภัยคุกคามจากการก่อการร้าย โดยมุ่งประสงค์ต่อชีวิตของประชาชนผู้บริสุทธิ์ หรือทำลายทรัพย์สินให้เกิดความเสียหาย เพื่อสร้างความปั่นป่วนโดยให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชนและทำให้เกิดความวุ่นวายในประเทศ หรือเพื่อบังคับขู่เข็ญให้รัฐบาลไทย รัฐบาลของรัฐใด หรือองค์การระหว่างประเทศ จำยอมต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำตามที่มีการเรียกร้องของผู้ก่อการร้าย ซึ่งการกระทำเช่นนั้นได้เกิดขึ้นในประเทศใกล้เคียง และมีแนวโน้มว่าจะเกิดขึ้นภายในประเทศ อันจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างร้ายแรง นอกจากนี้ การกระทำดังกล่าวยังเป็นการกระทำในลักษณะการร่วมมือกระทำความผิดระหว่างประเทศ ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ 1373 เมื่อวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 2001 ขอให้ทุกประเทศร่วมมือดำเนินการป้องกันและปราบปรามการกระทำใดที่เป็นการก่อการร้าย รวมถึงการสนับสนุนทางทรัพย์สินหรือกรณีอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์จะนำไปใช้ดำเนินการก่อการร้าย หรือเป็นสมาชิกขององค์กรก่อการร้าย โดยเหตุที่การก่อการร้ายเป็นการกระทำที่เป็นภัยร้ายแรง ต้องแก้ไขปัญหาให้ยุติลงอย่างรวดเร็ว จึงเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศและความปลอดภัยสาธารณะ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้.

กระทำ หรือละเว้นการกระทำตามที่มีการเรียกร้องของผู้ก่อการร้าย แม้ในช่วงเริ่มต้นภัยคุกคามดังกล่าว จะมิได้เกิดขึ้นกับประเทศไทยโดยตรง แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในเป้าหมายทั้งสองฝ่ายไม่ว่าจะเป็นฝ่ายผู้ก่อการร้าย หรือฝ่ายของประเทศที่ถูกคุกคาม ดังนั้น เมื่อสถานการณ์ภายนอกประเทศเริ่มมีความร้ายแรง และทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น รัฐบาลยังต้องให้ความสำคัญคุ้มครองกับผู้คนภายในประเทศเพิ่มมากยิ่งขึ้นด้วย เพื่อรองรับเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตข้างหน้า ประกอบกับในระยะหลังทางภาคใต้ของประเทศไทยก็เริ่มเกิดเหตุการณ์ความไม่สงบ มีการประทุษร้ายต่อกันโดยการใช้อาวุธปืน ระเบิด เพื่อบังคับ ช่มชู้ ประชาชนในพื้นที่บริเวณนั้นให้มีจุดมุ่งหมายเดียวกันกับตน โดยมีมูลเหตุมาจากทางด้านการเมือง หรือด้านศาสนา เป็นต้น เพราะฉะนั้น หากเกิดการกระทำก่อการร้ายแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นวงกว้างทั้งต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลรวมถึงของประเทศชาติ นอกจากนี้ ยังเกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจ ระบบขนส่ง ระบบคมนาคม รวมถึงระบอบการเมือง และด้านศาสนาของคนในประเทศที่มีการนับถืออย่างหลากหลายอีกด้วย ดังนั้น ผู้ใดที่ได้กระทำ ความผิดดังกล่าวก็สมควรที่จะต้องได้รับการลงโทษให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

2. กรณีความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁰⁴ หรือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม¹⁰⁵ เป็นต้น

ลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ มีเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อที่จะคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในเนื้อตัว ร่างกาย จิตใจ รวมถึงชื่อเสียงและเกียรติคุณของบุคคลในสังคมที่บุคคลเหล่านั้นย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในทางเพศได้อย่างอิสระ ที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดโดยบุคคลอื่นเนื่องจากทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของในร่างกายของตนเอง ฉะนั้นบุคคลอื่นก็ไม่ควรที่จะมากระทำละเมิด นอกจากนี้ ยังเพื่อคุ้มครองและรักษามาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมด้วย เพราะการกระทำละเมิดในทางเพศย่อมเป็นสิ่งที่คนในสังคมไม่สามารถให้การยอมรับได้ถึงขนาดที่ว่าในบางกรณีแม้จะได้รับความยินยอมในการกระทำแต่กฎหมายก็ยังบัญญัติห้ามไว้ ทั้งนี้เมื่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดทั้งต่อศีลธรรมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐจึงได้กำหนดให้การกระทำเช่นนี้เป็นความผิดทางอาญา

จากการวิเคราะห์โครงสร้างความผิดของฐานกระทำชำเราผู้อื่นทำให้ทราบถึงการกระทำที่จะเป็นองค์ประกอบความผิดว่าจะต้องมีการข่มขืนบังคับจิตใจ และกระทำชำเรา ต่อผู้อื่น ซึ่งการข่มขืนบังคับจิตใจก็คือการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยมิได้รับความยินยอม ได้แก่ ชูเชิญให้เกิดความกลัว เช่น การใช้อาวุธปืน ช่มชู้ หรือชูว่าจะฆ่าหากไม่ยินยอม หรือการใช้กำลังประทุษร้ายไม่ว่าจะกระทำต่อร่างกาย หรือจิตใจ เช่น การสะกดจิต การใช้ยาทำให้มึนเมา หรือการกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ทั้งในกรณีที่ไม่สามารถขัดขืนได้จากสภาพภายในของผู้เสียหายเอง กล่าวคือ เพราะการเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมบูรณ์ หรือทุพพลภาพ และกรณีที่ไม่สามารถขัดขืนได้จากสภาพภายนอก กล่าวคือ การอยู่ในสถานที่เปลี่ยว หรือทำให้ผู้เสียหายเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น เป็นต้น

¹⁰⁴ มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา

¹⁰⁵ มาตรา 277 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา

ส่วนการกระทำชำเรา¹⁰⁶ ก็คือการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศล้วงลำอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น ทั้งสองประการเป็นสิ่งสำคัญที่บ่งบอกว่าการกระทำของคุณคนนั้นจะครบองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่นั่นเอง รวมถึงการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ซึ่งมีลักษณะการกระทำที่ใกล้เคียงกันแตกต่างกันเพียงแต่วัตถุแห่งการกระทำจะต้องเป็นเด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้สามมีหรือภริยาของตนไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายในการกำหนดให้การกระทำเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดทางอาญานั้น เห็นได้ว่าเพื่อต้องการให้ความคุ้มครอง และเป็นหลักประกันจากการถูกล่วงละเมิดของคุณคน เพราะการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนอิสรภาพ กระทบต่อเนื้อตัว และร่างกาย นอกจากนี้ ยังกระทบต่อจิตใจ ซึ่งขัดต่อเสรีภาพในการตัดสินใจเพราะเป็นการกระทำที่บังคับให้เหยื่อหรือผู้ถูกกระทำต้องยอมจำนนต่อสิ่งที่เขาไม่ได้ยินยอม ทั้งยังเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยิ่งไปกว่านั้นแม้ในอดีตก่อนที่จะมีการกำหนดให้การกระทำนี้เป็นความผิดในทางกฎหมาย การกระทำเหล่านี้ก็เป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรม จริยธรรมมาตั้งแต่ในสมัยนั้นแล้ว เป็นสิ่งที่ผู้คนไม่อาจยอมรับได้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำชำเรา หรือการกระทำอนาจารก็ตาม นอกจากจะกระทบกระเทือนต่อชีวิต และร่างกายแล้ว ก็ยังกระทบกระเทือนต่อชื่อเสียง เกียรติคุณอีกด้วย ส่งผลให้ผู้ถูกกระทำไม่อาจดำเนินชีวิตต่อไปได้อย่างปกติสุข

เห็นได้ว่าแม้การกระทำชำเราต่อบุคคลที่มีวุฒิภาวะมากพอแล้วยังถือเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องที่ต้องให้การคุ้มครอง ดังนั้น หากการกระทำเหล่านั้นเกิดขึ้นกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายก็ยิ่งต้องให้ความคุ้มครองมากยิ่งขึ้นไปอีก สังเกตได้จากเรื่องความยินยอม ที่แม้ตัวเด็กผู้ถูกกระทำจะให้ความยินยอมก็ตาม ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดอยู่

ฉะนั้นเมื่อวิเคราะห์จากเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทั้งก่อนที่จะมีการบัญญัติให้การกระทำความผิดฐานกระทำชำเราซึ่งเป็นความผิดในทางอาญา การกระทำเหล่านี้ก็ถือเป็นความผิดในตัวเองซึ่งเป็นความผิดต่อกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมที่ประชาชนในสังคมไม่อาจยอมรับได้อยู่ก่อนแล้ว โดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำอันร้ายแรง รุนแรง ที่เป็นการกระทำซึ่งกระทบต่อร่างกายอันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุดของการเป็นมนุษย์ที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองไว้¹⁰⁷ จึงสรุปได้ว่าหากมีบุคคลกระทำผิดเหล่านี้ บุคคลเหล่านั้นก็สมควรต้องรับโทษให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อเป็นการลงโทษนั่นเอง

3. กรณีความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ได้แก่ ความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย¹⁰⁸ หรือความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น¹⁰⁹ หรือกรณีกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย โดยความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดตามที่บัญญัติ

¹⁰⁶ มาตรา 1 (18) ประมวลกฎหมายอาญา

¹⁰⁷ มาตรา 28 วรคสึ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁰⁸ มาตรา 290 ประมวลกฎหมายอาญา

¹⁰⁹ มาตรา 295 ประมวลกฎหมายอาญา

ไว้ในมาตรา 289¹¹⁰ หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายรับอันตรายสาหัส¹¹¹ หรือกรณีกระทำความผิดตามมาตรา 297 โดยความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289¹¹² เป็นต้น

ลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย มีเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองคุณธรรมที่เป็นส่วนบุคคล นั่นคือ การคุ้มครองชีวิตของตัวบุคคลนั้นรวมถึงคนในสังคม เพราะมนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิที่มีชีวิตอยู่และได้รับความคุ้มครองจากรัฐตามรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย นอกจากจะเป็นความผิดที่กระทบกระเทือนต่อชีวิต ต่อเนื้อตัวและร่างกายของผู้ถูกกระทำหรือเหยื่อเองแล้ว ยังกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนส่วนรวมในสังคมอีกด้วย¹¹³ ซึ่งหากพิจารณาจากลักษณะของการกระทำความผิดจะเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีความมุ่งหมายที่จะให้ผู้เสียหายถึงแก่ชีวิต อันถือเป็นการละเมิดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล และเป็นสิ่งที่คนในสังคมไม่อาจยอมรับได้เพราะเป็นสิ่งที่ไม่ดีทั้งศีลธรรม และกฎหมาย นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจิตใจของผู้กระทำแล้วบุคคลนั้นย่อมเป็นผู้ที่มีจิตใจชั่วร้ายการปล่อยให้ผู้กระทำลอยนวล และใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุขบนความเจ็บปวดของบุคคลอื่นนั้น เป็นสิ่งที่วิญญูชนไม่เห็นพ้องด้วย จึงได้มีการกำหนดให้การกระทำนี้เป็นความผิดอาญานั้นเอง นอกจากนี้ เมื่อได้วิเคราะห์โครงสร้างความผิดของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น และฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น ลักษณะของการกระทำ หรือสภาพความผิดของฐานผิดฐานนั้น ๆ ทำให้เห็นว่าวิธีการอันเป็นการกระทำที่จะทำให้เกิดเป็นความผิดได้ เป็นสิ่งที่ผู้อาจ ร้ายแรง ซึ่งไม่ว่าใครก็ตามไม่ควรไปกระทำต่อบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นการฆ่าโดยใช้วิธีการต่าง ๆ เช่น การกดน้ำ¹¹⁴ การขับรถชนตาย¹¹⁵ การยิงปืน¹¹⁶ การใช้มีดแทง¹¹⁷

¹¹⁰ มาตรา 296 ประมวลกฎหมายอาญา

¹¹¹ มาตรา 297 ประมวลกฎหมายอาญา

¹¹² มาตรา 298 ประมวลกฎหมายอาญา

¹¹³ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1: ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง (พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), 19-21.

¹¹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 617/2526 ข้อเท็จจริงฟังได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้ตายและฆ่าผู้ตายโดยวิธีกดให้จมน้ำจนสำลักน้ำตายเพื่อปกปิดความผิดของจำเลย.

¹¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1270/2526 จำเลยขับรถชนผู้ตายจนกระดูกซี่โครงหักจนกำหนดพอลิงจุดตรวจซึ่งมีแผงเหล็กเครื่องหมาย “หยุด” ตั้งอยู่กลางถนน ตำรวจได้ไปนำศพและให้สัญญาณให้จำเลยหยุด จำเลยกลัวถูกจับ จึงไม่หยุดรถ แต่กลับเร่งเครื่องยนต์เหล็กเครื่องหมายจราจรพุ่งเข้าใส่ตำรวจที่ยืนอยู่ทางซ้าย 2-3 คนแต่ตำรวจกระโดดหลบเสียทัน ดังนี้ จำเลยย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำได้ว่ารถยนต์ที่จำเลยขับพุ่งเข้าใส่เช่นนั้น จะต้องชนตำรวจที่ยืนอยู่ในถนนถึงแก่ความตายได้ จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่าเจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติกรตามหน้าที่ตาม ป.อ.มาตรา 289,80.

¹¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1478/2528 จำเลยกับพวกพร้อมกันใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายถูกที่ด้านหลัง กระสุนปืนติดบริเวณไขสันหลัง ขาด ผู้ตายเป็นอัมพาตตั้งแต่เอวจนจดเท้าและถึงแก่ความตายสืบเนื่องมาจากบาดแผลที่ถูกยิงและภาวะติดเชื้ออย่างรุนแรงหลังจากเกิดเหตุ 9 เดือนเศษ ดังนี้ ผู้ตายถึงแก่ความตายสืบเนื่องมาจากบาดแผลที่ถูกยิง แม้จะเนื่องจากการรักษาไม่ดีขึ้นบาดแผลติดเชื้อ ก็เป็นผลธรรมดาอันสืบเนื่องมาจากการกระทำของจำเลย จำเลยจึงมีความผิดฐานฆ่าผู้ตายโดยเจตนา.

¹¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 7663/2540 ผู้ตายถูกจำเลยทำร้ายร่างกาย โดยใช้มีดพร้าฟันบริเวณลำคอ 2 ครั้ง จนระบบหายใจเป็นอัมพาตและถึงแก่ความตายหลังเกิดเหตุประมาณ 56 วันปรากฏตามรายงานการชันสูตรพลิกศพของแพทย์ว่า การตายของผู้ตายเกิดจากภาวะหายใจล้มเหลวจากปอดอักเสบติดเชื้อ ซึ่งเป็นภาวะแทรกซ้อนจากระบบหายใจเป็นอัมพาต อันเนื่องจากไขสันหลังช่วงคอถูกทำลายซึ่งเป็นผลที่เกิดจากการถูกจำเลยฟันทำร้ายทั้งสิ้นและผู้ตายถึงแก่ความตายขณะที่ยังต้องรักษาอาการที่เกิดจากการถูกจำเลยทำร้าย และไม่ปรากฏว่ามีเหตุพิเศษอื่นใดเกิดขึ้นกับผู้ตายอีก การตายของผู้ตายจึงเป็นผลธรรมดาที่เกิดจากการถูกจำเลยฟันทำร้าย.

การวางยาพิษ¹¹⁸ หรือการใช้สัตว์มีพิษ¹¹⁹ ก็ตาม หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ด้วยการใช้ไม้หรือขวานทุบตี¹²⁰ หรือชกต่อย¹²¹

จากที่ยกตัวอย่างเห็นได้ว่า การกระทำที่จะครบองค์ประกอบความผิดของฐานความผิดต่าง ไม่ว่าจะเป็นในอดีตก่อนที่จะมีการบัญญัติให้เป็นความผิดต่อกฎหมาย หรือในปัจจุบันที่ได้บัญญัติให้เป็นความผิดต่อกฎหมายแล้ว ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าการจะตัดสินว่าบุคคลใดมีการกระทำความผิดฐานนั้นหรือไม่ คงใช้เพียงกฎเกณฑ์ของสังคมเท่านั้น การกระทำที่จะถือเป็นความผิดจึงอ้างอิงจากหลักเกณฑ์ทางศีลธรรมมาก่อนทั้งสิ้น โดยใช้ความรู้สึก จิตใต้สำนึก จิตวิญญาณของวิญญาณธรรมชาติเพื่อพิจารณาว่าการกระทำใดถูกหรือผิด แม้อ้อมมาเมื่อมีการบัญญัติให้เป็นความผิดต่อกฎหมาย หลักเกณฑ์ทางสังคมก็ยังคงถูกนำมาใช้เป็นพื้นฐานของการบัญญัติให้การกระทำต่าง ๆ เป็นความผิดอยู่ ซึ่งอาจพิจารณาได้จากเจตนารมณ์อันเป็นสิ่งที่จะอธิบายเหตุผลของการบัญญัติให้การกระทำเหล่านั้นเป็นความผิด ดังเช่น ลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ที่มีเจตนารมณ์ในการที่จะกำหนดให้เป็นความผิดต่อกฎหมายก็เพื่อป้องกันและคุ้มครองชีวิตของประชาชนในสังคม เพราะบุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการมีชีวิตอยู่ตามสิทธิขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ¹²² ผู้ใดจะมาทำลายมิได้ เมื่อพิจารณาทั้งจากหลักเกณฑ์ทางด้านศีลธรรม รวมทั้งนิยามที่กฎหมายกำหนดขึ้นมา การกระทำความผิดดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาและมีโทษทางอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคท้าย ดังนั้น ผู้ที่กระทำความผิดเหล่านี้จึงสมควรที่จะต้องได้รับโทษให้เป็นไปตามสัดส่วนของการกระทำที่ตนได้กระทำลงไป

4. กรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ได้แก่ ความผิดฐานชิงทรัพย์¹²³ หรือความผิดฐานปล้นทรัพย์ เป็นต้น

ลักษณะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ มีเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สิ้นเนื่องจากทรัพย์สิ้นถือเป็นปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตและเป็นสิ่งที่สามารถวัดคุณภาพของประชากรในสังคมได้ ประกอบกับการที่มีผู้กระทำความผิดในการกระทำนี้ จะทำให้เศรษฐกิจของบ้านเมืองเกิดความเสียหาย คือ เจ้าของทรัพย์จะไม่สามารถประกอบกิจการใด ๆ ได้ เพราะต้องคอยระวังและกังวลว่าทรัพย์ของตนนั้นจะสูญหายหรือไม่ หรือตนจะถูกชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ไปหรือไม่ ซึ่งนอกจากการสูญเสียวทรัพย์

¹¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1429/2515 จำเลยเอายาฆ่าแมลงให้บุตรชายสองคนของจำเลยกินด้วยเจตนาแต่ประการเดียวที่จะให้บุตรทั้งสองตายไปพร้อม ๆ กันกับตน หากได้มีเจตนาที่จะให้ตายแยกเป็นคน ๆ ไปไม่ เมื่อบุตรของจำเลยตายคนหนึ่ง อีกคนหนึ่งไม่ตายการกระทำความผิดของจำเลยก็เป็นการกระทำอันเป็นกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท.

¹¹⁹ เทียบเคียงคำพิพากษาฎีกาที่ 235/2498 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยจับผู้ตายโดยเจตนาจำเลยจะผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา นั้น โจทก์จะต้องสืบให้ได้ความว่าผู้ตายนั้นกัดผู้ใดแล้วผลธรรมชาติอันควรเกิดขึ้นและน่าจะเกิดขึ้นก็คือผู้ตายนั้นจะแก่ความตายเมื่อโจทก์ไม่สืบและข้อเท็จจริงกลับฟังได้ว่าจำเลยกระทำไปโดยมีความเชื่อมั่นว่าผู้ตายซึ่งได้รับการลัก (จากจำเลย) แล้วถูกงูเห่ากัดจะไม่เป็นอันตรายถึงชีวิต ทั้งพยานโจทก์ว่าถ้ารักษาดีหรือกินยา ก็หายได้ดังนั้นก็กลับยังลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาไม่ได้.

¹²⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 659/2498.

¹²¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 193/2519.

¹²² มาตรา 28 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹²³ มาตรา 339 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา

แล้วก็อาจจะเกิดการกระทบกระเทือนต่อเนื้อตัวและร่างกายได้หากการลักทรัพย์นั้นได้กระทำด้วยการประทุษร้ายต่อร่างกาย หรือหากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายเคยถูกระงับมาก่อนก็อาจจะรู้สึกท้อและไม่ต้องการที่จะประกอบกิจการอีก เนื่องจากตนได้พยายามทำมาหากินด้วยวิชาชีพที่สุจริตให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน แต่กลับมีบุคคลอื่นมาฉวยโอกาสเอาสิ่งที่ตนหาได้มาไปก็อาจจะหมดกำลังใจ¹²⁴

ในทางกลับกันตัวผู้กระทำความผิดก็จะกระทำผิดต่อไปเป็นนิสัยและไม่คิดที่จะลงมือทำมาหากินด้วยอาชีพที่สุจริต ไม่มีความมานะพยายามในการดำรงชีพ และคอยแต่จะหาผลประโยชน์จากทรัพย์สินที่บุคคลอื่นหามาได้อย่างง่ายดาย ส่งผลทำให้บุคคลเหล่านั้นไม่รู้ถึงคุณค่าของสิ่งที่มีอยู่ ใช้จ่ายสุรุ่ยสุร่ายไม่ประหยัดอดออม เมื่อทรัพย์สินนั้นหมดไปก็จะกลับมากระทำผิดซ้ำอีกต่อไปเรื่อย ๆ ไม่รู้จัก ดังนั้นการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์จึงเป็นการกระทำความผิดที่ส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินและความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม¹²⁵ เมื่อความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เป็นความผิดที่มีวัตถุประสงค์หรือเจตนากรณีในการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคลในสังคมเพื่อให้สามารถใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุข ไม่ต้องหวาดระแวงว่าทรัพย์สินของตนเองที่หามาได้โดยสุจริตนั้นจะถูกขโมยโดยบุคคลอื่นไปเมื่อใด และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดฐานชิงทรัพย์ และความผิดฐานปล้นทรัพย์ ที่มีองค์ประกอบของการประทุษร้ายต่อเนื้อตัวและร่างกายของเจ้าของทรัพย์อยู่ด้วยก็ย่อมเป็นอันตรายมากยิ่งขึ้นไปอีกสมควรที่จะต้องมีการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์เป็นอย่างยิ่ง ทั้งยังเป็นการกระทำความผิดที่ไม่เพียงแต่กระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายรายบุคคลเท่านั้นแต่กระทบกระเทือนต่อสังคมส่วนรวมด้วย ดังนั้นกฎหมายตั้งแต่ในอดีตจนกระทั่งปัจจุบันได้เล็งเห็นถึงความสำคัญและความปลอดภัยของสังคมจึงได้มีการกำหนดให้การกระทำเช่นนี้เป็นความผิดอาญาในประมวลกฎหมาย

สำหรับลักษณะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์นั้นหากมองภาพรวมอาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำต่อวัตถุ สิ่งของ ไม่ได้มีการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อเนื้อตัวและร่างกาย อย่างไรก็ตามลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่ทั้งกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม และกฎหมายก็ให้ความสำคัญคุ้มครองต่อทรัพย์สินของเจ้าของกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกัน เพราะทั้งกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมและกฎหมายให้ความสำคัญกับความเสมอภาคและความเท่าเทียมกัน ผู้ใดที่ทำมาหาได้โดยสุจริต ได้ทรัพย์สินนั้นมาบุคคลนั้นก็ควรเป็นเจ้าของ เพื่อเป็นขวัญกำลังใจแก่บุคคลที่ตั้งใจ มุ่งมั่น ในการทำงานต่าง ๆ นั้นจึงเป็นเหตุผลว่าเหตุใดจึงต้องให้ความสำคัญคุ้มครองแก่สิ่งของ หรือวัตถุของบุคคลในสังคม ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อการลักทรัพย์ ที่มีมีการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจเข้ามาเกี่ยวข้อง การกระทำนั้นก็ย่อมร้ายแรงยิ่งกว่าเพราะนอกจากผู้ถูกระงับอาจสูญเสียทรัพย์สินที่ตนทำมาหาได้แล้วก็อาจสูญเสียชีวิตและร่างกายจากการกระทำในครั้งนั้นเพียงเพื่อให้ได้ทรัพย์ไปอีกด้วย อีกทั้งยังเป็นฐานความผิดที่กฎหมายให้ความสำคัญและคุ้มครองมาตั้งแต่อดีต แม้ในช่วงแรกจะเป็นการคุ้มครองเพียงแต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น แต่เมื่อเวลาผ่านไปก็ได้มีการบัญญัติให้ความสำคัญคุ้มครองเพิ่มขึ้นแปรผันตามกันเนื่องจากผู้กระทำ

¹²⁴ พระวรภักดิ์พิบูลย์, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, 120. อ้างถึงใน วัชรินทร์ งามสุวรรณวานิช, “เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานชิงทรัพย์และปล้นทรัพย์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), 42.

¹²⁵ ปัญญา วรวิวัฒน์, *กฎหมายอาญา ภาคความผิดและละหุโทษ มาตรา 107 ถึงมาตรา 398*, 583. อ้างถึงใน วัชรินทร์ งามสุวรรณวานิช, เรื่องเดียวกัน, 47.

ความผิดได้มีการพัฒนาวิธีการกระทำความผิดและร้ายแรงมากยิ่งขึ้นด้วยการเอาชีวิตและร่างกายของเจ้าของกรรมสิทธิ์มาเกี่ยวข้องเพื่อให้ตนเองสะดวกแก่การเอาทรัพย์สินหรือวัตถุนั้นไป ด้วยเหตุนี้ การที่ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่นอกจากจะกระทบต่อทรัพย์สิน หรือวัตถุต่าง ๆ แล้ว และยังมีผลกระทบต่อชีวิตและร่างกายย่อมถือเป็นความผิดที่ร้ายแรงนั่นเอง

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ สำหรับฐานความผิดในทางอาญานั้นหากได้พิจารณาจากแนวคิดหรือทฤษฎีที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา ทฤษฎีเพื่อการลงโทษ หรือทฤษฎีการรอกการลงโทษก็ตาม ทั้งนี้จะไม่ว่าประเทศใดก็ตามล้วนมีแนวคิด หลักการ หรือเหตุผลที่คล้ายคลึงกันหรือหากแตกต่างกันก็เพียงเล็กน้อยเท่านั้น อาจเป็นเพราะปัจจัยในการรับอิทธิพลต่าง ๆ มาตั้งแต่ในสมัยอดีต เห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นลักษณะความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ ลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินก็ตาม เหตุผลของการกำหนดให้เป็นความผิด หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการบัญญัติขึ้นมา รวมถึงสิ่งที่ต้องการให้ความคุ้มครองย่อมใกล้เคียงกัน ในทุกประเทศจึงมีการบัญญัติให้การกระทำเหล่านั้นเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของประเทศตนเอง ทั้งนี้อาจแตกต่างกันเพียงบทลงโทษ กล่าวคือ

กรณีประเทศออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย ได้กำหนดให้ลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานฆาตกรรม ความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับบาดเจ็บไม่ว่าโดยเจตนาหรือประมาท ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสไม่ว่าโดยเจตนาหรือโดยประมาทก็ตาม เป็นต้น ซึ่งเป็นความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติอาชญากรรม หรือ Crimes Act 1958 ของประเทศและรัฐดังกล่าว เป็นความผิดร้ายแรง เนื่องจากความผิดเหล่านี้หากพิจารณาจากลักษณะของการกระทำความผิด และผลที่ผู้ถูกระทำได้รับแล้ว ล้วนเป็นความผิดที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพในชีวิตและร่างกายของผู้ถูกระทำหรือเหยื่อ รวมถึงประชาชนในสังคม ทั้งยังผิดต่อศีลธรรม คุณธรรม และจริยธรรม อันเป็นสิ่งที่ประชาชนไม่อาจยอมรับได้ และเพื่อความชัดเจนต่อการปรับใช้กฎหมาย หรือเพื่อให้สามารถเข้าใจได้ว่าความผิดลักษณะใดเป็นความผิดร้ายแรง จึงได้มีการกำหนดความผิดเหล่านั้นไว้ในนิยามของความผิดร้ายแรง ซึ่งเมื่อความผิดเหล่านี้ได้ถูกกำหนดว่าเป็นความผิดร้ายแรง ส่งผลให้สะดวกต่อการจัดหมวดหมู่ หรือการจัดทำข้อยกเว้นต่าง ๆ ดังเช่น ในกรณีที่เกิดปัญหา หรือข้อวิจารณ์เกี่ยวกับกฎหมายในเรื่องการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษที่มาจากประชาชนในสังคม หรือเหล่านักวิชาการ และนักกฎหมาย

ทั้งนี้รวมถึงลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศด้วยไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งบุคคลธรรมดา หรือเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบสองปี หรือต่ำกว่าสิบหกปี ความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ และความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามพระราชบัญญัติการก่อการร้าย เป็นต้น เหล่านี้ก็ได้ถูกกำหนดไว้ในนิยามของความผิดร้ายแรงในพระราชบัญญัติ Sentencing Act 1991 ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม แม้ลักษณะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินในรัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลียจะไม่ได้

ถูกกำหนดเอาไว้ว่าเป็นความผิดร้ายแรงตามนิยามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติ Sentencing Act 1991 ก็ตาม แต่หากพิจารณาลักษณะของการกระทำแล้วก็ย่อมอนุมานได้ว่าเป็นสิ่งที่ร้ายแรง และสุดท้ายแล้วเมื่อปรับใช้เรื่องมารัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลียก็ได้ยกเลิกการลงโทษหรือการกำหนดโทษสำหรับทุกความผิดในที่สุด

ส่วนกรณีประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น ทั้งสามประเทศนี้เป็นประเทศที่ไม่มีการกำหนดนิยามของ “ความผิดร้ายแรง” เอาไว้อย่างในรัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลีย เช่นเดียวกับประเทศไทยซึ่งก็ได้มีการให้นิยามของความผิดร้ายแรงเอาไว้อย่างชัดเจนว่าได้แก่ความผิดฐานใดบ้าง เพียงแต่ให้ข้อเสนอแนะหรือข้อพิจารณาเอาไว้ว่าการกระทำในลักษณะใดบ้างที่อาจเป็นความผิดร้ายแรงได้ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากการกำหนดช้อยกเว้น หรือข้อจำกัดในเรื่องการลงโทษหรือการกำหนดโทษแล้ว ความผิดที่เป็นช้อยกเว้นหรือข้อจำกัดมักเป็นความผิดที่ปรากฏในลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยมีเหตุผลที่ใกล้เคียงคล้ายกันทั้งสิ้น นั่นคือ เพราะความผิดเหล่านั้นเป็นความผิดที่มีลักษณะของการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพในชีวิตและร่างกาย กระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้ถูกกระทำหรือเหยื่อ รวมถึงผู้คนในสังคม การกระทำความผิดเหล่านี้จึงถูกยกเว้นหรือถูกจำกัดเอาไว้ ทั้งนี้แม้จะมีได้มีการกำหนดนิยามเอาไว้ชัดเจนอย่างในประเทศออสเตรเลีย (รัฐวิกตอเรีย) แต่ในประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี หรือประเทศญี่ปุ่นก็ได้นำเอาหลักเกณฑ์ หรือกฎในทางศีลธรรม หรือคุณธรรม รวมถึงความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมมาเป็นพื้นฐานในการพิจารณาเพื่อแสดงให้เห็นว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกครรถองครองธรรม เป็นสิ่งที่ปู้คุณธรรมดาไม่ประพฤติปฏิบัติ การกระทำความผิดเหล่านั้นจึงเป็นความผิดความร้ายแรงอยู่ในตัวเองแม้จะมีได้มีการนิยามเอาไว้ก็ตาม

จากการพิจารณาเป็นรายลักษณะฐานความผิดต่าง ๆ ประกอบกับการพิจารณาหลักเกณฑ์ในทางศีลธรรม จริยธรรม หรือคุณธรรมของสังคม รวมถึงเปรียบเทียบฐานความผิดอันเป็นการกระทำร้ายแรงตามกฎหมายต่างประเทศแล้ว กับทั้งเมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา ตลอดจนองค์ประกอบความผิดของฐานความผิดนั้น ๆ รวมถึงยกตัวอย่างคำพิพากษาเพื่ออธิบายการกระทำว่าการกระทำนั้นร้ายแรงอย่างไร จึงนำมาสู่ข้อสรุปที่ว่าฐานความผิดอันควรถือเป็นความผิดร้ายแรง ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดฐานขู่เข็ญ หรือสะสมกำพล หรืออาวุธ ความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการก่อการร้าย ความผิดฐานเป็นสมาชิกที่ทำการก่อการร้าย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีนไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานชิงทรัพย์ และความผิดฐานปล้นทรัพย์

6. พฤติการณ์ที่ศาลมักการลงโทษหรือการกำหนดโทษ

ตามที่กล่าวไปข้างต้นแม้การกระทำความผิดในลักษณะความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน จะมีลักษณะของการกระทำหรือสภาพเป็นความผิดร้ายแรงตามกฎหมายเกณฑ์ต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นก็ตาม แต่มิได้หมายความว่าหากเกิดการกระทำความผิดดังกล่าวแล้วศาลจะต้องพิจารณาใช้ดุลพินิจในการไม่รอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษไปเสียทุกกรณี หากแต่ต้องพิจารณาในบางพฤติการณ์ที่ถึงแม้จะเป็นความผิดดังกล่าวก็ยังคงอำนาจให้ศาลในการใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษไว้ได้อยู่

จากการศึกษาเกี่ยวกับพฤติการณ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาเพื่อให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษแล้วไม่ว่าจะเป็น ประเทศไทย ประเทศออสเตรเลีย (รัฐวิกตอเรีย) ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี หรือประเทศญี่ปุ่น ล้วนมีพฤติการณ์ที่คล้ายคลึงกัน แต่ในการพิจารณาเพื่อนำมาใช้อาจแตกต่างกันเพียงเล็กน้อย กล่าวคือ มีการพิจารณาอายุของผู้กระทำความผิด¹²⁶ ประวัติ ความประพฤติ ลักษณะนิสัยของผู้กระทำความผิด อาชีพ หน้าที่การงาน¹²⁷ สติปัญญา การศึกษา¹²⁸ สุขภาพร่างกาย สุขภาพจิตใจ¹²⁹ การรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น¹³⁰ สำหรับประเทศไทยพฤติการณ์เหล่านี้มักถูกนำมาเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาว่าจะให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษหรือไม่ หากผู้กระทำความผิดอายุยังน้อยก็มักให้โอกาสเพื่อแก้ไขฟื้นฟูตนเอง เพราะมองว่าการกระทำความผิดนั้นอาจเกิดจากการกระทำไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ไม่มีวุฒิภาวะมากพอที่จะคิด วิเคราะห์ แยกแยะ หรือหากผู้กระทำความผิดมีอายุมากแล้วก็อาจเป็นพฤติการณ์ที่ศาลอาจให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษก็ได้ เพราะมองว่าอาจส่งตัวผู้กระทำความผิดที่มีอายุมากแล้วเข้าสู่เรือนจำอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพร่างกายของผู้นั้น หรือส่งผลกระทบต่อบุคลากรที่จะต้องให้การดูแลเป็นพิเศษ นอกจากนี้ ยังพิจารณาประวัติ ความประพฤติ หรือลักษณะนิสัยส่วนตัว ที่หากบุคคลนั้นไม่เคยมีประวัติกระทำความผิดมาก่อน หรือปกติเป็นคนที่มีนิสัยดี จิตใจโอปอ้อมอารีก็มักให้โอกาสเพื่อแก้ไขฟื้นฟูตนเอง รวมถึงพิจารณาอาชีพการงาน

¹²⁶ พิจารณาอายุ ไม่ว่าจะอายุมากหรือน้อยก็ตามหากได้กระทำไปโดยขาดความรู้สึกผิดชอบชั่วดี ไม่มีวุฒิภาวะ กระทำไปโดยการคิดคะนอง ศาลอาจนำมาพิจารณาเพื่อรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษได้.

¹²⁷ ประวัติ ความประพฤติ นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิด หากผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีคุณงามความดีในอดีต ความประพฤติไม่เสื่อมเสีย เป็นคนนิสัยดี โอบอ้อมอารี ช่วยเหลือผู้อื่น ไม่เอาเปรียบผู้อื่น ไม่เห็นแก่ตัว ประกอบอาชีพสุจริตเป็นหลักแหล่งมั่นคง มีเกียรติในสังคม ไม่คบหานักเลงอันธพาล หรือมั่วสุมในแหล่งที่มีการกระทำความผิดชุกชุม ศาลอาจนำมาพิจารณาประกอบได้ เช่น การรับราชการเป็นผู้ว่าราชการจังหวัด กำนัน นายอำเภอ ผู้ใหญ่บ้าน ครู อาจารย์ หนายความ พยาบาล เป็นต้น.

¹²⁸ สติปัญญา และการศึกษา เช่น การทำผิดเพราะโง่เขลา เบาปัญญา กระทำไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือมีการศึกษาขั้นต่ำหรือชั้นสูง เป็นเหตุให้กระทำความผิดขึ้น แต่ด้วยเหตุที่มีการศึกษาที่ดีนั้นอาจทำคุณประโยชน์แก่ประเทศชาติต่อไปได้ ศาลอาจให้รอกการลงโทษได้ เช่น จำเลยเป็นนักเรียนอยู่ระหว่างการศึกษามีวิชาเสพติดไว้ในครอบครอง ศาลให้รอกการลงโทษได้เพื่อให้โอกาสกลับตัวเป็นคนดีและทำการศึกษาต่อเพื่ออนาคตของจำเลย หรืออยู่ในระหว่างการศึกษแต่กลับกระทำความผิดโดยขาดความรับผิดชอบ ศาลให้รอกการลงโทษได้ หรือกำลังศึกษาเล่าเรียนอยู่ นับว่าอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดี อาจช่วยให้กลับตัวได้ดีกว่าการลงโทษจำคุก เป็นต้น.

¹²⁹ สุขภาพ และภาวะแห่งจิต เช่น เจ็บป่วยเรื้อรัง เป็นโรคติดต่อร้ายแรง พิการ เป็นโรคประสาทหรือเป็นหญิงมีครรภ์ ศาลอาจรอกการลงโทษให้ได้ เพราะหากให้รับโทษไปจะทำให้สุขภาพกาย และสุขภาพจิตเป็นอันตรายร้ายแรง.

¹³⁰ การรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น คือ การรู้สึกผิดต่อสิ่งที่ตนได้กระทำลงไป พยายามที่จะรับผิดชอบ ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วยการชดใช้ค่าเสียหาย เป็นต้น.

การศึกษา หากเป็นผู้ที่ประกอบอาชีพการงานที่ดี มีความน่าเชื่อถือ และสามารถทำคุณประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมได้ศาลก็จะนำมาเป็นเหตุให้ใช้มาตรการดังกล่าว หรือในทางกลับกัน การมีหน้าที่การงานที่ดี มีการศึกษาที่สูงก็อาจไม่ได้โอกาสจากมาตรการดังกล่าวเสมอไป เพราะถูกมองว่าเมื่อเป็นคนมีความรู้ดี มีการศึกษาสูง มีอาชีพที่มั่นคง น่าไว้วางใจ ก็ย่อมต้องรู้จักผิดชอบชั่วดีมากกว่าบุคคลอื่น กรณีเช่นนี้ศาลก็ไม่อาจให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้ รวมถึงการพิจารณาสุขภาพร่างกาย และสุขภาพจิตใจ หากมีโรคประจำตัว หรือโรคทางจิต เช่น โรคซึมเศร้า ศาลก็จะพิจารณาเป็นกรณีพิเศษที่ต้องให้ความสำคัญกับคุณภาพชีวิตและอาจให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษเอาไว้ก่อนหรือจนกว่าบุคคลนั้นจะหายเป็นปกติ เพราะหากส่งตัวเข้าไปในเรือนจำทันทีก็อาจจะทำให้สุขภาพเป็นอันตรายร้ายแรงกว่าเดิมได้ อย่างไรก็ตาม พฤติการณ์ที่กล่าวไปข้างต้นนั้นหากปรากฏในการพิจารณาของประเทศออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี หรือประเทศญี่ปุ่น ศาลมักจะนำพฤติการณ์เหล่านั้นมาเป็นเพียงเหตุผลโทษ หรือบรรเทาโทษลงเท่านั้นมิได้นำไปเพื่อพิจารณาว่าจะให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษหรือไม่ หมายความว่าผู้กระทำความผิดก็ยังคงต้องได้รับโทษอยู่แต่โทษนั้นจะลดลง

นอกจากนี้ ยังมีการพิจารณาถึงสภาพความผิด ลักษณะของการกระทำความผิด¹³¹ สำหรับประเทศไทยนอกจากพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำความผิด ความร้ายแรงของการกระทำความผิด ยังพิจารณาต่อไปถึงพฤติการณ์ของคดีที่มีเหตุป้องกันทำให้ไม่ต้องรับผิด¹³² หรือมีเหตุบันดาลโทสะทำให้ลดโทษได้¹³³ หรือกรณีที่มีการกระทำเกิดขึ้นโดยไม่เจตนา หรือประมาท¹³⁴ ก็ตามเพื่อนำมาพิจารณาในการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษด้วย แต่สำหรับประเทศออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย ประเทศอังกฤษ ไม่ได้คำนึงว่าการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นเพราะเหตุที่ได้กระทำโดยเจตนา หรือไม่เจตนา กระทำโดยประมาทหรือไม่ประมาท ถ้าหากเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นขึ้นแล้วบุคคลนั้นก็ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดอยู่¹³⁵ ยิ่งไปกว่านั้นยังนำเอาหลักความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมมาพิจารณาเป็นลำดับแรกเพื่อเป็นเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจในการใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษอีกด้วย

¹³¹ การพิจารณาลักษณะของการกระทำความผิด ความหนักเบา ร้ายแรงของผู้กระทำความผิด หรือความผิดที่เกิดขึ้นร้ายแรงเพียงใด หากศาลใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษจะส่งผลให้ผู้อื่นเอาเยี่ยงอย่างหรือไม่ ซึ่งอาจประกอบด้วยพฤติการณ์แห่งการกระทำ และ มูลเหตุในการกระทำความผิดซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ได้แก่ กรณีกระทำการป้องกัน หรือการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ กรณีกระทำโดยบันดาลโทสะ กรณีกระทำโดยรู้เห็นเป็นใจ กรณีเป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ เป็นต้น.

¹³² คำพิพากษาฎีกาที่ 186/2524 จำเลยเป็นนายเรือเดินทะเล ลูกเรือชักชวนกันละทิ้งหน้าที่แต่ยังมีคนทำงานเรือเดินทางมาอย่างปกติ ภยันตรายที่เรือใกล้จะอัปปางจึงยังไม่มี ผู้ตายแสดงกิริยาให้เข้าใจว่าจะทำร้ายจำเลย และร้องบอกพรรคพวกให้นำอาหารมาให้เป็นไปไม่ได้ที่จะให้จำเลยหลบเข้าห้อง และที่ประจันหน้ากับผู้ตายก็มีใช้สมัครใจต่อสู้กับผู้ตาย จำเลยยังผู้ตายซึ่งไม่มีอาวุธติดตัวเป็นการป้องกันสิทธิ แต่เกินสมควรแก่เหตุ จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288, 69 จำคุก 2 ปี รอกการลงโทษไว้ 2 ปี ตามมาตรา 56.

¹³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 435/2500 จำเลยยิงผู้เสียหายในขณะที่จำเลยไปพบผู้เสียหายกำลังกอดกิริยาของจำเลยอยู่จนถึงได้มีการต่อสู้กันขึ้นอันเรียได้ว่าจำเลยบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม จำเลยจึงได้ยิงผู้เสียหายในขณะนั้นซึ่งตามมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ศาลจะลงโทษ จำเลยน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ ศาลลงโทษจำคุกจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288,80 และ 72 มีกำหนด 2 ปี แต่ให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 5 ปี.

¹³⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 201/2520 จำเลยกับผู้ตายต่างประมาทในลักษณะเดียวกันจนเกิดเหตุขึ้น การใช้ดุลพินิจจะพิจารณาแต่ความประมาทของจำเลยฝ่ายเดียวไม่ได้ เมื่อต่างฝ่ายต่างประมาทไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน ตัวจำเลยเองบาดเจ็บสาหัส ศาลลงโทษจำคุกจำเลยแต่รอกการลงโทษไว้.

¹³⁵ คดี DPP v. JA & Ors [2023] VSC 531 และ คดี R v.Tame Kohunui [2007] VSC 180.

อย่างไรก็ตาม การใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษจำคุกนี้ย่อมมีทั้งข้อดี และข้อเสียเกิดขึ้น กล่าวคือ

ข้อดีของการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุก

การลงโทษจำคุกอาจมีผลเสียต่อตัวผู้กระทำความผิดรวมถึงกระทบต่อครอบครัวของบุคคลนั้นด้วย การรอกการลงโทษ หรือรอกการกำหนดโทษจึงเป็นการให้โอกาสเพื่อได้กลับไปทำหน้าที่ต่อครอบครัวต่อไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้กระทำความผิดเป็นหัวหน้าครอบครัว ครอบครัวก็จะเกิดความลำบาก และได้รับความเดือดร้อน หรือเป็นการให้โอกาสผู้กระทำความผิดได้แก้ไขฟื้นฟูตนเองมิให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีก จนสามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไปตามหลักทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory) นอกจากนี้ ยังลดอัตราการแอ็ดของนักโทษในเรือนจำ¹³⁶ อีกด้วย

ข้อเสียของการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุก

ข้อเสียของการรอกการลงโทษ หรือรอกการกำหนดโทษนั้นอาจทำให้ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายลดลง เพราะทำให้การลงโทษมิได้เป็นไปตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำความผิด (Deterrence Theory) ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย และอาจกลับมากระทำความผิดซ้ำได้อีกเนื่องจากไม่เข็ดหลาบจากการกระทำของตนเอง นอกจากนี้ ยังอาจทำให้ประชาชนในสังคมเกิดการเลียนแบบพฤติกรรม เพราะเห็นว่าอย่างไรก็ตามแม้ตนจะกระทำความผิดก็ย่อมได้รับประโยชน์จากมาตรการรอกการลงโทษ หรือรอกการกำหนดโทษได้ ยิ่งไปกว่านั้นการปล่อยตัวผู้กระทำความผิดกลับมาออกมายุ่ร่วมกับประชาชนในสังคมก็อาจจะทำให้ผู้คนเกิดการหวาดกลัว สังคมมีความอันตราย และไม่ปลอดภัยตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crimes) และทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Removal From Society) และที่สำคัญที่สุดย่อมส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อผู้เสียหายที่อาจทำให้รู้สึกว่าคุณตนไม่ได้รับความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการตามกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นสิ่งที่เสี่ยงให้เกิดเหตุการณ์ที่ผู้เสียหายอาจกลับมาแก้แค้นกันเองได้ ฉะนั้น รัฐจึงควรดำเนินการพิจารณาให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด บุคคลใดกระทำความผิดก็สมควรได้รับโทษเพื่อป้องกันการแก้แค้นกันเองอย่างไม่มีที่สิ้นสุดตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) นอกจากนี้ การใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษอย่างในปัจจุบันที่กำหนดอัตราโทษที่ศาลจะลงโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 5 ปี¹³⁷ ที่แม้ศาลอาจมีการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมประพฤติไว้ตามมาตรา 56 วรรคสอง¹³⁸ ก็ตาม ก็มีได้เป็นการประกันได้ว่าบุคคลที่ได้โอกาสจากมาตรการนั้นจะสามารถกลับตัว แก้ไขฟื้นฟูตนเองได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะในทางปฏิบัติหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในหลายหน่วยงานยังคงไม่มีความพร้อม และขาดความเหมาะสม ทั้งกรมคุมประพฤติที่ปัจจุบันมีเจ้าหน้าที่คุมประพฤติไม่เพียงพอต่อการควบคุม ทำให้การดูแลไม่ครอบคลุม และไม่ทั่วถึง

¹³⁶ สิทธิชัย ไม้แก้ว, “การใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษ: ศึกษาปัญหาการให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา,” 25.

¹³⁷ มาตรา 56 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา

¹³⁸ มาตรา 56 วรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งนำเสนอข้อเสนอแนะเพื่อเป็นแนวทางหรือข้อเสนอแนะ และข้อที่ควรคำนึงสำหรับการใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษที่ปรากฏใน “คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย” นำมาพัฒนาต่อยอดให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ด้วยการหยิบยกในส่วนที่มีความแตกต่างอันเป็นจุดสำคัญของแต่ละประเทศ และนำไปปรับใช้กับประเทศไทยให้มีความเหมาะสมมากที่สุด ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีเพียงประเทศออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรียที่ยกเลิกการใช้มาตรการดังกล่าวสำหรับทุกความผิดเท่านั้น ส่วนประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่นทั้งสามประเทศนี้มีรูปแบบ หรือหลักเกณฑ์ของมาตรการดังกล่าวที่ใกล้เคียงกับรูปแบบ หรือหลักเกณฑ์ของประเทศไทย แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งสามประเทศนั้นก็ยังมีข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดที่ถือเป็นจุดสำคัญ

เมื่อทราบถึงจุดแตกต่างที่เป็นข้อจำกัด หรือข้อยกเว้นของแต่ละประเทศแล้ว แต่ละประเทศก็มีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันไป และต่างมีประโยชน์ไม่เหมือนกัน ซึ่งหากต้องมีการนำข้อแตกต่างนั้นไปปรับใช้กับประเทศอื่น ๆ ก็จะต้องพิจารณาปัจจัยในหลาย ๆ ด้าน และสำหรับผู้เขียนเองเห็นว่าการนำข้อแตกต่างของประเทศออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย ในเรื่องการให้คำนิยามความผิดร้ายแรงเอาไว้ในพระราชบัญญัติมาปรับใช้เพื่อเป็นแนวทางในการให้คำนิยามประเภทความผิดร้ายแรงของประเทศไทยให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น กล่าวคือ

ให้มีการกำหนดนิยามของความผิดร้ายแรงว่าได้แก่ความผิดฐานใดบ้างให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ด้วยการต่อยอดจาก “คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย พ.ศ. 2559” ประกอบกับ “คำแนะนำของคณะพัฒนากฎหมายเรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย” ที่จัดทำโดยคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะของความร้ายแรงว่าจะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์เช่นไรบ้าง โดยมีได้ระบุนฐานความผิดไว้ชัดเจน ก็ควรกำหนดให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ยิ่งไปกว่านั้นหากพิจารณาเหตุผลทางด้านคุณธรรม จริยธรรม หรือศีลธรรมทางสังคมแล้ว การกระทำเหล่านี้ก็ถือเป็นการกระทำที่ผิดและกระทบต่อศีลธรรมเช่นเดียวกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายดังกล่าวประกอบกับเกณฑ์ในทางศีลธรรมแล้ว ก็สามารถพิจารณากำหนดให้ลักษณะความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ ลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย และลักษณะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ให้ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงได้ เพราะเป็นความผิดที่มีลักษณะของการกระทำครบตามเงื่อนไขดังที่คำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายได้กล่าวไว้ ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมข้อที่ 3/1 เพื่อเป็นการขยายความของคำว่า “**อาญาร้ายแรงและน่าจะเป็นอันตรายต่อสังคม**” ตามที่ปรากฏอยู่ในข้อที่ 3¹³⁹ ของคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย พ.ศ. 2559

¹³⁹ คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย พ.ศ. 2559 ข้อ 3 “การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ศาลพึงให้โอกาสจำเลยมีต้องรับโทษจำคุกหรือโทษปรับโดยไม่จำเป็น แต่พึงเน้นการใช้มาตรการเพื่อแก้ไขฟื้นฟูและป้องกันมิให้จำเลยกระทำความผิดซ้ำแทนการลงโทษจำคุก ส่วนโทษจำคุกนั้น ควรนำมาใช้เมื่อจำเลยกระทำความผิดอาญาร้ายแรงและน่าจะเป็นอันตรายต่อสังคม”.

ตารางที่ 2 เพิ่มเติม ข้อ 3/1 โดยการกำหนดฐานความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา ให้เป็นความผิดอาญาร้ายแรงและน่าจะเป็นอันตรายต่อสังคม ในคำแนะนำของประธานศาลฎีกา เกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย พ.ศ. 2559

เดิม	แก้ไขเพิ่มเติม
-	<p>เพิ่มเติมข้อ 3/1</p> <p>“ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาต่อไปนี้ เป็นความผิดอาญาร้ายแรงและน่าจะเป็นอันตรายต่อสังคม</p> <p>(1) ความผิดฐานก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 135/1</p> <p>(2) ความผิดฐานขู่เชิญว่าจะทำการก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 135/2</p> <p>(3) ความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 135/3</p> <p>(4) ความผิดฐานเป็นสมาชิกของคณะบุคคลที่มีการกระทำการอันเป็นการก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 135/4</p> <p>(5) ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288</p> <p>(6) ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้นั้น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295</p> <p>(7) ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายรับอันตรายสาหัส ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 297</p> <p>(8) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276</p> <p>(9) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277</p> <p>(10) ความผิดฐานชิงทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 339</p> <p>(11) ความผิดฐานปล้นทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 340</p> <p>(12) ความผิดอื่นใดที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน”</p>

อย่างไรก็ตาม หากเป็นการกระทำความผิดร้ายแรงตามที่กำหนดใน ข้อ 3/1 ศาลจะต้องให้ความสำคัญ และคำนึงถึงเป็นพิเศษ เมื่อต้องมีการใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุก แต่ก็มิได้หมายความว่าหากเป็นกรณีที่จำเลยได้กระทำความผิดดังกล่าวแล้วจะไม่สามารถใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกได้โดยเด็ดขาด แต่การกำหนดเช่นนั้นเป็นไปเพื่อให้มีการตระหนักถึงลักษณะของการกระทำความผิดก่อนที่จะมีการใช้มาตรการดังกล่าวมากยิ่งขึ้น เหตุเพราะความผิดเหล่านั้นล้วนเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง และเป็นอันตรายต่อประชาชนรวมถึงสังคมส่วนรวม ส่งผลให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าหากมีพฤติการณ์พิเศษบางกรณี จำเลยก็อาจได้ประโยชน์จากมาตรการดังกล่าวอยู่ โดยพิจารณาพฤติการณ์พิเศษจากที่กำหนดใน ข้อ 6¹⁴⁰ ของคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษและการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติ พ.ศ. 2559

ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษ หรือรอกการกำหนดโทษจำคุกให้สอดคล้องกับทฤษฎีว่าด้วยวัตถุประสงค์ของการลงโทษต่าง ๆ และเพื่อให้ประชาชนในสังคมเกิดความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมว่าผู้กระทำความผิดร้ายแรงจะได้รับการลงโทษ ตลอดจนเกิดความรู้สึกมั่นคงปลอดภัยในสังคมสืบไป

¹⁴⁰ คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติ พ.ศ. 2559 ข้อ 6

- (1) จำเลยกระทำความผิดโดยมีสาเหตุมาจากความยากจนหรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์ และไม่เกิดความเสียหายร้ายแรง
- (2) จำเลยสำนึกถึงการกระทำความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น และในกรณีที่มีผู้เสียหายบุคคลดังกล่าวไม่ตั้งใจที่จะดำเนินคดีแก่จำเลย
- (3) จำเลยเป็นหญิงมีครรภ์ คนชรา คนพิการ ผู้ที่เจ็บป่วยหรือเป็นโรคร้ายแรง
- (4) ผู้เสียหายกับจำเลยมีความสัมพันธ์กันในทางใดทางหนึ่ง เช่น เป็นบุคคลในครอบครัว ญาติ เพื่อนบ้าน หรือผู้ร่วมงาน และผู้เสียหายกับจำเลยต่างมีความเข้าใจที่ดีต่อกันแล้ว
- (5) หากปรากฏพฤติการณ์อื่นใดอันสมควรรอกการกำหนดโทษเพื่อมิให้จำเลยมีประวัติการต้องโทษติดตัว.

มาตรการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็ก: กรณีศึกษาการโฆษณา
โดยเจาะจงตัวบุคคลในประเทศไทย*
Protective Measures on Children's Right to Privacy: A Case Study
of Targeted Advertisement in Thailand

เจนจิรา ดาวเรือง
Janejira Daorueang

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพมหานคร 10330
LL.M Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author Email: Janejira.dr@gmail.com
(Received: June 13, 2024; Revised: July 19, 2024; Accepted: April 9, 2025)

บทคัดย่อ

การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลส่งผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กทั้งในรูปแบบของการเฝ้ามองพฤติกรรมทางออนไลน์ การเก็บรวบรวม ใช้ หรือการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมหรือไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ การทำโปรไฟล์ หรือการนำเสนอโฆษณาที่ตอบสนองต่อความต้องการหรือลักษณะเฉพาะของเด็ก สามารถชักจูงความคิดหรือกระตุ้นความต้องการของผู้รับโฆษณาได้โดยเฉพาะเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง หรือวัตถุประสงค์อื่นใด การที่เด็กซึ่งเป็นบุคคลกลุ่มเปราะบางของสังคมอาจมีความรู้ความเข้าใจในการใช้งานเทคโนโลยีดิจิทัลและเครือข่ายออนไลน์และมีวิจารณญาณในการรับสื่อโฆษณาที่ไม่เพียงพอ ส่งผลให้เด็กมีความเสี่ยงจากการตกเป็นเป้าหมายของการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวและการแสวงหาประโยชน์อื่นไม่ชอบจากการกระทำดังกล่าวได้โดยง่าย จากการศึกษาพิจารณาได้ว่า กฎหมายภายในของไทยในปัจจุบันอาจมีไม่เพียงพอสำหรับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลตามมาตรฐานระหว่างประเทศ ดังนั้น บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาแนวทางการพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กให้สอดคล้องกับพันธกรณีของประเทศไทยที่มีอยู่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

คำสำคัญ: การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล, สิทธิเด็ก, สิทธิในความเป็นส่วนตัว, การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “มาตรการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็ก: กรณีศึกษาการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลในประเทศไทย (Targeted Advertisement)” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

Targeted advertisement impacts children's right to privacy through online behavioral tracking, unlawful collection, use, or disclosure of personal data, profiling, or presenting advertisements personalised to children's specific needs or characteristics. This can influence children's thoughts or manipulate their desires for economic, social, political, or other gains. Children, as a vulnerable group in society, may have limited knowledge and understanding of digital technology and online networks, and may not possess necessary media literacy to evaluate advertisements. This leaves them vulnerable to easily becoming targets of privacy interference and exploitation through such practices. A review of existing Thai laws reveals that they may be inadequate in protecting children's privacy from targeted advertisement, as compared to international standards. Therefore, this article aims to explore legal measures appropriate for the current circumstances that would better protect children's right to privacy, in accordance with Thailand's obligations under international law.

Keywords: Targeted Advertisement, Child Rights, Right to Privacy, Personal Data Protection

1. ที่มาและความสำคัญของปัญหา

เครือข่ายออนไลน์และเทคโนโลยีดิจิทัลส่งผลให้มีการเกิดขึ้นของชุดข้อมูลจำนวนมาก มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอย่างไม่อาจแยกออกจากกันได้ สิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลนั้นว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญของสังคมประชาธิปไตยและเป็นการแสดงออกถึงศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ การที่บุคคลมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวส่งผลเป็นการคุ้มครองความสามารถในการตัดสินใจอย่างเสรีและการมีอัตลักษณ์ของบุคคล ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการรักษาไว้ซึ่งสิทธิในความเป็นส่วนตัวทั้งในโลกออนไลน์และในโลกแห่งความเป็นจริง¹

การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล (Targeted advertisement) หรือการโฆษณาตามพฤติกรรมออนไลน์ (Online behavioral advertisement) เป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้เทคโนโลยีอัลกอริทึมในการเก็บรวบรวมข้อมูลอย่างเป็นระบบเกี่ยวกับกิจกรรมทางออนไลน์ของผู้ใช้งาน เพื่อนำไปประมวลผลเพื่อการทำโปรไฟล์ ทำนายพฤติกรรมหรือความสนใจ เพื่อนำไปกำหนดเป้าหมายโดยเจาะจงตัวบุคคลเพื่อนำเสนอเนื้อหาที่ตรงกับวัตถุประสงค์ของการโฆษณา² ผู้ประมวลผลสามารถใช้ชุดข้อมูลเพื่อออกแบบเนื้อหาหรือ

¹ United Nations General Assembly, "A/HRC/48/31: The right to privacy in the digital age - Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights," (15 September 2021), para 6. accessed 11 January 2023, <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc4831-right-privacy-digital-age-report-united-nations-high>.

² Ibid., para 34.

วิธีการนำเสนอให้สามารถตอบสนองต่อลักษณะเฉพาะของบุคคล ทำให้สามารถโน้มน้าวจิตใจ กระตุ้นความอยากบริโภค หรือชักจูงให้เชื่อถือในเนื้อหาที่ต้องการนำเสนอเพิ่มมากขึ้น จะเห็นได้ว่า การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลสามารถนำไปใช้เพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ การโฆษณาทางความคิด การโฆษณาทางการเมือง หรือโฆษณาความเชื่อที่อาจส่งผลเป็นอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจของบุคคลได้³

ในปัจจุบันการที่เด็กสามารถเข้าถึงเครือข่ายออนไลน์และเทคโนโลยีดิจิทัลได้อย่างแพร่หลาย ก่อให้เกิดข้อกังวลเกี่ยวกับความเสี่ยงที่เด็กอาจตกเป็นเป้าหมายของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลได้ โดยง่ายและอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวและพัฒนาการของเด็กต่อไปในอนาคต เนื่องจากเด็กเป็นบุคคลกลุ่มเปราะบางของสังคมและอยู่ในช่วงวัยของการพัฒนาทางความคิด ความเชื่อ หรือทัศนคติ ในแง่มุมต่าง ๆ เด็กบางกลุ่มอาจจะมีประสบการณ์และวิจารณญาณในการรับสื่อที่ไม่เพียงพอ การที่เด็กตกเป็นเป้าหมายของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลและได้รับสื่อที่ถูกผลิตหรือผ่านการตกแต่งมาเพื่อกระตุ้นความอยากบริโภคหรือโน้มน้าวความคิดของเด็กโดยตรง อาจมีผลให้เด็กหลงเชื่อหรือถูกชักจูงจิตใจได้ง่ายกว่าผู้ใหญ่โดยทั่วไป นอกจากนี้ สิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กอาจถูกแทรกแซงได้ในขั้นตอนของการเฝ้ามองพฤติกรรมทางออนไลน์ การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ให้บริการ และอาจถูกแทรกแซงอีกครั้งหนึ่งในขั้นตอนที่ผู้ให้บริการทางออนไลน์ใช้ประโยชน์จากข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อกำหนดให้เด็กตกเป็นเป้าหมายของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล ใช้ประโยชน์จากข้อมูลส่วนบุคคลและข้อมูลการใช้งานเพื่อเข้าถึงตัวตนของเด็ก และเลือกนำเสนอเนื้อหาการโฆษณาที่อาจมีผลเป็นการกระตุ้นความอยากบริโภค ชักจูงความเชื่อหรือความคิดใด ๆ ที่อาจส่งผลเป็นอันตรายต่อพัฒนาการ สิทธิขั้นพื้นฐาน หรือความสามารถในการตัดสินใจของเด็กต่อไปในอนาคต⁴

จะเห็นได้ว่า การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์อันไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเฝ้ามองพฤติกรรมทางออนไลน์ หรือการเก็บรวบรวมใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กโดยไม่ได้รับความยินยอมหรือไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ อาจมีผลเป็นการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่มีความสำคัญของเด็กได้⁵ ประเทศไทยจึงมีความจำเป็นในการพิจารณาถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อป้องกันเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์จากข้อมูลส่วนบุคคล ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กและข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานเครือข่ายออนไลน์และเทคโนโลยีดิจิทัลในปัจจุบัน และสนับสนุนให้เด็กสามารถใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีได้อย่างเต็มที่และมีความปลอดภัย⁶

³ United Nations General Assembly, “A/73/348 Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*** Note by the Secretary-General,” (29 August 2018), para 18. accessed 19 October 2022, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/270/42/PDF/N1827042.pdf?OpenElement>.

⁴ Robert Walters and Matthew Coghlan, “Data Protection and Artificial Intelligence Law: Europe Australia Singapore - An Actual or Perceived Dichotomy?,” *American Journal of Science, Engineering and Technology* 4, no. 4 (2019): 57.

⁵ United Nations Committee on the Rights of the Child, “CRC/C/GC/25 General comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment,” (2 March 2021), para 68. accessed 19 October 2022, <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>.

⁶ *Ibid.*, para 4.

2. ระเบียบวิธีวิจัย

บทความวิจัยฉบับนี้ได้มีการกำหนดขอบเขตในการวิจัยโดยมุ่งเน้นไปในการศึกษาถึงความเกี่ยวข้องและข้อกังวลเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กและการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลในประเทศไทย โดยมีข้อพิจารณาถึงความเบื้องต้นเกี่ยวกับการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลและสถานการณ์การใช้งานเครือข่ายออนไลน์ของเด็ก หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเด็กและสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กตามกฎหมายระหว่างประเทศ และแนวทางการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กตามคำแนะนำของคณะกรรมการสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ เพื่อให้ทราบถึงสิทธิขั้นพื้นฐานและสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องเพื่อศึกษาถึงปัญหาและแนวทางในการให้ความคุ้มครองตามมาตรฐานระหว่างประเทศ จากนั้น ศึกษาต่อไปในส่วนของกฎหมายและมาตรการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศ เพื่อศึกษาถึงแนวทางการกำหนดมาตรการและการบังคับใช้ในระดับภูมิภาคและกฎหมายภายในของรัฐ โดยเลือกสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา และประเทศสิงคโปร์เป็นตัวอย่างในการศึกษา และได้ศึกษาต่อไปถึงกฎหมายและมาตรการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลในประเทศไทย เพื่อนำไปวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับกฎหมายและมาตรการให้ความคุ้มครองในต่างประเทศเพื่อหาแนวทางในการพัฒนากฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในประเทศไทยต่อไป

ในการดำเนินการศึกษาวิจัยฉบับนี้ได้มีการเลือกใช้วิธีการศึกษาวิจัยแบบเอกสาร (Documentary research) เป็นหลัก โดยมุ่งเน้นศึกษาค้นคว้าจากเอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศในรูปแบบของบทความ งานวิจัย ข้อมูลและข้อเสนอแนะขององค์การระหว่างประเทศ รายงานการสัมมนา ข้อมูลการศึกษาค้นคว้าจากหน่วยงาน และข้อมูลในรูปแบบสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้อง

3. การคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กในบริบทของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล

การใช้สินค้าหรือบริการผ่านเทคโนโลยีดิจิทัลและเครือข่ายออนไลน์ส่งผลให้ข้อมูลการใช้งานของเด็กเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ข้อมูลเหล่านี้อาจถูกเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยให้บุคคลอื่นโดยที่เด็กเจ้าของข้อมูลนั้นอาจไม่รู้และให้ความยินยอมหรือไม่ก็ได้ สิ่งเหล่านี้เป็นปัจจัยสำคัญที่อาจทำให้เด็กตกเป็นเป้าหมายของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล⁷ และทำให้สภาพแวดล้อมการให้บริการทางออนไลน์ของเด็กถูกล้อมรอบไปด้วยชุดข้อมูลลักษณะเดียวกัน⁸ ส่งผลให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กถูกรบกวนและทำให้เด็กสูญเสียโอกาสในการเข้าถึงเนื้อหาที่มีความหลากหลายในพื้นที่ออนไลน์⁹

⁷ Simone van der Hof, "I Agree, or Do I: A Rights-Based Analysis of the Law on Children's Consent in the Digital World," *Wisconsin International Law Journal* 34, no. 2 (2017): 412.

⁸ Agata Jaroszek, "Online behavioural advertising and the protection of children's personal data on the Internet," *Wroclaw Review of Law: Administration & Economics* 4, no. 2 (2014): 57.

⁹ United Nations General Assembly, "A/HRC/48/31: The right to privacy in the digital age - Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights," para 16-17.

3.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล

การโฆษณาโดยการเจาะจงตัวบุคคล หมายความว่า การกำหนดตัวเป้าหมายเพื่อนำเสนอสื่อโฆษณาที่จัดทำขึ้นเพื่อบุคคลผู้เป็นเป้าหมายโดยเฉพาะเจาะจง¹⁰ การกำหนดเป้าหมายมักกำหนดผ่านการทำโปรไฟล์ (Profiling) ซึ่งหมายความว่า การใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีในการเก็บรวบรวมข้อมูลการใช้งานหรือพฤติกรรมทางออนไลน์ เช่น ประวัติการค้นหาหรือพฤติกรรมการซื้อของออนไลน์ นำไปประมวลผลข้อมูลเพื่อพิจารณาหาความสนใจ นิสัย อายุ หรือตัวตนของเจ้าของข้อมูลรายดังกล่าว และเลือกนำเสนอสื่อหรือเนื้อหาที่ตรงกับความสนใจ นิสัย อายุ หรือลักษณะเฉพาะอื่นใดของบุคคลผู้เป็นเป้าหมายนั้น¹¹ การมีอยู่ของชุดข้อมูลจำนวนมากที่สามารถเก็บรวบรวมได้จากการใช้งานของผู้ใช้บริการเครือข่ายออนไลน์ ส่งผลให้ผู้ผลิตโฆษณาสามารถประมวลผลถึงความสนใจและพฤติกรรมของบุคคลได้อย่างชัดเจนและแม่นยำมากขึ้น อาจกล่าวได้ว่า การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลเป็นการโฆษณาในระดับเล็ก (Microtargeting) เนื่องจากเป็นการโฆษณาที่ออกแบบมาเพื่อตอบสนองต่อความสนใจของบุคคลเพียงคนเดียวหรือบุคคลเพียงกลุ่มเดียวเท่านั้น และการโฆษณาในลักษณะนี้มักจัดทำขึ้นเพื่อนตอบสนองและใช้ประโยชน์จากความแปลกประหลาดหรือความสนใจเฉพาะของบุคคล (Individual idiosyncrasies)¹²

การเกิดขึ้นของเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence) หรือระบบปฏิบัติการ AI ได้รับการพัฒนามาจากการมีอยู่ของจำนวนข้อมูลมหาศาลในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ระบบปฏิบัติการ AI ทำงานได้โดยการป้อนข้อมูลจำนวนมากให้ระบบคอมพิวเตอร์ทำการตีความ เรียนรู้ และประมวลผลจากชุดข้อมูลที่ได้รับ หรือเรียกว่ากระบวนการเรียนรู้ของข้อมูล (Machine learning) เพื่อสร้างชุดข้อมูลรูปแบบใหม่เพื่อนำไปใช้งานในลักษณะที่แตกต่างกันต่อไป¹³ จะเห็นได้ว่า ระบบปฏิบัติการ AI เป็นเครื่องมือที่มีประโยชน์อย่างมากต่อการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล เนื่องจากผู้ผลิตสื่อโฆษณาสามารถใช้ประโยชน์จากระบบปฏิบัติการดังกล่าวเพื่อผลิตเนื้อหาที่ตรงกับความสนใจ สอดคล้องกับลักษณะนิสัย สามารถเลือกนำเสนอโฆษณาตรงตามเวลาที่ผู้ใช้งานใช้บริการ และอาจส่งผลให้สามารถโน้มน้าวความคิดหรือความสนใจได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น¹⁴

¹⁰ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, *Thailand Data Protection Guidelines 3.0 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2564), 85.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, 23.

¹² United Nations General Assembly, “A/73/348 Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*** Note by the Secretary-General,” para 17.

¹³ Michael Haenlein and Andreas Kaplan, “A Brief History of Artificial Intelligence: On the Past, Present, and Future of Artificial Intelligence,” *California Management Review* 61, no. 4 (2019): 5.

¹⁴ John Ford et al., “AI advertising: An overview and guidelines,” *Journal of Business Research* 166 (2023):

3.2 สิทธิเด็กและสิทธิในความเป็นส่วนตัว

ในการพิจารณาถึงการคุ้มครองเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล บทความวิจัยฉบับนี้ได้เลือกศึกษาถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กและสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กตามตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องในเบื้องต้น เพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะของสิทธิในขั้นพื้นฐานและแนวทางในการให้ความคุ้มครองที่เหมาะสมตามมาตรฐานระหว่างประเทศ

(1) หลักการพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) กำหนดนิยามของ “เด็ก” ไว้ในข้อ 1 กล่าวคือ เด็ก หมายความว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านี้ ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายภายในของรัฐ จะเห็นได้ว่า คำนิยามของเด็กและกฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการบรรลุนิติภาวะหรือกำหนดให้บุคคลพ้นจากความเป็นเด็กมักจะมีผลแตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับความเชื่อหรือประเพณีท้องถิ่นที่มีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละรัฐ¹⁵ การกำหนดนิยามวางอยู่บนหลักพื้นฐานทางความคิดที่ว่าเด็กที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะควรได้รับความคุ้มครองและได้รับการดูแลเป็นพิเศษทั้งในทางร่างกายและจิตใจ¹⁶ ดังนั้น กฎหมายภายในมักกำหนดนิยามของเด็กหรือกำหนดอายุขั้นต่ำในการใช้สิทธิตามกฎหมายซึ่งมีผลเป็นการจำกัดความสามารถในการตัดสินใจด้วยตัวเองของเด็ก (Autonomy)¹⁷ และเปิดช่องให้รัฐหรือผู้ปกครองของเด็กเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับตัวเด็กผ่านกลไกทางกฎหมายในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การให้ความยินยอมของผู้ปกครอง หรือการขออนุญาตศาลเพื่อเข้าผูกพันในนิติสัมพันธ์บางประเภท

รัฐสมาชิกมีหน้าที่ในการรับรองว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กจะได้รับการพิจารณาและได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสม การให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิอื่นใดของเด็กจะต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิเด็ก ได้แก่ หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interest of the Child) หลักการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตรอดและการพัฒนาของเด็ก (Right to life, survival, and development) หลักการรับฟังความคิดเห็นของเด็ก (Respect for the views of the Child) และหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ควบคู่ไปด้วยเป็นสำคัญ

¹⁵ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), “General comment No. 7 (2005): Implementing Child Rights in Early Childhood,” (20 September 2006), para 3. accessed 11 January 2023, <https://digitallibrary.un.org/record/570528>.

¹⁶ United Nations Children’s Fund (UNICEF), “Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child,” (2007), page 3. accessed 10 January 2023, <https://www.unicef.org/reports/implementation-handbook-convention-rights-child>.

¹⁷ Ibid., 5.

(2) สิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 16 วางหลักไว้ว่า

“1. เด็กจะไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการ หรือโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว บ้าน หรือหนังสือโต้ตอบ รวมทั้งจะไม่ถูกระงับโดยมิชอบต่อเกียรติและชื่อเสียง

2. เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายจากการแทรกแซงหรือจากการกระทำดังกล่าว”

การคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็ก หมายความว่า การให้ความคุ้มครองเด็กจากการไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการหรือกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การแทรกแซงความเป็นส่วนตัวของเด็กจะสามารถกระทำได้เมื่อได้รับความยินยอมหรือมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม การแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวจะต้องกระทำโดยมีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและมีความสมเหตุสมผลกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น¹⁸ รัฐสมาชิกมีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กผ่านกระบวนการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่นใดเพื่อคุ้มครองเด็กจากภาครัฐและภาคเอกชน¹⁹ และจะต้องกระทำโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ²⁰ อีกทั้ง สิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจะต้องได้รับความคุ้มครองในทุกสถานการณ์ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับตัวเด็ก²¹ เช่น การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของข้อมูลส่วนบุคคล ความเป็นส่วนตัวจากสภาพแวดล้อม ความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร หรือความเป็นส่วนตัวจากหน่วยงานของรัฐ

ดังนั้น รัฐสมาชิกจึงมีหน้าที่ในการเข้ามาดูแลและรับรองว่าเด็กจะสามารถติดต่อสื่อสารและใช้งานเครือข่ายออนไลน์ได้อย่างเสรีและมีความปลอดภัย การติดต่อสื่อสารของเด็กจะต้องกระทำได้โดยไม่ถูกเฝ้ามองจากบุคคลในชีวิตจริงหรือในเครือข่ายออนไลน์ การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กไม่อาจกระทำได้หากไม่ได้รับความยินยอมหรือไม่มีความหมายให้อำนาจไว้ นอกจากนี้ มาตรการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กของรัฐจะต้องสามารถตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมและสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบันได้อย่างเหมาะสม²²

¹⁸ United Nations Children’s Fund (UNICEF), “Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child,” 206.

¹⁹ United Nations Human Rights Committee (HRC), “CCPR General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation,” (8 April 1988), para. 1. accessed 7 April 2023, <https://digitallibrary.un.org/record/778525>.

²⁰ United Nations Children’s Fund (UNICEF), “Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child,” 206.

²¹ Ziba Vaghri et al., *Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child: An Analysis of Attributes* (Springer, 2022), 94.

²² United Nations Committee on the Rights of the Child, “CRC/C/GC/25 General comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment,” para 36.

3.3 แนวทางการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลตามคำแนะนำของคณะกรรมการสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ

การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลเกิดจากการเก็บรวบรวมข้อมูลการใช้งานทางออนไลน์ของเด็กและนำมาประมวลผลเพื่อกำหนดให้เด็กตกเป็นเป้าหมายของการโฆษณา การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กโดยนับเป็นการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กลักษณะหนึ่งซึ่งไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่การแทรกแซงนั้นจะไม่ได้กระทำโดยพลการ (Arbitrary) หรือกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful)²³ หรืออาจกล่าวได้ว่า การแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กสามารถกระทำได้ในกรณีได้รับความยินยอมหรือมีฐานทางกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น

คณะกรรมการสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติได้ให้คำแนะนำถึงกรณีของการแทรกแซงความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการใช้งานเครือข่ายออนไลน์หรือเทคโนโลยีดิจิทัล กล่าวคือ การแทรกแซงนั้นจะสามารถกระทำได้เมื่อได้รับความยินยอมและกระทำโดยไม่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ประกอบกับการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจะต้องปฏิบัติตามหลักการจำกัดเก็บข้อมูลที่จำเป็น (Data minimization) ความได้สัดส่วน (Proportionate) คำนึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก และไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่สำคัญ²⁴ นอกจากนี้ รัฐสมาชิกยังมีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติเพื่อรับรองว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจะได้รับความคุ้มครองจากองค์กรที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมด การดำเนินการใด ๆ จะต้องกระทำอย่างโปร่งใสและสามารถตรวจสอบได้ รวมถึงมีหน้าที่ในการจัดเตรียมช่องทางสำหรับการเยียวยาหากมีการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กเกิดขึ้น²⁵

(1) หลักการให้ความยินยอม

ความยินยอมแสดงให้เห็นถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่มีต่อร่างกายและความคิดในการตัดสินใจเกี่ยวกับการกระทำการใด ๆ ของตนเอง²⁶ และในหลายกรณีความยินยอมถูกใช้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการทำให้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงหลักทั่วไปของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในปัจจุบัน ความยินยอมนับเป็นฐานทางกฎหมายที่สำคัญในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลหรือการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยชอบด้วยกฎหมาย²⁷

²³ Ibid., para 70.

²⁴ Ibid., para 69.

²⁵ Ibid.

²⁶ Simone van der Hof, “I Agree, or Do I: A Rights-Based Analysis of the Law on Children’s Consent in the Digital World,” 425.

²⁷ Ibid., 420-421.

แนวคิดเกี่ยวกับการให้ความยินยอมของเด็กขึ้นอยู่กับความสามารถในการตัดสินใจด้วยตัวเองของเด็กในแต่ละสถานการณ์ โดยมักจะพิจารณาจากความสามารถในการทำความเข้าใจถึงเหตุการณ์และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น รวมถึงความสามารถในการตัดสินใจได้ด้วยตัวเองของเด็กแต่ละบุคคล²⁸ โดยทั่วไปแล้วการให้ความยินยอมสำหรับนิติสัมพันธ์บางประเภทกฎหมายอาจกำหนดให้เด็กไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองและเปิดช่องทางให้ผู้ใช้อำนาจปกครองหรือบุคคลอื่นใดเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ความยินยอม เพื่อให้บุคคลดังกล่าวเข้ามาตรวจสอบและช่วยเหลือเด็กในการตัดสินใจ ซึ่งการให้ความยินยอมดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักสำคัญ²⁹ ดังนั้น ในกรณีของการให้ความยินยอมเพื่อการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็ก รัฐสมาชิกอาจเปิดช่องทางให้ผู้ปกครองเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ความยินยอมของเด็กเพื่อให้ความคุ้มครองผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้ในลักษณะเดียวกัน

การให้ความยินยอมของเด็กและผู้ปกครองเพื่อการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็ก รัฐสมาชิกมีหน้าที่ในการรับรองว่าการให้ความยินยอมดังกล่าวเกิดขึ้นหลังจากการได้รับข้อมูลที่ครบถ้วนเกี่ยวกับวัตถุประสงค์และวิธีดำเนินการกับข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก³⁰ เพื่อให้เด็กและผู้ใช้อำนาจปกครองสามารถพิจารณาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการนำข้อมูลไปใช้และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับตนเองได้ก่อนให้ความยินยอม นอกจากนี้ รัฐจะต้องจัดให้มีกระบวนการในการยืนยันว่าความยินยอมนั้นได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายและเปิดช่องทางให้เด็กและผู้ปกครองสามารถถอนความยินยอมของตนได้ตลอดเวลา³¹

(2) ฐานทางกฎหมาย

ฐานทางกฎหมายในการแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลจะต้องบัญญัติขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ วัตถุประสงค์ในการอ้างฐานทางกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีความสอดคล้องไปกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอื่นใดของบุคคล³² จะเห็นได้ว่า การอ้างฐานทางกฎหมายมีผลเป็นการยกเว้นให้บุคคลสามารถแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น ดังนั้น การอ้างฐานทางกฎหมายเพื่อการแทรกแซงสิทธิดังกล่าวจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด สามารถกระทำได้ในกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย มีความได้สัดส่วน และส่งผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลให้น้อยที่สุด³³

²⁸ Ingrida Milkaite and Eva Lievens, “Children’s Rights to Privacy and Data Protection Around the World: Challenges in the Digital Realm,” *European Journal of Law and Technology* 10, no. 1 (2019): 16.

²⁹ Ibid.

³⁰ United Nations Committee on the Rights of the Child, “CRC/C/GC/25 General comment No. 25 (2021) on children’s rights in relation to the digital environment,” para 71.

³¹ Ibid., para 71-72.

³² United Nations General Assembly, “A/HRC/48/31: The right to privacy in the digital age - Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights,” para 8.

³³ Ibid.

4. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลในต่างประเทศ

จากการศึกษาในเบื้องต้นอาจพิจารณาได้ว่า เนื่องจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลเป็นเรื่องใหม่และมีตัวแสดงที่มีส่วนเกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก เช่น เด็กผู้ใช้บริการ ผู้ปกครอง บริษัทผู้ให้บริการทางออนไลน์ บริษัทผู้พัฒนาเทคโนโลยี บริษัทโฆษณา หรือองค์กรของรัฐ ความซับซ้อนเหล่านี้ส่งผลให้กฎหมายภายในของรัฐโดยทั่วไปยังไม่มีกรกล่าวถึงแนวทางในการควบคุมการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลโดยตรง ดังนั้น บทความวิจัยฉบับนี้จึงได้เลือกศึกษากฎหมายคุ้มครองส่วนบุคคลและกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับบริการทางออนไลน์เพื่อศึกษาถึงแนวทางในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลเป็นหลัก โดยกฎหมายต่างประเทศที่เลือกมาศึกษาเป็นตัวอย่าง ได้แก่ กฎหมายของสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา และประเทศสิงคโปร์ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กในต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

(1) สหภาพยุโรป

กฎหมายที่มีบทบาทสำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการใช้งานเครือข่ายออนไลน์และการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล ได้แก่

ก. General Data Protection Regulation (GDPR) มีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคล มีกลไกหลักในการกำหนดหน้าที่และควบคุมดูแลองค์กรจากการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในสหภาพยุโรป³⁴

ข. Digital Service Act (DSA) มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมดูแลการให้บริการบนเครือข่ายออนไลน์และเทคโนโลยีดิจิทัลที่มีความปลอดภัย คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ใช้บริการ และสนับสนุนการแข่งขันทางการค้าที่เท่าเทียม³⁵ หลักการสำคัญของ DSA คือการกำกับดูแลและกำหนดหน้าที่แก่ผู้ให้บริการทางออนไลน์ การให้บริการทางออนไลน์จะต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย โปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้³⁶

ค. ร่างกฎหมาย Artificial Intelligence Act (AIA) มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดขอบเขตการพัฒนาและใช้งานระบบปฏิบัติการ AI เพื่อป้องกันไม่ให้มีการใช้งานระบบปฏิบัติการ AI ที่อาจส่งผลเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือแสวงหาประโยชน์อันไม่ชอบด้วยกฎหมาย³⁷

³⁴ Article 1 of General Data Protection Regulation (GDPR)

³⁵ Article 1 of Digital Services Act (DSA)

³⁶ Meredith Broadbent, *The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool: European Initiatives to Hobble U.S. Tech Companies* (Center for Strategic and International Studies, 2020), 3-4.

³⁷ European Commission, "Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts," (2021), page 3. accessed 18 September 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>

จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันสหภาพยุโรปมีการใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ การวางหลักการพื้นฐานเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลผ่านการกำหนดแนวปฏิบัติในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยทั่วไปตาม GDPR การควบคุมดูแลผู้ให้บริการทางออนไลน์ในการนำเสนอเนื้อหาและจัดเตรียมพื้นที่ออนไลน์ที่มีความปลอดภัยและสามารถตรวจสอบได้ตาม DSA รวมถึงการกำกับดูแลการใช้งานระบบปฏิบัติการ AI ตามร่างกฎหมาย AIA ซึ่งมักใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการประมวลผลข้อมูลเพื่อผลิตเนื้อหาและกำหนดเป้าหมายในการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล

(2) สหรัฐอเมริกา

กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กในเครือข่ายออนไลน์โดยตรงของสหรัฐอเมริกา ได้แก่ Children's Online Privacy Protection Act of 1998 หรือ COPPA ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้งานเครือข่ายออนไลน์เป็นสำคัญ³⁸ บุคคลที่มีหน้าที่ตาม COPPA ได้แก่ ผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีเด็กเป็นกลุ่มเป้าหมายหรือผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่อาจรับรู้ได้ว่าผู้ใช้บริการของตนอาจเป็นเด็ก³⁹ อาจสังเกตได้ว่า COPPA มุ่งให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กผ่านการควบคุมผู้ให้บริการทางออนไลน์เป็นหลักแตกต่างจาก GDPR ของสหภาพยุโรปที่มีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวเป็นการทั่วไป

(3) ประเทศสิงคโปร์

Personal Data Protection Act (PDPA) เป็นกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญในการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในสิงคโปร์ในปัจจุบัน วัตถุประสงค์หลักของ PDPA ได้แก่ การกำหนดมาตรการเพื่อควบคุมการรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลขององค์กรที่มีส่วนเกี่ยวข้อง กำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลโดยตระหนักถึงสิทธิในความเป็นส่วนตัวส่วนบุคคลและตระหนักถึงความต้องการขององค์กรในการใช้งานข้อมูลดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ที่วิญญูชนอาจคาดหมายได้⁴⁰ นอกจากนี้ หลักการพื้นฐานตาม PDPA สามารถนำไปบังคับใช้แก่บุคคลทุกประเภทในสิงคโปร์ ไม่มีการบัญญัติกฎหมายหรือมาตรการเฉพาะสำหรับการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กโดยเฉพาะเจาะจง

4.2 ข้อพิจารณาในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็ก

ในการพิจารณาการให้ความคุ้มครองเด็กตามหัวข้อนี้จึงมีจุดมุ่งหมายในการพิจารณาถึงหลักการพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กและโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล การให้ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย และการกำหนดฐานทางกฎหมายตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ เพื่อพิจารณาถึงแนวทางในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลต่อไป มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

³⁸ Children's Online Privacy Protection 1998, §312.1

³⁹ Children's Online Privacy Protection 1998, 15 U.S.C. §6502(a)(1)

⁴⁰ Article 3 of Singapore Personal Data Protection Act 2012 (PDPA)

4.2.1 หลักพื้นฐานเกี่ยวกับโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล

(1) สหภาพยุโรป

ก. General Data Protection Regulation (GDPR) หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยทั่วไปตาม GDPR ไม่ได้มีการกล่าวถึงการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม GDPR ได้มีการวางหลักทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งมีผลเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการใช้งานเครือข่ายออนไลน์และการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลได้ในเบื้องต้น เช่น หลักการขอความยินยอมจากเด็กและผู้ปกครอง หลักความโปร่งใสและเป็นธรรมในการประมวลผลข้อมูล⁴¹ หลักการจัดเก็บข้อมูลเท่าที่จำเป็น⁴² และโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการทำโปรไฟล์ จะเห็นได้ว่า GDPR กำหนดค่านิยมของ “การทำโปรไฟล์” ซึ่งหมายความถึง การประมวลผลข้อมูลอัตโนมัติใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยอัตโนมัติ และการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเพื่อประเมินแง่มุมส่วนบุคคลบางประการที่เกี่ยวข้องกับบุคคลธรรมดา เช่น ความชอบส่วนบุคคล ความสนใจ พฤติกรรม หรือตำแหน่งที่ตั้งของบุคคล⁴³ ดังนั้น การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำโปรไฟล์จะต้องได้รับความยินยอมโดยชอบจากผู้ปกครองเป็นสำคัญ⁴⁴ นอกจากนี้ในกรณีที่มีการทำโปรไฟล์เกิดขึ้น การตัดสินใจอัตโนมัติใด ๆ ที่เกิดจากการทำโปรไฟล์และอาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่สามารถนำมาปรับใช้ในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวเป็นเด็ก⁴⁵ อาจสังเกตได้ว่า การทำโปรไฟล์เป็นขั้นตอนหนึ่งของการประมวลผลข้อมูลเพื่อนำไปสู่การกำหนดเป้าหมายของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล และเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของ GDPR จะเห็นได้ว่า ผู้ให้บริการทางออนไลน์สามารถทำโปรไฟล์ของเด็กได้หากได้รับความยินยอมจากเด็กและผู้ปกครอง

ข. The Digital Service Act หรือ DSA หลักการโดยทั่วไปของ DSA คือการกำหนดให้ผู้ให้บริการพื้นที่ออนไลน์ทุกประเภทมีหน้าที่ในการชี้แจงให้ทราบถึงข้อกำหนดในการให้บริการของพื้นที่ให้บริการทางออนไลน์ของตน ข้อมูลดังกล่าวจะต้องประกอบไปด้วยนโยบายความเป็นส่วนตัว ส่วนตัว มาตรการหรือปัจจัยที่ใช้ในการคัดกรองเนื้อหาที่นำมาเสนอในพื้นที่ให้บริการ⁴⁶ และในกรณีที่ผู้ใช้บริการเป็นเด็ก ผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการเลือกใช้ภาษาที่เหมาะสมและช่วยให้เด็กซึ่งเป็นผู้ใช้บริการของตนสามารถเข้าใจเนื้อหาได้อย่างเหมาะสม⁴⁷

⁴¹ Article 5 ข้อ 1(a) of General Data Protection Regulation (GDPR)

⁴² Article 5 ข้อ 1(c) of General Data Protection Regulation (GDPR)

⁴³ Article 4 of General Data Protection Regulation (GDPR)

⁴⁴ Simone van der Hof, “No Child’s Play: Online Data Protection for Children” in *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety, Information Technology and Law Series*, vol 24 eds. Simone van der Hof et al. (The Hague, 2014), 130.

⁴⁵ Recital 71 of General Data Protection Regulation (GDPR)

⁴⁶ Article 14 ข้อ 1 of The Digital Service Act (DSA)

⁴⁷ Article 14 ข้อ 3 of The Digital Service Act (DSA)

ในกรณีที่ผู้ให้บริการทางออนไลน์นำเสนอโฆษณาโดยทั่วไปในพื้นที่ให้บริการของตน ผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการแสดงให้เห็นว่าเนื้อหาดังกล่าวเป็นเนื้อหาเพื่อการโฆษณา และแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับการโฆษณาดังกล่าวอย่างชัดเจน ได้แก่ การโฆษณากระทำในนามของบุคคลหรือนิติบุคคลใด รายละเอียดเกี่ยวกับบุคคลหรือนิติบุคคลผู้ชำระค่าโฆษณา รวมถึงปัจจัยที่ใช้ในการกำหนดเป้าหมายของการโฆษณาดังกล่าว และวิธีการเปลี่ยนแปลงปัจจัยเหล่านั้นด้วย การแสดงรายละเอียดเหล่านี้จะต้องแสดงให้เห็นให้ผู้ให้บริการพื้นที่ออนไลน์ทราบในขณะที่บุคคลนั้นได้รับการโฆษณา⁴⁸ อีกทั้ง ในกรณีที่ผู้ให้บริการสามารถรับรู้ได้ว่าผู้ให้บริการของตนอาจเป็นเด็ก ห้ามผู้ให้บริการทางออนไลน์นำเสนอการโฆษณาที่เกิดจากการทำโปรไฟล์ให้แก่เด็กในทุกกรณี⁴⁹

อาจสังเกตได้ว่า การควบคุมผู้ให้บริการทางออนไลน์เกี่ยวกับการนำเสนอโฆษณาให้แก่เด็กผู้ใช้บริการตาม DSA อาจสามารถใช้เพื่ออุดช่องว่างของการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กเป็นการทั่วไปตาม GDPR โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการทำโปรไฟล์ จะเห็นได้ว่า แม้ผู้ให้บริการทางออนไลน์สามารถขอความยินยอมเพื่อทำโปรไฟล์ของเด็กได้ตาม GDPR อย่างไรก็ดี ผู้ให้บริการไม่อาจใช้การทำโปรไฟล์ดังกล่าวเพื่อการนำเสนอโฆษณาให้แก่เด็กผู้ใช้บริการของตนตาม DSA

ค. ร่างกฎหมาย Artificial Intelligence Act หรือ AIA (ร่างกฎหมาย AIA) หลักการสำคัญของร่างกฎหมาย AIA ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กและการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล ได้แก่ หลักการห้ามการใช้งานระบบปฏิบัติการ AI ที่ส่งผลกระทบต่อจิตใจสำนึกหรืออาจมีผลเป็นการชักจูงความคิดของบุคคล (Subliminal or manipulative practices)⁵⁰ และหลักการห้ามการใช้งานระบบปฏิบัติการ AI ที่อาจมีผลเป็นการแสวงหาประโยชน์อันไม่ชอบจากบุคคลกลุ่มเปราะบางของสังคม (Practices exploiting vulnerabilities)⁵¹ จะเห็นได้ว่า การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลมักมีการนำระบบปฏิบัติการ AI มาใช้เป็นเครื่องมือในการประมวลผลเพื่อกำหนดเป้าหมายหรือการผลิตสื่อโฆษณาที่อาจส่งผลกระทบต่อความคิดหรือจิตใจของผู้บริโภค ดังนั้น การควบคุมการใช้งานระบบปฏิบัติการ AI อาจมีผลเป็นการช่วยลดเครื่องมือหรือความสามารถในการผลิตและกำหนดเป้าหมายของโฆษณาดังกล่าวได้บางส่วน

(2) สหรัฐอเมริกา

ในปัจจุบันสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายเพื่อควบคุมการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลหรือการติดตามพฤติกรรมทางออนไลน์ของผู้ใช้บริการเครือข่ายออนไลน์โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้น ในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กและการคุ้มครองเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลในปัจจุบันจึงมีความจำเป็นในการพิจารณาถึงกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กหรือ COPPA เป็นหลัก

⁴⁸ Article 26 ข้อ 1 of The Digital Service Act (DSA)

⁴⁹ Article 28 of The Digital Service Act (DSA)

⁵⁰ Article 5 ข้อ 1(a) of Artificial Intelligence Act (AIA)

⁵¹ Article 5 ข้อ 1(b) of Artificial Intelligence Act (AIA)

การบังคับใช้ COPPA มีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ทางกฎหมายให้แก่ผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็ก การปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ให้บริการสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

ก. กรณีที่เว็บไซต์หรือผู้ให้บริการทางออนไลน์กำหนดให้เด็กเป็นกลุ่มเป้าหมายของการให้บริการของตน ผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการปฏิบัติตาม COPPA โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้ให้บริการที่แท้จริงของตานั้นเป็นเด็กจริงหรือไม่ กล่าวคือ ในกรณีที่พิจารณาแล้วพบว่าผู้ให้บริการมีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็ก ผู้ให้บริการรายดังกล่าวมีหน้าที่ในการปฏิบัติตาม COPPA ทั้งนี้ แนวการพิจารณาผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายที่เป็นเด็กตาม COPPA เช่น ลักษณะของเนื้อหา ภาษาที่ใช้ รูปแบบการนำเสนอ การว่าจ้างบุคคลผู้มีชื่อเสียงซึ่งเป็นที่นิยมในกลุ่มเด็ก ๆ แนวปฏิบัติทางการตลาดของผู้ให้บริการ หรือข้อมูลของผู้ใช้บริการที่แท้จริงของเว็บไซต์ และ

ข. กรณีที่เว็บไซต์หรือผู้ให้บริการทางออนไลน์ไม่ได้กำหนดให้เด็กเป็นกลุ่มเป้าหมายหลักในการให้บริการของตน แต่ผู้ให้บริการนั้นสามารถรับรู้ได้ว่าผู้ให้บริการของตนเป็นเด็ก ผู้ให้บริการในลักษณะนี้มีหน้าที่ในการปฏิบัติตาม COPPA ต่อผู้ใช้บริการที่เป็นเด็กของตนเช่นกัน⁵²

(3) ประเทศสิงคโปร์

ในปัจจุบันประเทศสิงคโปร์ไม่มีกฎหมายเพื่อควบคุมการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลหรือการติดตามพฤติกรรมทางออนไลน์ของผู้ใช้บริการไว้โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้น การพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองเด็กจากการตกเป็นเป้าหมายของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลจะพิจารณาหลักการตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสิงคโปร์หรือ PDPA เป็นหลัก จะเห็นได้ว่า หลักทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตาม PDPA ได้แก่ ห้ามองค์กรกระทำการรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือมีฐานทางกฎหมายให้อำนาจไว้⁵³ ดังนั้น ภายใต้ PDPA ของสิงคโปร์ การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลสามารถทำได้หากได้รับความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นการโฆษณาที่มีวัตถุประสงค์สอดคล้องกับฐานทางกฎหมายที่กำหนดไว้

4.2.2 การให้ความยินยอมของเด็ก

การให้ความยินยอมเป็นหลักการสำคัญในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้น ในการศึกษาและพิจารณาถึงหลักการให้ความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก จึงจะเลือกพิจารณาหลักการให้ความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหลัก มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁵² Children's Online Privacy Protection Rule, 16 C.F.R. § 312.2

⁵³ Article 13 of Singapore Personal Data Protection Act 2012 (PDPA)

(1) สหภาพยุโรป

หลักการพื้นฐานในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตาม GDPR ได้แก่ การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล GDPR จะชอบด้วยกฎหมายเมื่อได้รับความยินยอมโดยชอบจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หรือมีฐานทางกฎหมายอื่นให้อำนาจไว้⁵⁴ ซึ่งหลักการให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กก็ตาม GDPR ได้แก่

ก. ในกรณีของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับการสารสนเทศทั่วไป เด็กที่มีอายุ 16 ปีขึ้นไปสามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง

ข. ในกรณีที่เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลใด ๆ จะต้องได้รับความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายจากผู้ปกครอง อีกทั้ง รัฐสมาชิกอาจลดอายุขั้นต่ำให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ลงได้ โดยมีเงื่อนไขว่าอายุขั้นต่ำดังกล่าวจะต้องไม่น้อยกว่า 13 ปี⁵⁵

(2) สหรัฐอเมริกา

หลักการโดยทั่วไปของ COPPA ได้แก่ ในกรณีที่ผู้ให้บริการทางออนไลน์มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็ก หรือผู้บริการทางออนไลน์สามารถระบุหรือรับรู้ได้ว่าผู้ใช้บริการของตนเป็นเด็ก ห้ามผู้ให้บริการทางออนไลน์เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กผู้ใช้บริการนั้น⁵⁶ เว้นแต่ผู้ให้บริการได้ชี้แจงนโยบายความเป็นส่วนตัวของตนและรายละเอียดเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม การใช้ การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวอย่างครบถ้วนชัดเจน และได้รับความยินยอมที่สามารถตรวจสอบได้จากผู้ปกครอง⁵⁷ จะเห็นได้ว่า ขอบเขตการคุ้มครองของ COPPA ครอบคลุมถึงการให้บริการทางออนไลน์ที่มีเป้าหมายเป็นเด็ก ซึ่งเด็กตามคำนิยามของ COPPA หมายความว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี เท่านั้น⁵⁸ หรืออาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในกรณีที่ผู้ใช้บริการทางออนไลน์มีอายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการขอความยินยอมของผู้ปกครองตามหลักเกณฑ์ของ COPPA

หลักการให้ความยินยอมที่สามารถตรวจสอบได้จากผู้ปกครองมีวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบตัวตนของผู้ปกครองและหลีกเลี่ยงกรณีที่เด็กเป็นผู้ให้ความยินยอมด้วยตัวเอง วิธีการให้ความยินยอมที่สามารถตรวจสอบได้ตาม COPPA เช่น การลงนามในเอกสารให้ความยินยอมและส่งคืนแก่ผู้ให้บริการ การใช้บัตรเครดิตหรือช่องทางชำระเงินอื่นใดที่มีระบบแจ้งเตือนการทำธุรกรรมแก่เจ้าของบัญชี หรือการให้ความยินยอมผ่านทางโทรศัพท์หรือประชุมทางออนไลน์กับเจ้าหน้าที่ซึ่งผ่านการฝึกอบรมโดยชอบ⁵⁹

⁵⁴ Article 6 of General Data Protection Regulation (GDPR)

⁵⁵ Article 8 ข้อ 1 of General Data Protection Regulation (GDPR)

⁵⁶ Children's Online Privacy Protection 1998, 15 U.S.C. §6502(a)(1)

⁵⁷ Children's Online Privacy Protection 1998, 15 U.S.C. §6502(b)(1)

⁵⁸ Children's Online Privacy Protection 1998, 15 U.S.C. §6501(1)

⁵⁹ Children's Online Privacy Protection Rule, 16 C.F.R. §312.5 (b)(2)

(3) ประเทศสิงคโปร์

หลักการให้ความยินยอมตาม PDPA วางหลักไว้ว่า ห้ามองค์กรกระทำการรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่จะได้รับความยินยอมหรือได้รับความยินยอมโดยปริยายตามกฎหมายหรือมีฐานทางกฎหมายให้อำนาจไว้ จากที่ได้กล่าวไปข้างต้นจะเห็นได้ว่า PDPA ไม่มีการบัญญัติกฎหมายหรือมาตรการสำหรับการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กโดยเฉพาะเจาะจง อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการ Personal Data Protection Commission หรือ PDPC ของสิงคโปร์ได้ให้คำแนะนำถึงกรณีของการขอความยินยอมจากเด็ก ได้แก่ องค์กรควรพิจารณาในเบื้องต้นว่าเด็กซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมีความสามารถเพียงพอในการให้ความยินยอมในนามของตนเองหรือไม่ และหากเด็กนั้นอาจมีความรู้ความเข้าใจหรือมีความสามารถในการตัดสินใจที่ไม่เพียงพอ องค์กรควรดำเนินการขอความยินยอมจากผู้ปกครองของเด็กประกอบด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เด็กมีอายุต่ำกว่า 13 ปี องค์กรควรดำเนินการขอความยินยอมจากผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย⁶⁰

4.2.3 ฐานทางกฎหมาย

การกำหนดฐานทางกฎหมายเป็นหนึ่งในหลักการสำคัญในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้น ในการศึกษาถึงฐานทางกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในหัวข้อนี้จึงจะเลือกพิจารณาจากกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหลัก

จากการศึกษาอาจกล่าวได้ว่า การกำหนดฐานทางกฎหมายเพื่อยกเว้นการขอความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตาม GDPR COPPA และ PDPA ของสิงคโปร์มีเนื้อหาและใจความสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน ได้แก่ ฐานการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือการปฏิบัติตามสัญญา ฐานการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น ภารกิจของรัฐ การดำเนินคดี หรือการจ่ายภาษี ฐานการคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ผลประโยชน์เกี่ยวกับชีวิตหรือสุขภาพของบุคคล และฐานการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการศึกษาวิจัย

นอกจากนี้ เงื่อนไขเพิ่มเติมที่สำคัญในการอ้างฐานทางกฎหมายเพื่อยกเว้นการขอความยินยอมในกฎหมายทุกฉบับ ได้แก่ การอ้างฐานทางกฎหมายจะสามารถกระทำได้ในกรณีที่มีความจำเป็น และผู้ให้บริการสามารถเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้เท่าที่จำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้น แม้การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจะกระทำโดยมีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับฐานทางกฎหมายให้อำนาจไว้ แต่ไม่มีพฤติการณ์จำเป็นเร่งด่วนเพียงพอจนไม่อาจขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ ผู้ดำเนินการไม่อาจอ้างฐานทางกฎหมายเพื่อยกเว้นการขอความยินยอมโดยชอบกฎหมาย

⁶⁰ Singapore Personal Data Protection Commission (PDPC), “Advisory Guidelines on Key Concepts in the Personal Data Protection Act” page 55. accessed 18 September 2023, <https://www.pdpc.gov.sg/-/media/Files/PDPC/PDF-Files/Advisory-Guidelines/AG-on-Key-Concepts/Advisory-Guidelines-on-Key-Concepts-in-the-PDPA-17-May-2022.pdf>.

5. กฎหมายและมาตรการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลในประเทศไทย

ประเทศไทยมีการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กผ่านกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ได้แก่ กฎหมายรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 กฎหมายคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็ก

ประเทศไทยมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายรัฐธรรมนูญตามมาตรา 32 และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 27 นอกจากนี้ แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2566 – 2570) แสดงให้เห็นถึงการเติบโตของเทคโนโลยีดิจิทัลและการเข้ามามีบทบาทสำคัญในชีวิตประจำวันของประชากรในประเทศไทย จะเห็นได้ว่า แม้แผนฉบับปัจจุบันจะไม่มีกรกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กหรือการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลโดยตรง อย่างไรก็ตาม แผนสิทธิมนุษยชนได้แสดงให้เห็นถึงข้อกังวลที่อาจเกิดขึ้นจากการเติบโตของเทคโนโลยีและเครือข่ายออนไลน์ซึ่งการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของการเติบโตดังกล่าวเช่นกัน⁶¹

กฎหมายรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 และแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในขั้นพื้นฐานซึ่งไม่อาจครอบคลุมถึงการพัฒนาทางเทคโนโลยีและเครือข่ายออนไลน์ในปัจจุบัน ไม่สามารถนำไปบังคับใช้ในบริบทของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลซึ่งมีรายละเอียดที่ซับซ้อนจากประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลพฤติกรรมออนไลน์ของเด็ก ดังนั้น ในการพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองเด็กในสถานการณ์ดังกล่าว ผู้บังคับใช้กฎหมายอาจนำกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการวางหลักพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิเด็กมาบังคับใช้ประกอบกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งมีเนื้อหาเป็นการคุ้มครองเก็บรวบรวม ใช้ หรือการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในเครือข่ายออนไลน์ของเด็ก เพื่อส่งเสริมให้การคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กมีประสิทธิภาพและมีความครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

5.2 กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ในปัจจุบันกฎหมายของประเทศไทยไม่มีกรกล่าวถึงแนวทางการให้ความคุ้มครองเด็กในเครือข่ายออนไลน์หรือการให้ความคุ้มครองเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในการพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจึงมีความจำเป็นจะต้องพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 หรือ PDPA เป็นหลัก มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁶¹ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, “แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2566-2570)” หน้า 46-47. สืบค้นเมื่อ 27 พฤศจิกายน 2566, <https://ww2-api.rlpd.go.th/File/Documentcontent/695abd1d-89a1-4f07-5049-08db5034c451/20230509035706.pdf>.

(1) หลักทั่วไปเกี่ยวกับการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล

หลักการพื้นฐานในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตาม PDPA ได้แก่ ห้ามผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลกระทำการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลหากไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น⁶² และการดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถกระทำได้ที่ขอบเขตของวัตถุประสงค์ที่ตนได้รับความได้ยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเท่านั้น⁶³ จะเห็นได้ว่า PDPA ไม่มีการกล่าวถึงการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กเพื่อการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลสามารถทำได้หากได้รับความยินยอมจากเด็กและผู้ปกครองหรือมีฐานทางกฎหมายให้อำนาจไว้ตาม PDPA

(2) การให้ความยินยอมของเด็ก

เด็กหรือผู้เยาว์ตามความหมายของ PDPA หมายความว่า บุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะโดยการสมรสหรือไม่มีฐานะเสมือนบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วตามมาตรา 27 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เยาว์ตาม PDPA จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นหลัก เว้นแต่จะเข้ากรณียกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ การขอความยินยอมของผู้เยาว์ตาม PDPA สามารถแบ่งได้ เป็น 2 ลักษณะตามระดับอายุ ได้แก่

ก. กลุ่มผู้เยาว์ที่มีอายุไม่เกิน 10 ปี การดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องขอความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองในทุกกรณี และ

ข. กลุ่มผู้เยาว์ที่มีอายุมากกว่า 10 ปีแต่ไม่เกิน 20 ปี การดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องขอความยินยอมของผู้เยาว์ประกอบกับการขอความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครอง เว้นแต่จะเข้ากรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เยาว์อาจให้ความยินยอมได้โดยลำพัง⁶⁴

จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายหรือแนวคำพิพากษาของไทยที่สามารถระบุได้อย่างชัดเจนว่าการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลนั้นเป็นกรณียกเว้นให้ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองเพียงลำพังหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในความคิดเห็นของผู้เขียนพิจารณาว่าการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลโดยมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์อันไม่ชอบจากตัวเด็กนั้นสามารถส่งผลกระทบต่อพัฒนาการและชุดความคิดของเด็กได้ในระยะยาว ประกอบกับการโฆษณาดังกล่าวมักเกิดขึ้นบนเครือข่ายออนไลน์ส่งผลให้ขาดความโปร่งใสและทำให้ผู้ดูแลหรือผู้ปกครองของเด็กไม่อาจรับรู้หรือตรวจสอบได้อย่างเหมาะสม ดังนั้น การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลจึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมได้โดยลำพัง

⁶² มาตรา 19 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

⁶³ มาตรา 21 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

⁶⁴ มาตรา 20 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในบริบทการใช้บริการเครือข่ายออนไลน์ของเด็ก ในกรณีที่ผู้ให้บริการทางออนไลน์พบว่าผู้ให้บริการของตนเป็นผู้เยาว์ตามความหมายของ PDPA ผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการดำเนินการขอความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองของเด็กก่อนการดำเนินการเก็บรวบรวม ใช้ หรือประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก

(3) ฐานทางกฎหมาย

ฐานทางกฎหมายหรือวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่สามารถอ้างเพื่อยกเว้นการขอความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล⁶⁵ หรือข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว⁶⁶ ตาม PDPA ได้แก่ ฐานเอกสารทางประวัติศาสตร์และการศึกษาวิจัยหรือสถิติ ฐานประโยชน์สำคัญต่อชีวิต ฐานการปฏิบัติตามสัญญา ฐานภารกิจของรัฐ ฐานประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมาย และฐานการปฏิบัติตามกฎหมาย

จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลกระทำโดยมีวัตถุประสงค์ตามฐานทางกฎหมายซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดไว้และมีความจำเป็นเพียงพอ การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กโดยไม่ขอความยินยอมนั้นสามารถกระทำได้ตาม PDPA อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงบทบาทของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลในปัจจุบัน การโฆษณาส่วนใหญ่มักมีการนำไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า การเมือง หรือการนำเสนอชุดความคิดอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจไม่มีความสอดคล้องกับฐานทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ ประกอบกับการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในลักษณะนี้มักไม่มีความจำเป็นเพียงพอจนทำให้ไม่สามารถขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ ดังนั้น การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลโดยทั่วไปนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหลัก และในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเด็กตาม PDPA ผู้ให้บริการทางออนไลน์มีหน้าที่ในการขอความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองของเด็กนั้นประกอบด้วย

6. บทวิเคราะห์และเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

การศึกษาในบทนี้มีวัตถุประสงค์ในการวิเคราะห์และเปรียบเทียบลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องเพื่อการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลของสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา ประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทย และนำมาวิเคราะห์ถึงแนวทางในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁶⁵ มาตรา 24 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

⁶⁶ มาตรา 26 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พุทธศักราช 2562

(1) มาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศและประเทศไทย

ลักษณะของการบังคับใช้กฎหมาย ในการบังคับใช้ COPPA ของสหรัฐอเมริกา องค์กรที่มีหน้าที่ในการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของ COPPA ได้แก่ ผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็กและผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นบุคคลทั่วไปแต่สามารถรับรู้ได้ว่าผู้ใช้บริการของตนเป็นเด็ก เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตาม GDPR และ PDPA ของไทย จะเห็นได้ว่าเนื่องจาก GDPR และ PDPA มีวัตถุประสงค์ในการบังคับต่อการกระทำเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ให้บริการทางออนไลน์มีหน้าที่ในการตรวจสอบผู้ใช้บริการของตนว่าเป็นเด็กหรือไม่เสียก่อน เพื่อที่จะนำหลักการขอความยินยอมของผู้ปกครองมาบังคับใช้ แตกต่างจาก COPPA ซึ่งบังคับใช้กับผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็กโดยตรง ลักษณะเช่นนี้ส่งผลให้การปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของ COPPA จะพิจารณาเพียงว่าผู้ให้บริการทางออนไลน์มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็กหรือไม่ หากพบว่าผู้ให้บริการรายใดมีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็กจึงจะบังคับใช้ COPPA และดำเนินการขอความยินยอมจากผู้ปกครองตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดต่อไป

ข้อดีของการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลต่อผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็กโดยตรงตามแนวทางของ COPPA ได้แก่ จำนวนของผู้ให้บริการทางออนไลน์มีน้อยกว่าผู้ให้บริการทางออนไลน์อย่างเห็นได้ชัด การบังคับใช้กฎหมายสามารถพิจารณาจากวัตถุประสงค์และกลุ่มเป้าหมายของการให้บริการได้โดยตรง ส่งผลเป็นการช่วยลดภาระในการตรวจสอบการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเป็นรายกรณีตาม GDPR และ PDPA อีกทั้ง จะเห็นได้ว่า การบังคับใช้หลักเกณฑ์ตาม GDPR และ PDPA สามารถทำได้ในกรณีที่ผู้ให้บริการสามารถตรวจสอบได้ว่าเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเด็กเท่านั้น ดังนั้น หากผู้ให้บริการไม่สามารถตรวจสอบความเป็นเด็กของผู้ใช้บริการของตนได้อย่างเหมาะสม ส่งผลให้ไม่สามารถดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดและทำให้เด็กไม่ได้รับความคุ้มครองตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การบังคับต่อผู้ให้บริการโดยตรงตาม COPPA อาจมีผลเป็นการช่วยลดภาระในการตรวจสอบความเป็นเด็ก ลดความเสี่ยงจากการตรวจสอบที่ตกหล่น ลดจำนวนการเก็บรวบรวมข้อมูลการใช้งานของเด็กเพื่อใช้ในการประมวลผลและตรวจสอบอายุของผู้ใช้บริการ และอาจช่วยให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กได้รับความคุ้มครองที่รัดกุมมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดที่เห็นได้ชัดของ COPPA ได้แก่ กรณีที่ผู้ให้บริการทางออนไลน์ปกปิดหรือหลีกเลี่ยงการแสดงตนว่าเป็นผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็กเพื่อการหลีกเลี่ยงการปฏิบัติหน้าที่ทางกฎหมาย ทำให้เด็กไม่ได้รับความคุ้มครองตามวัตถุประสงค์ของ COPPA

ลักษณะของการกำกับดูแลตัวแสดงที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล พิจารณาได้ว่าการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลมีตัวแสดงและขั้นตอนที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก เช่น ขั้นตอนการเก็บรวบรวมข้อมูล การประมวลผลข้อมูลเพื่อการผลิตและกำหนดเป้าหมายของการโฆษณา หรือขั้นตอนในการนำเสนอเนื้อหาให้แก่กลุ่มเป้าหมาย จะเห็นได้ว่า PDPA ของไทยมีขอบเขตจำกัดอยู่ในกรณีของการควบคุมผู้ให้บริการทางออนไลน์ในการเก็บรวบรวมใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก ซึ่งเป็นเพียงขั้นตอนเบื้องต้นของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลเท่านั้น

จากการศึกษาพบว่า การที่สหภาพยุโรปบังคับใช้กฎหมาย DSA และร่างกฎหมาย AIA ประกอบกับการบังคับใช้ GDPR มีบทบาทสำคัญในการขยายขอบเขตการควบคุมการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลในขั้นตอนของการนำเสนอโฆษณาผ่านการควบคุมผู้ให้บริการทางออนไลน์ และขั้นตอนของการผลิตและกำหนดเป้าหมายของการโฆษณาผ่านการควบคุมการใช้งานระบบปฏิบัติการ AI จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับมุ่งกำกับผู้ให้บริการทางออนไลน์และกำกับการใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีโดยตรง เช่น การที่ DSA กำหนดหน้าที่ทางกฎหมายให้แก่ผู้ให้บริการทางออนไลน์มีหน้าที่ในการชี้แจงข้อกำหนดในการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการทราบอย่างเหมาะสม หลักการห้ามผู้ให้บริการนำเสนอการโฆษณาที่มีพื้นฐานมาจากการทำโปรไฟล์ให้แก่ผู้ใช้บริการที่เป็นเด็ก หรือการที่ร่างกฎหมาย AIA วางหลักการห้ามใช้งานระบบปฏิบัติการ AI เพื่อการแสวงหาประโยชน์จากความเปราะบางของบุคคล

ในความเห็นของผู้เขียนพิจารณาว่า การควบคุมตัวแสดงหรือขั้นตอนอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลเพิ่มเติม เช่น การควบคุมผู้ให้บริการทางออนไลน์ หรือการใช้งานระบบปฏิบัติการ AI ประกอบกับการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอาจมีผลเป็นการช่วยให้การคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กมีความรัดกุมและครอบคลุมเป็นวงกว้างเพิ่มขึ้น เนื่องจากผู้ให้บริการทางออนไลน์มีบทบาทสำคัญในการจัดเตรียมพื้นที่การให้บริการและสามารถคัดเลือกสื่อที่ต้องการนำเสนอให้แก่ผู้ใช้บริการของตนโดยตรง รวมถึงการควบคุมการใช้ประโยชน์จากระบบปฏิบัติการ AI อาจมีผลเป็นการลดความสามารถในการประมวลผลข้อมูลและผลิตสื่อโฆษณาเพื่อการแสวงหาประโยชน์อันไม่ชอบกฎหมาย อีกทั้ง การปฏิบัติตามกฎหมายของตัวแสดงในกลุ่มนี้ส่งผลต่อผู้ใช้บริการพื้นที่ออนไลน์เป็นวงกว้าง อาจส่งผลให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กได้รับความคุ้มครองเพิ่มมากขึ้น

(2) หลักการทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

เนื่องจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลเป็นเรื่องใหม่และมีตัวแสดงที่มีความเกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก ส่งผลให้การยังไม่มีกฎหมายหรือมาตรการอื่นใดที่สามารถนำมาบังคับใช้เพื่อควบคุมการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลโดยตรง ทำให้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลยังคงมีบทบาทสำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กเป็นหลัก จะเห็นได้ว่า หลักการพื้นฐานในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตาม GDPR COPPA PDPA ของสิงคโปร์ และ PDPA ของไทย เป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ ห้ามการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือมีกฎหมายให้อำนาจไว้ อีกทั้ง ในการดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลสามารถกระทำภายใต้ขอบเขตของวัตถุประสงค์ที่ได้รับความได้ยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเท่านั้น จะเห็นได้ว่า หลักการดังกล่าวยังคงมีความสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวตาม ICCPR และ UNCRD

ในบริบทของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล อาจสังเกตได้ว่า GDPR ได้มีการวางหลักการเพิ่มเติมในเรื่องของการทำโปรไฟล์ ซึ่งการทำโปรไฟล์เป็นเครื่องมือหรือเป็นขั้นตอนหนึ่งของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล เนื่องจากผู้ให้บริการทางออนไลน์สามารถใช้ประโยชน์จากการทำโปรไฟล์ดังกล่าวเพื่อการกำหนดเป้าหมายและการเลือกนำเสนอเนื้อหาโฆษณาให้ตรงกับความสนใจหรือลักษณะนิสัยของ

ผู้ให้บริการ ดังนั้น การที่ GDPR กำหนดหลักการเพื่อห้ามใช้การตัดสินใจอัตโนมัติที่เกิดจากการทำโปรไฟล์ ในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเด็กมีผลเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กที่มีความรัดกุมเพิ่มขึ้นในระดับหนึ่ง อย่างไรก็ตาม GDPR ไม่มีการห้ามใช้การทำโปรไฟล์เพื่อวัตถุประสงค์ในการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ภายใต้หลักเกณฑ์ของ GDPR ผู้ให้บริการทางออนไลน์ยังคงสามารถทำโปรไฟล์ของเด็กเพื่อการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลได้หากได้รับความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย

(3) หลักการให้ความยินยอมของเด็กและผู้ปกครอง

การให้ความยินยอมเป็นหลักการสำคัญในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในทุกประเทศ การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจะไม่สามารถกระทำได้เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเด็กจะต้องได้รับความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายจากผู้ปกครองประกอบด้วย อาจพิจารณาได้ว่า หลักการขอความยินยอมของเด็กและผู้ปกครองเป็นแนวทางที่มีความน่าสนใจในทางทฤษฎี เนื่องจากผู้ปกครองสามารถเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบและสนับสนุนการใช้วิจารณญาณของเด็กในการตัดสินใจเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของตน อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดที่เห็นได้ชัด ได้แก่ หลักการให้ความยินยอมนั้นจะนำมาบังคับใช้ได้เมื่อผู้ให้บริการทางออนไลน์สามารถระบุได้ว่าผู้ให้บริการหรือเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นเด็กเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วจะเห็นได้ว่า การระบุว่าผู้ให้บริการรายใดเป็นเด็กอาจมีความจำเป็นต้องเก็บรวบรวมข้อมูลพฤติกรรมทางออนไลน์หรือข้อมูลการใช้งานเป็นจำนวนมากเพื่อประมวลผลถึงอายุของผู้ให้บริการ อาจส่งผลเป็นการขัดหรือแย้งกับหลักการจำกัดเก็บข้อมูลที่จำเป็นและทำให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กถูกรบกวนมากขึ้น

ข้อจำกัดอีกประการหนึ่ง ได้แก่ กรณีของเด็กที่ไม่อยู่ภายใต้การดูแลของผู้ปกครอง เช่น เด็กกำพร้า หรือเด็กที่ต้องอยู่ห่างไกลกับผู้ปกครอง ส่งผลให้ไม่อาจนำหลักการให้ความยินยอมของผู้ปกครองมาบังคับใช้ได้ รวมถึงกรณีที่ผู้ปกครองไม่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเครือข่ายทางออนไลน์หรือเทคโนโลยีดิจิทัลที่เพียงพอ ส่งผลให้การตัดสินใจเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กอาจเกิดขึ้นโดยที่ผู้ปกครองไม่มีความตระหนักถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อตัวเด็กได้อย่างเหมาะสม ทำให้หลักการให้ความยินยอมของผู้ปกครองไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์เป็นการให้ความคุ้มครองเด็ก

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในกรณีที่ผู้ให้บริการทางออนไลน์ไม่สามารถระบุได้ว่าผู้ให้บริการของตนเป็นเด็กหรือไม่ส่งผลให้ผู้ให้บริการไม่อาจบังคับใช้หลักการให้ความยินยอมของผู้ปกครองเพื่อการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก การทำโปรไฟล์ หรือหลักการให้ความคุ้มครองเด็กอื่นใดมาบังคับใช้ได้อย่างเหมาะสม⁶⁷ อีกทั้ง การดำเนินการเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากและเกิดขึ้นตลอดการใช้งานเครือข่ายออนไลน์ ส่งผลให้การขอความยินยอมและการตรวจสอบ

⁶⁷ Milda Macenaite, "From universal towards child-specific protection of the right to privacy online: Dilemmas in the EU General Data Protection Regulation," *New Media & Society* 19, no. 5 (2017): 775.

ความชอบด้วยกฎหมายของความยินยอมจากผู้ปกครองในทุกกิจกรรมอาจเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติทั้งในมุมมองของผู้ให้บริการและผู้ปกครอง⁶⁸ ดังนั้น การที่รัฐกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพิ่มเติมจากหลักการให้ความยินยอมตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เช่น การควบคุมการนำเสนอเนื้อหาและการโฆษณาของผู้ให้บริการทางออนไลน์ หรือการห้ามใช้ระบบปฏิบัติการ AI ที่เป็นอันตราย อาจมีผลเป็นการช่วยให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กได้รับความคุ้มครองอย่างรัดกุมเพิ่มมากขึ้น

(4) การกำหนดฐานทางกฎหมายเพื่อยกเว้นการขอความยินยอมในประเทศไทยและในต่างประเทศ

ในความเห็นของผู้เขียนพิจารณาว่า การกำหนดฐานทางกฎหมายเพื่อยกเว้นการให้ความยินยอมเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อรองรับเหตุการณ์ที่ไม่อาจขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ เช่น การรักษาพยาบาลอย่างเร่งด่วนส่งผลให้ไม่อาจให้ความยินยอมได้ทันเวลาที่ หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาตีตามกฎหมายที่อาจส่งผลเสียต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลส่งผลให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่ประสงค์จะให้ความยินยอม หรือเพื่อรองรับเหตุการณ์ที่ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอม เช่น การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย หรือการเก็บภาษี จะเห็นได้ว่า กฎหมายในทุกประเทศกำหนดฐานทางกฎหมายตาม GDPR COPPA PDPA ของสิงคโปร์ และ PDPA ของไทยเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ได้แก่ ฐานการศึกษาวิจัยหรือสถิติ ฐานประโยชน์สำคัญต่อชีวิต ฐานการปฏิบัติตามสัญญา ฐานภารกิจของรัฐ ฐานประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมาย และฐานการปฏิบัติตามกฎหมาย อาจสังเกตได้ว่า ฐานทางกฎหมายทั้งหมดล้วนมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและคุ้มครองชีวิตร่างกายของบุคคลเป็นหลักการสำคัญ อย่างไรก็ตาม ฐานทางกฎหมายเป็นข้อยกเว้นในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ส่งผลให้การอ้างฐานใด ๆ สามารถกระทำได้ในกรณีที่มีความจำเป็น ดำเนินการเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุมิติวัตถุประสงค์กระทำโดยมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ เท่านั้น⁶⁹

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ United Nations General Assembly, “A/HRC/48/31: The right to privacy in the digital age - Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights,” para 8.

ตารางเปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กในต่างประเทศและในประเทศไทย

	สหภาพยุโรป			สหรัฐอเมริกา	สิงคโปร์	ประเทศไทย
	GDPR	DSA	AIA	COPPA	PDPA	PDPA
1. การ โฆษณา โดยเจาะจง ตัวบุคคล	<p>- GDPR ไม่มี การวางหลัก เกี่ยวกับการ โฆษณาโดย เจาะจงตัว บุคคล โดยตรง</p> <p>- ห้าม ประมวลผล ข้อมูลส่วนบุคคลของ เด็ก เว้นแต่ จะได้รับ ความยินยอม หรือมีฐาน ทางกฎหมาย ให้อำนาจไว้</p>	<p>ห้ามผู้ให้ บริการพื้นที่ ออนไลน์ นำเสนอ โฆษณาที่เกิด จากการทำ โปรไฟล์ให้ แก่ผู้ใช้ บริการที่เป็น เด็กในทุก กรณี</p>	<p>- ห้ามใช้งาน ระบบ ปฏิบัติการ AI ที่อาจส่ง ผลกระทบ ต่อ จิตใต้สำนึก ของบุคคล หรืออาจมีผล เป็นการ ชักจูงความ คิดของ บุคคลนั้น</p> <p>- ห้ามใช้งาน ระบบ ปฏิบัติการ AI เพื่อ แสวงหา ประโยชน์ จากความ เปราะบาง ของกลุ่ม บุคคล เช่น เด็กหรือ ผู้พิการ</p>	<p>- COPPA ไม่มี การวางหลัก เกี่ยวกับการ โฆษณา โดยเจาะจง ตัวบุคคล โดยตรง</p> <p>- ห้ามเก็บ รวบรวม ใช้ หรือเปิดเผย ข้อมูลส่วนบุคคลของ เด็ก เว้นแต่ จะได้รับ ความยินยอม หรือมีฐาน ทางกฎหมาย ให้อำนาจไว้</p>	<p>- PDPA ไม่มี การวางหลัก เกี่ยวกับการ โฆษณาโดย เจาะจงตัว บุคคล โดยตรง</p> <p>- ห้ามเก็บ รวบรวม ใช้ หรือเปิดเผย ข้อมูลส่วนบุคคล เว้น แต่จะได้รับ ความยินยอม หรือมีฐาน ทางกฎหมาย ให้อำนาจไว้</p>	<p>- PDPA ไม่มี การวางหลัก เกี่ยวกับการ โฆษณาโดย เจาะจงตัว บุคคล โดยตรง</p> <p>- ห้ามเก็บ รวบรวม ใช้ หรือเปิดเผย ข้อมูลส่วนบุคคลของ เด็ก เว้นแต่ จะได้รับ ความ ยินยอมหรือ มีฐานทาง กฎหมายให้ อำนาจไว้</p>

	สหภาพยุโรป			สหรัฐอเมริกา	สิงคโปร์	ประเทศไทย
	GDPR	DSA	AIA	COPPA	PDPA	PDPA
2. การให้ความยินยอม	<p>- การประมวลผลเพื่อสารสนเทศทั่วไปของเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง</p> <p>- รัฐสมาชิกสามารถปรับอายุขั้นต่ำลงได้ แต่ต้องไม่ต่ำกว่าอายุ 13 ปี</p>	-	-	<p>- การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองในทุกกรณี</p>	<p>- PDPA ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเด็กและผู้ปกครองไว้โดยเฉพาะ</p> <p>- คำแนะนำของ PDPC ในกรณีที่ผู้ใช้บริการเป็นเด็ก ผู้ให้บริการควรขอความยินยอมจากผู้ปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เด็กมีอายุต่ำกว่า 13 ปี</p>	<p>- การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กที่มีอายุมากกว่า 10 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง</p> <p>เว้นแต่จะเข้ากรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เยาว์อาจให้ความยินยอมได้โดยลำพังตามมาตรา 22 มาตรา 23 หรือมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์</p> <p>- กรณีผู้เยาว์อายุไม่เกิน 10 ปี ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองในทุกกรณี</p>

	สหภาพยุโรป			สหรัฐอเมริกา	สิงคโปร์	ประเทศไทย
	GDPR	DSA	AIA	COPPA	PDPA	PDPA
3. การกำหนดฐานทางกฎหมายเพื่อยกเว้นการขอความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล	<p>(1) ฐานการปฏิบัติตามสัญญา</p> <p>(2) ฐานการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย</p> <p>(3) ฐานการคุ้มครองผลประโยชน์เกี่ยวกับชีวิตของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล</p> <p>(4) ฐานการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะ</p> <p>(5) ฐานการประมวลผลจำเป็นต่อประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมาย</p>	-	-	<p>(1) การตอบสนองต่อคำขอของเด็กเพียงครั้งเดียว และผู้ให้บริการไม่อาจเรียกคืนข้อมูลเช่นนั้นได้อีก</p> <p>(2) การติดต่อผู้ปกครองของเด็กเพื่อใช้ในการขอความยินยอมหรือการชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับนโยบายความเป็นส่วนตัว</p> <p>(3) การตอบสนองต่อคำขอเฉพาะจากเด็กมากกว่าหนึ่งครั้ง และไม่ได้ใช้เพื่อติดต่อเด็กนั้นอีก</p>	<p>(1) ผลประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมาย</p> <p>(2) วัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาทางธุรกิจ</p> <p>(3) การศึกษาวิจัย</p> <p>(4) ผลประโยชน์ต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล</p>	<p>(1) ฐานเอกสารประวัติ-ศาสตร์และการศึกษาวิจัยหรือสถิติ</p> <p>(2) ฐานประโยชน์สำคัญต่อชีวิต</p> <p>(3) ฐานการปฏิบัติตามสัญญา</p> <p>(4) ฐานภารกิจของรัฐ</p> <p>(5) ฐานประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมาย</p> <p>(6) ฐานการปฏิบัติตามกฎหมาย</p>

	สหภาพยุโรป			สหรัฐอเมริกา	สิงคโปร์	ประเทศไทย
	GDPR	DSA	AIA	COPPA	PDPA	PDPA
3. การกำหนดฐานทางกฎหมายเพื่อยกเว้นการขอความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล				(4) การป้องกันความปลอดภัยในการใช้บริการทางออนไลน์ของเด็ก (5) การคุ้มครองประโยชน์และปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย		

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและให้ความสำคัญกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กผ่านกฎหมายรัฐธรรมนูญ แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พระราชบัญญัติคุ้มครองสิทธิเด็ก และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กจากการตกเป็นเป้าหมายของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลของไทยยังไม่มีแนวทางที่แน่ชัด ในปัจจุบันการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กจากการใช้บริการทางออนไลน์อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหลัก ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการวางหลักการพื้นฐานเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการทั่วไป ทำให้ไม่อาจปรับใช้เพื่อคุ้มครองเด็กจากสถานการณ์ที่มีความซับซ้อนอย่างการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลได้อย่างเหมาะสม ส่งผลให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กอาจถูกรบกวนจากการใช้งานเครือข่ายทางออนไลน์ได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนามาตรการสำหรับประเทศไทย ดังต่อไปนี้

(1) การควบคุมผู้ให้บริการทางออนไลน์ในการนำเสนอและแสดงรายละเอียดการโฆษณาตาม DSA

เนื่องจากผู้ให้บริการทางออนไลน์เป็นบุคคลที่มีอำนาจในการจัดเตรียมพื้นที่ให้บริการออนไลน์ และเนื้อหาที่ต้องการนำเสนอ สามารถรับรู้และจัดการการนำเสนอโฆษณาทั้งหมดที่เกิดขึ้นบนพื้นที่ให้บริการของตน ดังนั้น การกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการพื้นที่ออนไลน์ในการคัดกรองเนื้อหาที่ตนนำเสนอ โดยตรงอาจมีผลเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กได้เป็นวงกว้างมากขึ้น การกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพิ่มเติมในประเทศไทยจึงควรดำเนินการดังต่อไปนี้

ก. การทำโปรไฟล์เป็นเครื่องมือและขั้นตอนที่สำคัญในการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล ในปัจจุบัน เนื่องจากผู้ให้บริการสามารถใช้ประโยชน์จากการประมวลผลข้อมูลและการทำโปรไฟล์ในการกำหนดเป้าหมายและเลือกนำเสนอโฆษณาให้ตรงกับความต้องการหรือลักษณะนิสัยของผู้ใช้บริการซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลดังกล่าว จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยยังไม่มีคำจำกัดความของการทำโปรไฟล์หรือการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล ดังนั้น ในเบื้องต้น อาจกำหนดค่านิยมตามกฎหมายของ “การทำโปรไฟล์” หมายความว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อวิเคราะห์ถึงแง่มุมส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลดังกล่าว เช่น นิสัย ความสนใจ พฤติกรรม หรือตำแหน่งที่ตั้งของบุคคล เพื่อเป็นประโยชน์สำหรับการนำไปบังคับใช้หรือกำหนดสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายให้แก่บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องต่อไป

ข. ในกรณีของการโฆษณาโดยทั่วไป ผู้ให้บริการทางออนไลน์มีหน้าที่ในการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเนื้อหาดังกล่าวเป็นเนื้อหาเพื่อการโฆษณา ทำให้ผู้รับสื่อสามารถเข้าใจได้ในทันทีว่าตนกำลังรับชมสื่อเพื่อการโฆษณาอยู่ในขณะนั้นและชี้แจงถึงรายละเอียดและที่มาของสื่อโฆษณา เพื่อแสดงให้เห็นถึงความโปร่งใสและสามารถตรวจสอบได้ของการโฆษณา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ให้บริการทางออนไลน์เป็นเด็ก การแสดงให้เห็นว่าเป็นสื่อเพื่อการโฆษณาอาจมีส่วนช่วยให้เด็กสามารถรับรู้ได้ถึงวัตถุประสงค์ของสื่อที่ตนได้รับผ่านเครือข่ายออนไลน์อย่างชัดเจน ลดความเสี่ยงจากการถูกหลอกกลวง ชักจูงใจ หรือกระตุ้นความอยากบริโภคของเด็กได้ในเบื้องต้น

ค. ในกรณีของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล ห้ามผู้ให้บริการทางออนไลน์นำเสนอการโฆษณาที่เกิดจากการทำโปรไฟล์ให้แก่ผู้ใช้บริการที่เป็นเด็กทุกกรณี เนื่องจากการนำเสนอโฆษณาที่เกิดจากการทำโปรไฟล์ของเด็กอาจมีลักษณะเป็นการนำเสนอเนื้อหาการโฆษณาที่ผ่านการตกแต่งหรือคัดเลือกมาให้สอดคล้องกับความสนใจหรือพฤติกรรมของเด็กในช่วงเวลาดังกล่าวโดยเฉพาะ ซึ่งอาจมีผลเป็นการกระตุ้นความอยากบริโภค ชักจูงทางความคิด หรือทำให้เด็กตกอยู่ในสภาพแวดล้อมของข้อมูลที่ไม่มีความหลากหลายได้มากกว่าการโฆษณาโดยทั่วไป นอกจากนี้ การโฆษณาในลักษณะดังกล่าวสามารถใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันออกไป เช่น การโฆษณาในเชิงพาณิชย์ การเผยแพร่ความคิด หรือการโฆษณาทางการเมือง จะเห็นได้ว่า เนื่องจากเด็กยังอยู่ในช่วงวัยของการพัฒนาความคิดและความเข้าใจ อาจมีประสบการณ์และวิจารณญาณในการรับชมสื่อโฆษณาที่ไม่เพียงพอ การได้รับสื่อโฆษณาโดยเจาะจง

ตัวบุคคลดังกล่าวอาจส่งผลให้เด็กอาจได้รับผลกระทบต่อการพัฒนาทางความคิด พฤติกรรม หรือถูกแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือผลประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่น ๆ ได้ ดังนั้น การห้ามการนำเสนอโฆษณาที่เกิดจากการทำโปรไฟล์ให้แก่ผู้ใช้บริการที่เป็นเด็กในทุกกรณีอาจมีส่วนช่วยให้เด็กสามารถใช้บริการเครือข่ายออนไลน์ได้อย่างปลอดภัยและมีความเป็นส่วนตัวมากขึ้น

จะเห็นได้ว่า การทำโปรไฟล์เกี่ยวข้องกับการเก็บรวบรวมข้อมูลของเด็กผ่านการใช้งานออนไลน์ ดังนั้น การบัญญัติค่านิยามอาจสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ในมาตรา 6 ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยในลักษณะเดียวกันกับ GDPR ของสหภาพยุโรป อีกทั้ง การควบคุมผู้ให้บริการทางออนไลน์เป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย การให้ความคุ้มครองตามคำแนะนำของผู้เขียนอาจมีความจำเป็นในการบัญญัติเป็นกฎหมายฉบับใหม่เพื่อควบคุมผู้ให้บริการทางออนไลน์โดยเฉพาะ ดังนั้น ในกรณีที่ประเทศไทยมีแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายเพื่อการควบคุมผู้ให้บริการทางออนไลน์ในลักษณะเดียวกันกับ DSA ในอนาคต การกำหนดนิยามของการทำโปรไฟล์ในกฎหมายดังกล่าวอาจมีเนื้อหาที่มีความสอดคล้องและสามารถนำไปบังคับใช้ควบคู่กับหลักการห้ามผู้ให้บริการนำเสนอโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลให้แก่เด็กได้เป็นอย่างดี

(2) การห้ามผู้ใช้อำนาจปกครองในการให้ความยินยอมเพื่อการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลใน PDPA

การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลยังไม่ได้มีการกล่าวถึงในกฎหมายคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทย ส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลในปัจจุบันจำเป็นต้องบังคับใช้หลักพื้นฐานในเรื่องของการให้ความยินยอมจากกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นหลัก กล่าวคือ ผู้ให้บริการทางออนไลน์สามารถเก็บรวบรวม ใช้ หรือประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กเพื่อการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลได้ หากได้รับความยินยอมจากเด็กและผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยจึงควรห้ามผู้ใช้อำนาจปกครองให้ความยินยอมสำหรับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคล การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการดังกล่าวอาจกระทำได้ เช่น การห้ามโดยตรงผ่านหลักการให้ความยินยอมของผู้ปกครองมาตรา 20 ของ PDPA หรือการกำหนดให้การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กเพื่อการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลให้แก่เด็กนั้นเป็นวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้ผู้ให้บริการไม่อาจเก็บรวบรวมข้อมูลดังกล่าวได้ตามมาตรา 22 ของ PDPA

(3) การห้ามใช้ระบบปฏิบัติการ AI ในการประมวลผลที่อาจส่งผลกระทบต่อจิตใจที่สำคัญหรืออาจมีผลเป็นการชักจูงความคิดของบุคคล และห้ามการใช้ระบบปฏิบัติการ AI ที่อาจมีผลเป็นการแสวงหาประโยชน์อันไม่ชอบจากเด็ก

ขั้นตอนที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลคือการใช้เทคโนโลยีในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กเพื่อผลิตเนื้อหาและกำหนดเป้าหมายของการโฆษณา ระบบปฏิบัติการ AI เป็นเครื่องมือทางเทคโนโลยีที่สามารถใช้ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลและวิเคราะห์ถึงความสนใจหรือพฤติกรรมของบุคคล เพื่อผลิตสื่อที่สามารถกระตุ้นอารมณ์ความรู้สึกหรือชักจูงความคิดหรือความเชื่อของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้⁷⁰ การกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพิ่มเติมในประเทศไทย จึงควรดำเนินการดังต่อไปนี้

ก. ห้ามการใช้ระบบปฏิบัติการ AI ในการประมวลผลที่อาจส่งผลกระทบต่อจิตใจที่สำคัญหรืออาจมีผลเป็นการชักจูงความคิดของบุคคล และ

ข. ห้ามการใช้ระบบปฏิบัติการ AI ในการประมวลผลเพื่อแสวงหาประโยชน์จากความเปราะบางของกลุ่มบุคคลใดกลุ่มหนึ่งเนื่องจากอายุ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ เช่น เด็ก หรือผู้พิการ โดยมีเจตนาเพื่อบิดเบือนพฤติกรรมของบุคคล ในลักษณะที่เป็นเหตุหรืออาจมีผลให้บุคคลนั้นหรือบุคคลอื่นได้รับอันตรายทางร่างกายหรือจิตใจ

อาจกล่าวได้ว่า การห้ามการใช้งานระบบปฏิบัติการ AI เพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจมีส่วนช่วยให้การผลิตเนื้อหาและการกำหนดเป้าหมายของการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลกระทำได้อย่างขึ้น อดจำนวนการประมวลผลข้อมูลที่อาจส่งผลกระทบต่อจิตใจที่สำคัญหรือชักจูงความคิดของบุคคล ลดการประมวลผลเพื่อแสวงหาประโยชน์อันไม่ชอบด้วยกฎหมายจากเด็ก และอาจมีส่วนช่วยให้เด็กสามารถเข้าถึงเนื้อหาหรือได้รับโฆษณาที่มีความปลอดภัยมากขึ้น จะเห็นได้ว่า การควบคุมการใช้งานระบบปฏิบัติการ AI เป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย การให้ความคุ้มครองตามคำแนะนำของผู้เขียนอาจมีความจำเป็นในการบัญญัติเป็นกฎหมายฉบับใหม่เพื่อการควบคุมระบบปฏิบัติการ AI โดยเฉพาะ

(4) การกำหนดหน้าที่ในการปฏิบัติตาม PDPA ในส่วนของการให้ความคุ้มครองเด็กให้แก่ผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็ก

ในปัจจุบันการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กตาม PDPA ของไทยสามารถนำมาบังคับใช้เมื่อผู้ให้บริการทางออนไลน์สามารถตรวจสอบได้ว่าผู้ใช้บริการของตนเป็นเด็กตามคำนิยามของ PDPA หรืออาจกล่าวได้ว่า ในการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก ผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการตรวจสอบอายุของผู้ใช้บริการทุกรายของตน และหากพบว่าผู้ใช้บริการรายใดเป็นเด็กจึงนำหลักการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กมาบังคับใช้ ซึ่งในทางปฏิบัติ การตรวจสอบอายุของผู้ใช้บริการอาจทำได้ยากและ

⁷⁰ Rostam J. Neuwirth, "Prohibited artificial intelligence practices in the proposed EU artificial intelligence act (AIA)," *Computer Law & Security Review* 48 (2023): 4-5.

มีความตกหล่นจนทำให้เด็กไม่ได้รับการคุ้มครองที่เหมาะสม อีกทั้ง การตรวจสอบอายุอาจส่งผลให้ผู้ให้บริการทางออนไลน์จำเป็นต้องเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเพิ่มเติมเพื่อประมวลผลถึงอายุของผู้ใช้บริการ ซึ่งมีความไม่สอดคล้องกับหลักการจัดเก็บข้อมูลเท่าที่จำเป็น และอาจสร้างภาระหน้าที่ที่มากจนเกินไปให้แก่ผู้ให้บริการทางออนไลน์

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทย จึงควรดำเนินการกำหนดหน้าที่ทางกฎหมายให้แก่ผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็ก กล่าวคือ ผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็ก มีหน้าที่ในการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก ตาม PDPA แก่ผู้ให้บริการของตนทุกรายในทันที โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้ให้บริการรายใดเป็นเด็ก ตามหลักเกณฑ์โดยทั่วไปของ PDPA หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็กต้องพิจารณาและปฏิบัติต่อผู้ให้บริการทุกคนเสมือนว่าเป็นเด็กตามกฎหมาย การกำหนดหน้าที่ในลักษณะนี้อาจมีผลเป็นการช่วยลดภาระหน้าที่ของผู้ให้บริการในการตรวจสอบอายุของผู้ใช้บริการ ลดความเสี่ยงจากการตรวจสอบที่ตกหล่น และช่วยอุดช่องว่างจากการปฏิเสธหรือการอ้างความไม่รู้ของผู้ให้บริการ เพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายได้บางส่วน ส่งผลให้ผู้ให้บริการที่เป็นเด็กได้รับความคุ้มครองอย่างทั่วถึงเพิ่มมากขึ้น

การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการดังกล่าวอาจกระทำได้ เช่น การกำหนดนิยามหรือแนวพิจารณาลักษณะของผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็กในเบื้องต้น โดยอาจกำหนดแนวพิจารณาได้จากลักษณะการให้บริการ เช่น การมีเนื้อหาสำหรับเด็ก การใช้ภาษาสำหรับเด็ก รูปแบบการนำเสนอสำหรับเด็ก การว่าจ้างบุคคลผู้มีชื่อเสียงซึ่งเป็นที่นิยมในกลุ่มเด็ก แนวปฏิบัติทางการตลาดของผู้ให้บริการ หรือสามารถพิจารณาได้จากการสอบถามข้อมูลอายุของผู้ใช้บริการโดยตรง เมื่อสามารถนิยามผู้ให้บริการทางออนไลน์ที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็กได้ในเบื้องต้นแล้วจึงกำหนดหน้าที่ทางกฎหมายเพิ่มเติมให้แก่ผู้ให้บริการรายดังกล่าวโดยตรงตาม PDPA

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลจะเป็นเรื่องใหม่ในสังคมไทยปัจจุบัน การเติบโตของเทคโนโลยีและการใช้งานเครือข่ายออนไลน์ทำให้การโฆษณาดังกล่าวกลายเป็นเรื่องใกล้ตัวและพบเจอได้ในชีวิตประจำวัน เด็กจำนวนมากตกเป็นเป้าหมายของการโฆษณาโดยที่ไมรู้อายุหรือเด็กบางส่วนอาจรู้ตัวแต่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลมีขั้นตอนที่ซับซ้อนและมีตัวแสดงที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก มาตรการทางกฎหมายของไทยในปัจจุบันมีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กในขั้นพื้นฐานไม่อาจให้ความคุ้มครองที่ครอบคลุมเพียงพอ การพัฒนามาตรการทางกฎหมายในประเทศไทยจึงมีความจำเป็นเพื่อเข้าไปควบคุมขั้นตอนและตัวแสดงที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมจากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน เพื่อสนับสนุนให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กได้รับความคุ้มครองอย่างรัดกุมและมีความสอดคล้องกับพันธกรณีที่มีอยู่ตามกฎหมายระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอนี้ยังเป็นแนวทางในการพัฒนามาตรการสำหรับประเทศไทยของบทความฉบับนี้ยังคงมีข้อจำกัดในการนำไปบังคับใช้ในทางปฏิบัติ เช่น ข้อจำกัดในการตรวจสอบความเป็นเด็กของผู้ให้บริการทางออนไลน์อาจมีผลให้ผู้ให้บริการไม่สามารถบังคับใช้มาตรการเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กอย่างเหมาะสม

ข้อจำกัดในการกำหนดค่านิยามหรือการตรวจสอบลักษณะของการประมวลผลที่อาจส่งผลกระทบต่อจิตใต้สำนึกของบุคคล ข้อจำกัดในกรณีที่ผู้ให้บริการทางออนไลน์ปิดบังหรือไม่ยอมรับว่าตนเองเป็นผู้ให้บริการที่มีกลุ่มเป้าหมายเป็นเด็ก ข้อจำกัดในกรณีที่เด็กไม่อยู่ภายใต้การดูแลของผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือข้อจำกัดในกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองไม่มีความรู้ความเข้าใจที่เพียงพอในการให้ความคุ้มครองเด็ก

นอกจากนี้ อาจพิจารณาได้ว่า ข้อท้าทายที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการให้ความคุ้มครองเด็กจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลและการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กจากเครือข่ายออนไลน์โดยทั่วไป ได้แก่ การเปลี่ยนแปลงของกฎหมายไม่อาจไล่ตามการพัฒนาของเทคโนโลยีได้ทันเวลา ดังนั้นแม้บทความฉบับนี้ได้มีการศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวทางการพัฒนากฎหมายให้ครอบคลุมถึงสถานการณ์ต่าง ๆ ได้มากที่สุดเพื่อลดผลกระทบจากการโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลที่มีต่อเด็ก การให้ความคุ้มครองผ่านมาตรการทางกฎหมายเป็นเพียงส่วนหนึ่งในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเด็กเท่านั้น การสนับสนุนให้เด็กมีความรู้เท่าทันเทคโนโลยีและมีวิจารณญาณในการรับสื่อผ่านเครือข่ายออนไลน์เป็นเรื่องพื้นฐานที่สำคัญและมีความจำเป็นอย่างยิ่ง การทำให้เด็กสามารถรู้ทันกลไกและวัตถุประสงค์ของการโฆษณา รับรู้ได้ว่าตนเองอาจตกเป็นเป้าหมายของสื่อชักจูงใจ สนับสนุนให้เด็กเลือกรับฟังสื่อที่มีความหลากหลายจากแหล่งที่มาแตกต่างกัน หรือการแสดงให้เห็นถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นทำให้การโฆษณาโดยเจาะจงตัวบุคคลไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างเต็มที่ แม้ในอนาคตจะมีการพัฒนาเทคโนโลยีหรือคิดค้นระบบปฏิบัติการรูปแบบใหม่ในลักษณะใด การที่เด็กมีความตระหนักรู้เหล่านี้ทำให้เด็กสามารถป้องกันตนเองได้ในทุกสถานการณ์ ทำให้เด็กสามารถใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีได้อย่างอิสระและมีความปลอดภัยมากขึ้น

หลักการพัฒนายั่งยืนในกฎหมายป่าไม้ของประเทศไทย:
พัฒนาการทางประวัติศาสตร์จากอดีตจนถึงปัจจุบัน*
The Principle of Sustainable Development of Thailand's
Forestry Laws: A Historical Development from Past to Present

ปวรุตม์ จงศิริรักษ์
Pawarut Jongsirirag

นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200
LL.M Candidate
Faculty of Law, Thammasat University, Phrachan Road, Phra Nakhon, Bangkok 10200
Corresponding author E-mail: pawarut.jongsirirag@gmail.com
(Received: May 2, 2025; Revised: July 18, 2025; Accepted: July 23, 2025)

บทคัดย่อ

การพัฒนายั่งยืน (Sustainable Development) เป็นแนวคิดด้านการพัฒนาที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลและมีบทบาทเป็นแนวทางการพัฒนาที่ทุกประเทศนำไปปรับใช้ โดยมีนิยามว่า การพัฒนาที่ตอบสนองความต้องการของคนรุ่นปัจจุบัน โดยไม่กระทบต่อความสามารถในการตอบสนองความต้องการของคนรุ่นอนาคต โดยมีสามเสาหลักแห่งการพัฒนายั่งยืน (The three pillars of sustainability) เป็นหัวใจสำคัญของหลักการ ซึ่งการบูรณาการมิติด้านการพัฒนาทั้งสามด้าน ได้แก่ เศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมให้สอดคล้องกัน ซึ่งประเทศไทยมีพันธกิจในระดับสากลในการนำหลักการพัฒนายั่งยืนมาปรับใช้กับการพัฒนาภายในประเทศทุกภาคส่วน รวมถึงการจัดการป่าไม้อันเป็นทรัพยากรธรรมชาติภายในประเทศ

บทความฉบับนี้จึงเป็นการศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายป่าไม้ของไทย โดยศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายนับตั้งแต่ก่อนการก่อตั้งกรมป่าไม้ในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นช่วงแรกเริ่มของการตรากฎหมายป่าไม้ มาจนถึงกฎหมายป่าไม้ในปัจจุบัน เพื่อชี้ให้เห็นว่ากฎหมายป่าไม้ของไทยได้นำเอาหลักการพัฒนายั่งยืนมาปรับใช้จริงและมีความสอดคล้องกับพัฒนาการของหลักการพัฒนายั่งยืน โดยปรากฏผ่านหลักการของกฎหมายป่าไม้ในหลายภาคส่วนที่แสดงให้เห็นถึงการบูรณาการทางเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของหลักการพัฒนายั่งยืน

คำสำคัญ: การพัฒนายั่งยืน, กฎหมายป่าไม้, การจัดการป่าไม้

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “หลักการพัฒนายั่งยืนในกฎหมายป่าไม้ของประเทศไทย : พัฒนาการทางประวัติศาสตร์จากอดีตจนถึงปัจจุบัน” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

A Sustainable Development is a widely and globally accepted concept that serve as a guideline for each country to adopt and execute within its own context. It is defined as “a development that response to present needs without compromising the ability to response to the need of future generations.” The core principle consists with “The three pillars of sustainability,” it is required for an integration of economic, social and environmental dimensions in accordance with harmony. Thailand has made a global commitment to apply the principles of sustainable development across all sectors of national development, including management of forests, which constitute a vital natural resource of the country.

This article thus aims to study and analyze Thailand’s forestry laws from a historical legal perspective, beginning from the period before the establishment of the Royal Forest Department during the reign of King Rama V, which started an initial phase of formal forestry legislation, through to the present-day forestry laws. The objective is to demonstrate that Thailand’s forestry laws have incorporated and applied the principle of sustainable development, aligning with the evolution of the concept itself. This integration is reflected in various sections of the forestry laws, where the balancing and integration of economic, social, and environmental dimensions, which rely on the core pillars of sustainable development.

Keywords: Sustainable Development, Forestry Law, Forest Management

1. บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญ

ในช่วงเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2567 เกิดกระแสด้านการอนุรักษ์ธรรมชาติกระแสหนึ่งขึ้นมาบนสื่อสังคมออนไลน์ โดยใช้ชื่อว่า “#Saveทับลาน” ซึ่งเป็นกระแสว่าด้วยภาครัฐจะเพิกถอนพื้นที่อุทยานแห่งชาติทับลานกว่า 2.6 แสนไร่ ให้กลายเป็นพื้นที่ของ ส.ป.ก. นั้นสมควรหรือไม่¹ จากกระแสดังกล่าวเกิดการมองย้อนกลับไปถึงจุดแรกเริ่มของปัญหาที่มีการกล่าวว่ามีสาเหตุมาจากตัวกฎหมายป่าไม้เอง แม้กฎหมายป่าไม้จะมีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้ แต่กระบวนการที่ผ่านมากลับไม่ได้คำนึงถึงวิถีชีวิตของผู้คนที่อาศัยในพื้นที่ป่าเท่าที่ควร ส่งผลให้เกิดปัญหาข้อพิพาทด้านป่าไม้มาโดยตลอด

¹ The Matter, “#Saveทับลาน คืออะไร? สรุปการเดือนพื้นที่อุทยานฯ ทับลาน 2.6 แสนไร่ ที่อาจกลายเป็นของนายทุน,” สืบค้นเมื่อ 25 พฤศจิกายน 2567, <https://thematter.co/brief/recap/what-happening-thap-lan-national-park/228580>

ตลอดระยะเวลา นับตั้งแต่กฎหมายป่าไม้เริ่มก่อตัวในสมัยรัชกาลที่ 5 จนพัฒนามาถึงพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562 ในปัจจุบัน ประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิกของสหประชาชาติ ได้นำหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) ไปปรับใช้ในทฤษฎีของการพัฒนา ซึ่งรวมไปถึงการจัดการป่าไม้ภายใต้หลักการพัฒนาที่ยั่งยืน โดยมีจุดเริ่มต้นเมื่อประมาณปี ค.ศ. 1972 (พ.ศ. 2515) ในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ (The United Nations Conference on the Human Environment) ซึ่งในเวลาต่อมาได้มีการออกรายงานฉบับหนึ่งที่เรียกว่า Brundtland Report ได้ให้นิยามการพัฒนาที่ยั่งยืนเอาไว้ว่า “การพัฒนาที่ตอบสนองความต้องการของคนรุ่นปัจจุบัน โดยไม่กระทบต่อความสามารถในการตอบสนองความต้องการของคนรุ่นอนาคต” ในภายหลัง มีการพัฒนาหลักการและเพิ่มเติมรายละเอียดให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นกลายเป็นหัวใจสำคัญที่เรียกว่า สามเสาหลักแห่งการพัฒนาที่ยั่งยืน (The three pillars of sustainability) ซึ่งเป็นหลักการที่มีใจความสำคัญในการบูรณาการอย่างกลมกลืนของมิติด้านการพัฒนาทั้งสามด้าน คือ เศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม ซึ่งก่อให้เกิดการต่อยอดให้สามารถนำไปปฏิบัติได้จริง โดยกำหนดตัวชี้วัด เกิดเป็นเป้าหมายการพัฒนา สหัสวรรษ (Millennium Development Goals: MDGs) และพัฒนาต่อมากลายเป็นเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals: SDGs) ที่เป็นตัวชี้วัดการพัฒนาที่ยั่งยืนในขณะนี้² การพัฒนาที่ยั่งยืนจึงเป็นกรอบการพัฒนาที่สำคัญของประชาคมโลก

อย่างไรก็ตาม พบว่าประเทศไทยได้มีการนำหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนมาปรับใช้เป็นทิศทางของการพัฒนา โดยปรากฏทั้งในรัฐธรรมนูญ แผนยุทธศาสตร์ชาติ แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ³ รวมไปถึงกฎหมายป่าไม้ของไทยอีกด้วย นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงการจัดการป่าไม้แล้ว กลับก่อให้เกิดคำถามว่ามีการนำหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนมาปรับใช้แล้วหรือไม่ บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาว่ากฎหมายป่าไม้ของไทยปรากฏหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนแล้วหรือไม่ โดยศึกษาภาพรวมของกฎหมายป่าไม้ นับตั้งแต่ช่วงก่อนการตั้งกรมป่าไม้ไทยในสมัยรัชกาลที่ 5 จนถึงกฎหมายในปัจจุบัน เพราะการศึกษาหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนจากกฎหมายป่าไม้ฉบับใดฉบับหนึ่งเท่านั้น ย่อมไม่อาจให้คำตอบถึงการปรากฏตัวของการพัฒนาที่ยั่งยืนได้อย่างชัดเจน

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

ศึกษากฎหมายป่าไม้ของไทย กล่าวคือ กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดการทรัพยากรป่าไม้ ทั้งในเชิงพื้นที่และเชิงทรัพยากรธรรมชาติ ตั้งแต่ก่อนการก่อตั้งกรมป่าไม้จนถึงฉบับปัจจุบัน เพื่อวิเคราะห์ว่าตลอดระยะเวลาที่ผ่านมากฎหมายป่าไม้ของไทยปรากฏหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนหรือไม่

² SDG Move, “ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับ SDGs,” สืบค้นเมื่อ 30 พฤษภาคม 2565, <https://www.sdgmove.com/intro-to-sdgs/>

³ สำนักความร่วมมือด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ สำนักงานปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืน,” สืบค้นเมื่อ 16 พฤษภาคม 2565, http://lib.mnre.go.th/lib/book/TheFutureWeWant_KhamRu.pdf

1.3 สมมติฐาน

เมื่อประเทศไทยมีพันธกิจในการนำหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนมาปรับใช้เป็นแนวทางการพัฒนาภายในประเทศ รวมถึงแนวทางการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึงการจัดการทรัพยากรป่าไม้ ซึ่งประเทศไทยได้รับเอาหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนมาปรับใช้ในกฎหมายป่าไม้ของไทย โดยปรากฏผ่านหลักการในดับบทกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงสามเสาหลักแห่งการพัฒนาที่ยั่งยืนซึ่งเป็นการบูรณาการมิติด้านการพัฒนาทั้งสามด้าน ได้แก่ เศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม และการปรากฏตัวของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนจะชัดเจนมากยิ่งขึ้นตามยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งการพัฒนาที่ยั่งยืนจะเป็นแนวทางการพัฒนาที่ทวีความสำคัญมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาข้อความคิดทั่วไปของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน และกฎหมายป่าไม้ของไทยตั้งแต่ช่วงก่อนการก่อตั้งกรมป่าไม้จนถึงปัจจุบัน เพื่อนำมาวิเคราะห์การปรากฏตัวของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนในกฎหมายป่าไม้ของไทย เพื่อชี้ให้เห็นว่าประเทศไทยได้นำเอาหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนมาปรับใช้ในกฎหมายป่าไม้ของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันที่สอดคล้องกับพัฒนาการของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน

1.5 วิธีการศึกษา

ศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) และในเชิงทฤษฎี (Doctrinal Legal Research) โดยรวบรวมข้อมูลจากตำรา หนังสือ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง กฎหมาย คำพิพากษาของศาล รายงานการประชุม เอกสารทางวิชาการ บทความในวารสาร รวมถึงฐานข้อมูลออนไลน์ในประเทศและต่างประเทศ รวมถึงวิเคราะห์ดับบทกฎหมาย โดยศึกษาข้อมูลในเชิงประวัติศาสตร์ สังคมและกฎหมายเพื่อแสดงให้เห็นถึงอิทธิพลของสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่มีต่อการบัญญัติกฎหมายป่าไม้ซึ่งสอดคล้องไปกับพัฒนาการและการปรากฏตัวของหลักการที่ยั่งยืนในกฎหมายป่าไม้ของไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ทำให้ทราบถึงหลักการสำคัญของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน และลักษณะการปรากฏตัวของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนในกฎหมายป่าไม้ของไทยตั้งแต่ก่อนการก่อตั้งกรมป่าไม้จนถึงปัจจุบัน ทำให้สามารถวิเคราะห์ถึงพัฒนาการของกฎหมายป่าไม้และพัฒนาการของลักษณะการปรากฏตัวของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนในกฎหมายป่าไม้ ซึ่งสะท้อนถึงคุณภาพของกฎหมายป่าไม้ของไทยว่ามีคุณภาพสอดคล้องกับแนวคิดการจัดการทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืนในระดับสากลอีกด้วย

2. ข้อความคิดทั่วไปของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน

จุดเริ่มต้นของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน เกิดขึ้นจากการตระหนักถึงปัญหาด้านการพัฒนาที่ส่งผลเสียต่อสิ่งแวดล้อม จนนำไปสู่แนวความคิดว่าการพัฒนาเศรษฐกิจและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่จะต้องพิจารณาควบคู่กันไป จึงเกิดการประชุมด้านสิ่งแวดล้อมโลกขึ้นเป็นครั้งแรก คือ การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 (the Un Conference on the Human Environment 1972) หรือที่เรียกกันโดยย่อว่า การประชุม Stockholm 1972 เพื่อหาหลักการพัฒนาร่วมกันภายใต้ปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม⁴ ต่อมาในปี ค.ศ. 1983 (พ.ศ. 2526) ได้จัดตั้งคณะกรรมการธิการโลกว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (World Commission on Environment and Development หรือที่เรียกว่า คณะกรรมาธิการบรันท์แลนด์ (Brundtland Commission) โดยมีวัตุประสงค์เพื่อสำรวจสาเหตุความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม และทำความเข้าใจความสัมพันธ์ระหว่างสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม⁵ ซึ่งคณะกรรมการบรันท์แลนด์ ได้จัดทำรายงานฉบับหนึ่งออกเผยแพร่ ในปี ค.ศ. 1987 (พ.ศ. 2530) ซึ่งให้นิยามของการพัฒนาที่ยั่งยืนว่า “การพัฒนาที่ตอบสนองความต้องการของคนรุ่นปัจจุบัน โดยไม่กระทบต่อความสามารถในการตอบสนองความต้องการของคนรุ่นอนาคต”⁶ จากนิยามข้างต้นแสดงให้เห็นว่าในการพัฒนาจำเป็นต้องคำนึงถึงความต้องการของคนรุ่นปัจจุบันและคนรุ่นอนาคต ไม่ใช่ให้ความสำคัญกับคนรุ่นปัจจุบันแต่เพียงอย่างเดียว และแสดงให้เห็นว่าสิ่งแวดล้อมทั้งในปัจจุบันและอนาคตมีขีดจำกัดในการรองรับความต้องการของมนุษย์ ไม่ได้มีขอบเขตไม่จำกัดที่จะตอบสนองความต้องการของมนุษย์ได้อย่างไร้ขอบเขต นอกจากนี้ ยังหมายความว่า คนรุ่นปัจจุบันไม่ควรส่งมอบความเสียหายทางธรรมชาติที่ไม่อาจเยียวยาได้ให้กับคนรุ่นต่อไปที่จะส่งผลต่อความสามารถในการพัฒนาของคนรุ่นถัดไปอีกด้วย⁷

ต่อมา ในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 (United Nations Conference on Environment and Development Rio de Janeiro, Brazil ค.ศ. 1992) หรือที่รู้จักในชื่อ “การประชุมสุดยอดโลก (Earth Summit)” ในปี ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535) ที่เมืองรีโอเดอจาเนโร ประเทศบราซิล โดยวัตถุประสงค์หลักของการประชุม คือ การสร้างกรอบพิมพ์เขียวใหม่สำหรับใช้เป็นแนวทางในการดำเนินการด้านสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาระหว่างประเทศเพื่อสร้างกรอบ

⁴ UN Environment Programme, “Delivering on the vision of the 1972 Stockholm Declaration and achieving the 2030 agenda for sustainable development ; A UN system contribution to Stockholm+50 ; Summary for Policymakers,” accessed 8 October 2023, <https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/39964;jsessionid=267FA68D4B8C59D0EF20698027F51259#:~:text=Stockholm%201972%20was%20the%20first,of%20people%20around%20the%20world.>

⁵ Britannica, “Brundtland Report,” accessed 25 September 2023, <https://www.britannica.com/topic/Brundtland-Report>

⁶ United Nation, “Our Common Future,” accessed 25 September 2023, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>

⁷ Nico Schrijver, *The Evolution of Sustainable Development in International Law : Inception, Meaning and Status* (Hague Academy of International Law, 2008), 23-24.

ความร่วมมือระหว่างประเทศและนโยบายการพัฒนาในศตวรรษที่ 21 การประชุมจึงเป็นความพยายามในการนำเสนอคำแนะนำในการนำหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนไปปรับใช้โดยการสร้างชุดหลักการและแผนปฏิบัติการ ในท้ายที่สุดสามารถสรุปขอบเขตแนวคิดของการพัฒนาที่ยั่งยืน ได้แก่ การบูรณาการปัจจัยทั้งสามด้าน คือ เศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมเข้ามาเป็นหัวใจสำคัญ ไม่ใช่การพิจารณาแต่เพียงเรื่องความต้องการของมนุษย์เหมือนกับการประชุมที่สต็อกโฮล์ม โดยมีสาระสำคัญเพื่อทำให้การพัฒนาที่ยั่งยืนสามารถเกิดขึ้นได้⁸

ภายหลังจากนี้จะเป็นความพยายามในการนำหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนไปปรับใช้ในทางปฏิบัติผ่านการกำหนดตัวชี้วัดหลากหลายรูปแบบเพื่อให้สามารถวัดผลและสามารถจับต้องได้ ซึ่งต่อมาภายหลังในการประชุมสุดยอดแห่งสหประชาชาติ ในปี ค.ศ. 2000 (Millennium Summit ค.ศ. 2000) จึงได้ผลลัพธ์คือ “การกำหนดเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Millennium Development Goals: MDGs)” จำนวน 8 ข้อ ซึ่งหนึ่งในเป้าหมายของการพัฒนาดังกล่าวได้นำหลักการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและระบบนิเวศอย่างยั่งยืนมาเป็นเป้าหมายในทางปฏิบัติที่สามารถวัดผลได้อย่างเป็นรูปธรรม โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการปรับใช้กับประเทศกำลังพัฒนา⁹ และในท้ายที่สุด ในการประชุมสุดยอดเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืน ในปี ค.ศ. 2015 (United Nations Summit on Sustainable Development 2015) (พ.ศ. 2558) การประชุมครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่ออนุมัติวาระใหม่อย่างเป็นทางการสำหรับการพัฒนาที่ยั่งยืน โดยวาระใหม่ที่ว่านี้ ได้แก่ “เป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals: SDGs)” ซึ่งครอบคลุมวาระสำหรับการพัฒนาระหว่างปี ค.ศ. 2015 จนถึงปี ค.ศ. 2030¹⁰ โดยเป้าหมายสำคัญของแผน คือ การค้นหาวิธีการใหม่ในการปรับปรุงคุณภาพชีวิตของประชากรโลก ขจัดความยากจน ส่งเสริมความเจริญรุ่งเรืองและความเป็นอยู่ที่ดีสำหรับทุกคน เพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม และต่อสู้กับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ¹¹ ซึ่งเป้าหมายพัฒนานี้ สะท้อน 3 เสาหลักของมิติความยั่งยืน ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการพัฒนาที่ยั่งยืน

ดังนั้น จากนิยามและพัฒนาการของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนข้างต้น เมื่อนำมาวิเคราะห์การปรากฏตัวของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนในตบวงกฎหมายเพื่อตอบคำถามว่ากฎหมายดังกล่าวมีการนำหลักการพัฒนาไปปรับใช้หรือไม่ จะต้องทำการวิเคราะห์กฎหมายดังกล่าวเพื่อชี้ให้เห็นสาระสำคัญจำนวน 2 ประการ

⁸ United Nations, “United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3-14 June 1992,” accessed 14 October 2023, <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>

⁹ MDG Monitor, “Category: Millennium Development Goals,” accessed 18 October 2023, <https://www.mdgmonitor.org/millennium-development-goals/>

¹⁰ SDG Move, “ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับ SDGs,” สืบค้นเมื่อ 3 มีนาคม 2567, <https://www.sdgmove.com/intro-to-sdgs/>

¹¹ United Nation, “United Nations Summit on Sustainable Development, 25-27 September 2015, New York,” accessed 18 October 2023, <https://www.un.org/en/conferences/environment/newyork2015>

ประการแรก กฎหมายฉบับดังกล่าวปรากฏหลักการที่สะท้อนนัยสำคัญของมิติด้านการพัฒนาทั้งสาม ได้แก่ เศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมหรือไม่ เพื่อแสดงให้เห็นถึงหลักการพื้นฐานของการพัฒนาที่ยั่งยืน

ประการที่สอง การปรากฏตัวของมิติด้านการพัฒนาทั้งสาม เป็นการปรากฏตัวในลักษณะแยกขาดจากกันหรือปรากฏในลักษณะบูรณาการร่วมกันจนกลายเป็น 3 เสาหลักของความยั่งยืน ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการพัฒนาที่ยั่งยืน

หากกฎหมายฉบับดังกล่าวสาระสำคัญทั้งสองประการข้างต้น ก็สามารถกล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวมีการปรากฏตัวของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน

3. กฎหมายป่าไม้ของไทย ตั้งแต่ยุคก่อนการก่อตั้งกรมป่าไม้ - ปัจจุบัน

ในส่วนนี้จะดำเนินการศึกษาการปรากฏตัวของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนผ่านประวัติศาสตร์การตรากฎหมายป่าไม้ของไทย กล่าวคือ กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดการทรัพยากรป่าไม้ทั้งในเชิงพื้นที่และในเชิงทรัพยากรธรรมชาติ ตั้งแต่ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ ผู้เขียนแบ่งช่วงเวลาของกฎหมายป่าไม้ตามพัฒนาการขององค์ความรู้ทางศาสตร์สมัยใหม่ของตะวันตกตามหนังสือ “ป่าและการป่าไม้ในประเทศไทย” ของศาสตราจารย์ ดร.นิวัติ เรืองพานิช¹² ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการแบ่งช่วงเวลาขององค์ความรู้ด้านการจัดการป่าไม้ที่ชัดเจนและเข้าใจได้ง่าย สามารถเชื่อมโยงถึงพัฒนาการของกฎหมายป่าไม้ไทยที่สอดคล้องไปกับองค์ความรู้ด้านการจัดการป่าไม้ได้เป็นอย่างดี

3.1 การป่าไม้ยุคก่อนการก่อตั้งกรมป่าไม้ พ.ศ. 2439

ช่วงเวลานี้ กฎหมายที่ตราขึ้นยังไม่มีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ป่าไม้ในฐานะทรัพยากรธรรมชาติแต่อย่างใด แต่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการรวบรวมอำนาจในการจัดการป่าไม้ที่ยังกระจายตามพื้นที่ต่าง ๆ ให้เข้ามาสู่อำนาจของส่วนกลางและทำให้การจัดการป่าไม้เป็นไปในทิศทางเดียวกันเท่านั้น เพื่อให้ส่วนกลางสามารถจัดเก็บผลประโยชน์ได้อย่างครบถ้วนและลดข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้มาตรฐานการจัดการป่าไม้ที่แตกต่างกัน รวมถึงป้องกันข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นกับต่างประเทศที่เข้ามาทำไม้ในประเทศไทยในช่วงเวลานี้ด้วย¹³

3.1.1 กฎหมายว่าด้วยป่าไม้

กฎหมายที่สำคัญในช่วงเวลานี้แบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการควบคุมการทำสัญญาป่าไม้ กฎหมายว่าด้วยการควบคุมการจัดเก็บภาษี และ กฎหมายว่าด้วยการจัดการป่าไม้ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

¹² นิวัติ เรืองพานิช, *ป่าและการป่าไม้ในประเทศไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 2, คณะวนศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2556), 65-88.

¹³ สุรศักดิ์ บุญเรือง, *กฎหมายกับการอนุรักษ์ธรรมชาติ เล่ม 1 : หลักทั่วไปและการอนุรักษ์ป่าไม้* (พิมพ์ครั้งที่ 1, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), 60-61.

(1) **กฎหมายว่าด้วยการควบคุมการทำสัญญาป่าไม้** กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์ในการรวบรวมอำนาจควบคุมการทำสัญญาป่าไม้ให้ขึ้นตรงต่อรัฐส่วนกลางเท่านั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติผู้รักษาเมืองซึ่งจะทำสัญญากับชาวต่างชาติ จุลศักราช 1236 (พ.ศ. 2417) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดให้สัญญาสัมปทานที่ผู้ครองนครทำกับชาวต่างชาติจะต้องได้รับสัตยาบันรับรองจากส่วนกลางเสียก่อน ประกาศเรื่อง ซื้อขายไม้สัก พ.ศ. 2427 มีสาระสำคัญ กำหนดให้ผู้มีอาชีพทำไม้ที่เคยทำสัญญาเช่าป่า แต่ยังไม่ได้มีการให้สัตยาบันรับรองจากส่วนกลาง ต้องมาทำสัญญากับเจ้าพนักงานภายใน 5 เดือนนับแต่ออกประกาศ และ สนธิสัญญาเชียงใหม่ ฉบับที่ 1 พ.ศ. 2416 และ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2427 มีสาระสำคัญควบคุมเนื้อหาของสัญญาสัมปทานการทำไม้ให้มีความชัดเจนรัดกุมมากยิ่งขึ้น

(2) **กฎหมายว่าด้วยการจัดเก็บภาษี** กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการจัดเก็บผลประโยชน์จากทรัพยากรป่าไม้ให้ขึ้นตรงต่อรัฐส่วนกลาง ได้แก่ พระบรมราชโองการว่าด้วยการภาษีไม้ขอนสักและไม้กระยาเลย จุลศักราช 1236 (พ.ศ. 2417) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการวางรากฐานการควบคุมการอนุญาตให้ทำไม้สัก และการจัดเก็บภาษีไม้สักให้เป็นระเบียบและเป็นมาตรฐานเดียวกัน

(3) **กฎหมายว่าด้วยการจัดการป่าไม้** กฎหมายในส่วนนี้มี ได้แก่ ประกาศตัดไม้สัก พ.ศ. 2427 ซึ่งวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการลักลอบตัดไม้ในเขตหัวเมืองเหนือและเป็นการลดทอนอำนาจเจ้าผู้ครองนครต่อการทำไม้¹⁴ โดยห้ามไม่ให้มีการตัดไม้สักในเขตเมืองเหนือ นอกจากนี้จะได้รับอนุญาตจากข้าหลวงใหญ่ที่มาจากส่วนกลาง

3.2 การป่าไม้ยุคหลังก่อตั้งกรมป่าไม้

หลังจากก่อตั้งกรมป่าไม้ องค์ความรู้ด้านการจัดการป่าไม้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องพร้อมกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและเศรษฐกิจที่ทำให้เกิดการทบทวนแนวทางการพัฒนาที่ไม่ได้ให้ความสำคัญแต่เพียงตัวเลขทางเศรษฐกิจจนละเลยทรัพยากรธรรมชาติ จนเริ่มเกิดแนวคิดการพัฒนาที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อธรรมชาติ ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงแนวคิดการจัดการป่าไม้เช่นเดียวกัน จากเดิมที่เป็นกฎหมายเพื่อควบคุมการทำไม้แต่เพียงอย่างเดียว เริ่มเปลี่ยนแปลงสู่การจัดการป่าไม้เพื่อวัตถุประสงค์นอกเหนือจากมิติทางเศรษฐกิจและเริ่มมีการผสมผสานการอนุรักษ์เข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของการจัดการป่าไม้ด้วย โดยมีรายละเอียดพัฒนาการของกฎหมายป่าไม้ที่สามารถแบ่งออกเป็น 4 ยุคสมัย โดยใช้องค์ความรู้ด้านการจัดการป่าไม้เป็นเกณฑ์ ดังนี้

3.2.1 การจัดการป่าไม้แบบดั้งเดิม พ.ศ. 2439 – พ.ศ. 2494

ช่วงเวลานี้รัฐยังคงจัดการป่าไม้ภายใต้แนวคิดทางเศรษฐกิจ โดยให้สัมปทานตัดฟันเพื่อค้าขายแต่เพียงอย่างเดียว ทั้งนี้ เริ่มมีการนำองค์ความรู้ด้านวนศาสตร์สมัยใหม่เข้ามาปรับใช้กับการจัดการป่าไม้บ้างแล้ว

¹⁴ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, “พัฒนาการของกฎหมาย “ป่าไม้” ไทย : จาก “บุกเบิก” ที่ได้รับการส่งเสริม มาเป็น “บุกรุก” ที่ต้องจับกุม,” ใน ป่าชุมชนในประเทศไทย : แนวทางการพัฒนา เล่ม 1 ป่าผ่านเขตร้อนกับภาพรวมของป่าชุมชนในประเทศไทย, เสน่ห์ จามริก, บรรณาธิการ (พิมพ์ครั้งที่ 2, สถาบันชุมชนพัฒนาท้องถิ่น, 2536), 91.

3.2.1.1 กฎหมายป่าไม้

ในช่วงเวลานี้ กฎหมายป่าไม้ก็ยังไม่ได้ตรารัฐธรรมนูญโดยมีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ แต่ตรารัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐได้รับประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจจากป่าไม้ได้อย่างเต็มที่จึงมีการตรากฎหมายเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อพื้นที่ป่าไม้ให้อยู่ในความเหมาะสม และการกำหนดเขตพื้นที่พิเศษเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองความอุดมสมบูรณ์ของป่าไม้¹⁵ โดยรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแต่เพียงฝ่ายเดียวในการควบคุมการจัดการป่าไม้ของประชาชน อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่สำคัญในช่วงเวลานี้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ กฎหมายเพื่อป้องกันการลักลอบตัดไม้หรือทำไม้ในลักษณะอื่นที่มีขอบด้วยกฎหมาย กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้ และ กฎหมายเพื่อการจัดการป่าไม้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) **กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการลักลอบตัดไม้หรือทำไม้ในลักษณะอื่นที่มีขอบด้วยกฎหมาย** กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อพื้นที่ป่าไม้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อป้องกันการลักลอบตัดไม้ ได้แก่ พระราชบัญญัติไม้ซุงและไม้ท่อนที่ดวงตราลบเลื่อน ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2440) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ปัญหาลักลอบขโมยไม้ของผู้อื่นไปซื้อขายโดยถากหรือเอาไฟจุดเผารอยตราเจ้าของเดิม และการตัดไม้โดยไม่ได้รับอนุญาต ประกาศการรักษาป่าไม้ ร.ศ. 116 (พ.ศ. 2441) มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการลักลอบตัดไม้สัก และ พระราชบัญญัติรักษาต้นสัก ร.ศ. 116 (พ.ศ. 2441) มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการลักลอบตัดไม้สักทุกขนาดโดยไม่มีการควบคุม

ส่วนกฎหมายเพื่อป้องกันการทำไม้โดยมิชอบ ได้แก่ พระราชบัญญัติป้องกันการลักลอบตีตราไม้ ร.ศ. 117 (พ.ศ. 2442) มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการขโมยไม้ของผู้อื่นเพื่อนำมาขายโดยทุจริต โดยทำลายดวงตราของเจ้าของที่แท้จริง แล้วตีตราไม้ของตนลงไปแทน และ พระราชบัญญัติป้องกันการลักลอบชักลากไม้สักที่ยังไม่ได้เสียค่าต่อและภาษี ร.ศ. 118 (พ.ศ. 2443) มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการชักลากไม้ออกจากป่าก่อนที่จะมีการเสียค่าต่อไม้ทำให้ไม่อาจเก็บภาษีได้

(2) **กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้** กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์ในการรักษาสภาพของธรรมชาติผ่านการคุ้มครองพื้นที่เฉพาะเพื่อควบคุมกิจกรรมของมนุษย์ ได้แก่ พระราชบัญญัติรักษาป่า พ.ศ. 2456 และ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2479 เป็นกฎหมายจัดการป่าไม้อย่างเป็นระบบฉบับแรก มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการตัดไม้เพื่อนำมาขายหรือหาผลประโยชน์อย่างเกินกำลังจากป่าในการฟื้นฟูตนเอง อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้นำมาใช้ทั้งประเทศ โดยให้อำนาจเสนาบดีซึ่งบัญชาการกรมป่าไม้เป็นผู้ออกข้อบังคับกำหนดรายละเอียด และประกาศใช้ในแต่ละพื้นที่ตามความเหมาะสม นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ เป็นกฎหมายฉบับแรกที่นิยามความหมายของคำว่า “ป่า” “ของป่า” และ

¹⁵ สุรศักดิ์ บุญเรือง, *กฎหมายกับการอนุรักษ์ธรรมชาติ เล่ม 1 : หลักทั่วไปและการอนุรักษ์ป่าไม้*, 62.

“ไม้”¹⁶ สำหรับ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2479 เป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อยในเรื่องการตัดฟันซีกลากไม้ หวงห้ามที่ได้รับการยกเว้นค่าภาคหลวงว่ามีเงื่อนไขอย่างไรบ้างให้ชัดเจนมากขึ้น

ส่วน พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า พ.ศ. 2481 เป็นต้นแบบแนวคิดในการกำหนด เขตป่าอนุรักษ์ มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดวิธีการคุ้มครองและสงวนป่าให้คงอยู่ในสภาพเดิม ให้ความสำคัญกับการนิยามป่าในเชิงอาณาบริเวณ จากเดิมที่สนใจเฉพาะต้นไม้ในป่า อีกทั้งยังกำหนดประเภทของ ป่าขึ้นเป็นครั้งแรก โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ “ป่าคุ้มครอง” และ “ป่าสงวน” ซึ่งมีนิยามใน ลักษณะคล้ายกัน คือ ป่า ซึ่งได้กำหนดตามพระราชบัญญัตินี้ให้เป็นป่าคุ้มครองหรือป่าสงวน¹⁷ ไม่ได้กำหนด เงื่อนไขเฉพาะแต่อย่างใด ซึ่งความแตกต่างของป่า ทั้ง 2 ประเภทอยู่ที่ข้อห้ามในการหาประโยชน์จากป่า โดยไม่ได้ห้ามการเข้าจับจองหรือเข้าทำประโยชน์ เพียงแต่กำหนดข้อห้ามบางประการในการใช้พื้นที่ ป่าสงวนและป่าคุ้มครองเท่านั้น ซึ่งมีข้อยกเว้นของป่าคุ้มครอง กำหนดให้ยังสามารถทำไม้ เก็บหาของป่า และเลี้ยงสัตว์ได้ แต่ห้ามยึดถือ จับจอง แผ้วถาง หรือเผาป่า¹⁸ ในขณะที่ป่าสงวนก็มีบทบัญญัติคล้ายคลึง กับป่าคุ้มครองและยังห้ามเลี้ยงสัตว์ หรือกระทำการใดอันเป็นอันตรายแก่ไม้หรือของป่าในป่าสงวนอีกด้วย¹⁹ ทั้งนี้ สามารถทำไม้หรือหาของป่าได้ตามกฎหมายในเรื่องดังกล่าว แต่จะต้องได้รับอนุญาตจากพระราช บัญญัตินี้ด้วย²⁰

(3) กฎหมายว่าด้วยจัดการป่าไม้ กฎหมายในส่วนนี้ได้แก่ พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 กล่าวได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายป่าไม้ฉบับแรกและเป็นพระราชบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการ ป่าไม้และควบคุมกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อทรัพยากรป่าไม้ที่ยังคงมีการบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน สารสำคัญของกฎหมายฉบับนี้มีอยู่หลายประการ เช่น การนิยาม “ป่า” “ไม้” “ทำไม้” และ “ของป่า”²¹

¹⁶ มาตรา 3 พระราชบัญญัติรักษาป่า พุทธศักราช 2456

คำบางคำในพระราชบัญญัตินี้ ถ้าในที่ได้ไม้ได้มีค่าประกอบให้เข้าใจความเป็นอย่างอื่นใช้ ให้ฟังเข้าใจอธิบายของคำนั้น ดังนี้

.....

ข้อ 2 คำว่า ป่า คือ ที่ดินซึ่งมีได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตให้ออกโฉนด แก่ผู้ใดทำบ้านเรือน หรือ ทำการเพาะปลูก”

ข้อ 3 คำว่า ไม้ คือ ไม้ยืนต้น ไม้กอ ไม้เถาทุกอย่างนอกจากไม้สัก พงแลหญ้า”

ข้อ 4 คำว่า ของป่า คือต้นไม้ต่าง ๆ ไม้พิน ไม้ถ่าน สีเสียดน้ำมันไม้ ยางไม้ (เช่น ยางสน ชัน แลกายาน) เปลือกไม้ ครั้ง น้ำผึ้ง ชีผึ้ง ใบไม้ ดอกไม้ แผลผลไม้ แลสิ่งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากต้นไม้ทั่วไป รวมชนิดต้นหญ้าทั้งหมด (ตลอดพง อ้อ ปรี้อแลตา ฯลฯ) พรรณไม้ไผ่ต่าง ๆ หวายต่าง ๆ พรรณไม้เลื้อยต่าง ๆ”

¹⁷ มาตรา 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า พุทธศักราช 2481

¹⁸ มาตรา 8 พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า พุทธศักราช 2481

¹⁹ มาตรา 11 พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า พุทธศักราช 2481

²⁰ มาตรา 12 พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า พุทธศักราช 2481

²¹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484

(1) ป่า หมายความว่า ที่ดินที่ยังมิได้มีบุคคลได้มาตามกฎหมายที่ดิน”

(2) “ไม้” หมายความว่า ไม้สักและไม้อื่นทุกชนิด ที่เป็นต้น เป็นกอ เป็นเถา รวมตลอดถึงไม้ไผ่ทุกชนิดปาล์ม หวาย ตลอดจนราก บ่ม ต่อ เศษ ปลาย และ กิ่งของสิ่งนั้น ๆ ไม่ว่าจะได้ถูกตัด ทอน เลื่อย ผ่า ถาก ชูด หรือกระทำโดยประการอื่นใด

.....

(5) “ทำไม้” หมายความว่า ต้อ หัน กาน โคน ลิด เลื่อย ผ่า ถาก ทอน ชูด ซักลาก ไม้ในป่า จากป่าด้วยประการใด ๆ

.....

การนิยาม “ป่า” ในลักษณะนี้ เป็นการกำหนดให้สถานะของ “ป่า” ไม่จำเป็นต้องมีการประกาศกำหนดเขตป่าก่อนจึงจะได้รับสถานะของป่า ทำให้พื้นที่ทุกพื้นที่ที่ไม่มีโฉนด กลายเป็น “ป่า” ไปตามความหมายของกฎหมายฉบับนี้ทันที²² สาธารณคดีอีกประการ คือ การกำหนดประเภทของไม้หวงห้าม 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทธรรมดา และ ประเภทพิเศษ โดยผลของการเป็นไม้หวงห้ามทั้ง 2 ประเภทส่งผลให้ประชาชนทั่วไปไม่อาจทำไม้ทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวได้ นอกจากได้รับอนุญาตตามที่กฎหมายกำหนด²³ โดยกำหนดให้ไม้สักในป่าทั่วประเทศเป็นไม้หวงห้ามธรรมดา ส่วนไม้ชนิดอื่น ๆ ที่จะเป็นไม้หวงห้ามประเภทใดให้ประกาศไว้ในพระราชกฤษฎีกา²⁴ ซึ่งการกำหนดในลักษณะนี้ แสดงให้เห็นถึงทัศนะของรัฐที่ให้คุณค่าของไม้ในมิติทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ²⁵ และแสดงให้เห็นว่ารัฐเริ่มเข้มงวดต่อการทำไม้มากยิ่งขึ้น จากปัญหาการทำไม้ที่มากเกินไป ส่งผลให้มีการควบคุมการทำไม้ ไม่มีอิสระเช่นเดิม โดยกำหนดว่าประชาชนจะทำไม้ได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตและต้องทำต่อไม้ที่มีรอยตราของพนักงานเจ้าหน้าที่²⁶ ซึ่งจะต้องเสียค่าภาคหลวงให้แก่รัฐ²⁷ เว้นแต่เข้าข้อยกเว้น เช่น เพื่อประโยชน์ในการบำรุงรักษาป่า หรือทดลองทางวิชาการ²⁸ หรือเป็นสิ่งปลูกสร้าง หรือเครื่องมือเครื่องใช้ส่วนตัว²⁹ นอกจากนี้การกำหนดประเภทของไม้แล้ว ยังมีการกำหนดประเภท “ของป่า” ให้มีของป่าหวงห้ามและกำหนดหลักเกณฑ์ในการเก็บหาของป่าอีกด้วย และกฎหมายฉบับนี้ยังมีการกำหนดการจัดการไม้ในลำน้ำและการแปรรูปไม้เพิ่มเติมอีกด้วย

3.2.2 การจัดการป่าไม้แบบเอกประโยชน์ พ.ศ. 2495 - พ.ศ. 2524

ช่วงเวลานี้ เป็นการพัฒนาองค์ความรู้ของการจัดการป่าไม้สมัยใหม่ รูปแบบการจัดการป่าไม้เริ่มมีการปรับเปลี่ยนไปจากเดิมโดยมีการจัดการป่าไม้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากการทำไม้เชิงพาณิชย์ กล่าวคือ การจัดการป่าไม้เพื่อการอนุรักษ์ ใช้เป็นที่อยู่ของสัตว์ป่า หรือใช้เป็นที่พักผ่อนหย่อนใจในรูปของอุทยานแห่งชาติ ซึ่งสะท้อนแนวคิดการกำหนดพื้นที่เฉพาะเพื่อควบคุมกิจกรรมของมนุษย์

(7) “ของป่า” หมายความว่า บรรดาของที่อยู่ในป่า ตามธรรมชาติ คือ

- ก. ไม้ รวมทั้งส่วนต่าง ๆ ของไม้ ถ่าน น้ำมันไม้ ยางไม้ ตลอดจนสิ่งอื่น ๆ ซึ่งเกิดจากไม้
- ข. พืชต่าง ๆ ตลอดจนสิ่งอื่น ๆ ซึ่งเกิดจากพืชนั้น
- ค. รังนก ครั่ง รวงผึ้ง น้ำผึ้ง ขี้ผึ้ง มูลค้างคาว
- ง. แร่ น้ำมันแร่

²² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “พัฒนาการของกฎหมาย “ป่าไม้” ไทย : จาก “บุกเบิก” ที่ได้รับการส่งเสริม มาเป็น “บุกรุก” ที่ต้องจับกุม,” ใน *ป่าชุมชนในประเทศไทย : แนวทางการพัฒนา เล่ม 1 ป่าฝนเขตร้อนกับภาพรวมของป่าชุมชนในประเทศไทย*, เสน่ห์ จามริก, บรรณาธิการ, 98.

²³ มาตรา 6 พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484

²⁴ มาตรา 7 พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484

²⁵ สุรศักดิ์ บุญเรือง, *กฎหมายกับการอนุรักษ์ธรรมชาติ เล่ม 1 : หลักทั่วไปและการอนุรักษ์ป่าไม้*, 169.

²⁶ มาตรา 11 และ มาตรา 12 พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484

²⁷ มาตรา 14 พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484

²⁸ มาตรา 17 พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484

²⁹ มาตรา 19 พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484

เพื่อรักษาสິงแวดล้อม³⁰ อีกทั้ง นักวิชาการ และพนักงานป่าไม้เริ่มมีความรู้และประสบการณ์มากขึ้น นอกจากนี้ ยังริเริ่มการประกาศใช้แผนพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ที่สนับสนุนการบุกเบิกที่ดินเพื่อผลิตผลทางการเกษตรเพื่อการส่งออก รวมทั้งการพัฒนาสาธารณูปโภคต่าง ๆ ทำให้เกิดการเปลี่ยนการใช้ประโยชน์ในป่าไม้เพื่อทำการเกษตรและใช้ประโยชน์ในด้านอื่นแทน ประกอบกับการเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วของจำนวนประชากรที่ส่งผลต่อพื้นที่ในการอยู่อาศัย ทำให้มีการบุกรุกป่าไม้อย่างต่อเนื่อง³¹

3.2.2.1 กฎหมายว่าด้วยป่าไม้

กฎหมายในช่วงเวลานี้ เป็นการพัฒนาการจัดการป่าไม้ให้เข้ากับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างต่อเนื่อง เป็นช่วงเวลาที่ยริเริ่มการจัดการป่าไม้ด้วยวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกจากประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ ขยับขยายมิติของการใช้ประโยชน์ของป่าไม้ให้ครอบคลุมมิติที่หลากหลายยิ่งขึ้น ไม่ได้พิจารณาป่าไม้เป็นเพียงวัตถุประสงค์เท่านั้น แต่ยังเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีความสำคัญต่อระบบนิเวศที่สามารถตอบสนองต่อประโยชน์ในลักษณะอื่นของมนุษย์ซึ่งจำเป็นต้องรักษาความอุดมสมบูรณ์อีกด้วย กฎหมายที่สำคัญในช่วงเวลานี้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการจัดการป่าไม้ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้ ซึ่งในส่วนนี้สามารถแบ่งประเภทได้อีก 2 ลักษณะคือ คุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ในแบบดั้งเดิมที่ยังเป็นการอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้เพื่อประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ แต่เพียงอย่างเดียว และการคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ในลักษณะอนุรักษนิยมซึ่งเป็นการอนุรักษ์โดยขยายประโยชน์ไปสู่ลักษณะอื่นที่ไม่ใช่แต่เพียงมิติของเศรษฐกิจ ส่วนประเภทสุดท้ายคือ กฎหมายว่าด้วยการจัดการที่ดิน

(1) **กฎหมายว่าด้วยการจัดการป่าไม้** กฎหมายในส่วนนี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติป่าไม้ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2491 - ฉบับที่ 6 พ.ศ. 2522 สำหรับการแก้ไขพระราชบัญญัติป่าไม้รวม 6 ฉบับข้างต้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การจัดการทรัพยากรป่าไม้มีความรัดกุมชัดเจนมากขึ้นและสามารถป้องกันการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ป่าไม้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงแก้ไขให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดการป่าไม้มากขึ้นอีกด้วย เช่น ฉบับที่ 3 ในปี พ.ศ. 2494 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหน้าที่ของผู้ได้รับสัมปทานหรือใบอนุญาตต่าง ๆ รัฐมนตรีจะกำหนดหน้าที่ให้ทำการบำรุงป่าตามคำสั่งหรือวิธีการที่เจ้าหน้าที่กำหนดหรือให้ออกค่าใช้จ่ายเพื่อให้เจ้าพนักงานดำเนินการเองก็ได้³² หรือฉบับที่ 5 พ.ศ. 2518 ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ด้านการอนุรักษ์พื้นที่ป่า ผ่านการให้ภาคเอกชนมีหน้าที่สงวนและอนุรักษ์พื้นที่ที่เกิดจากการจัดการป่าไม้เหมือนกับพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติซึ่งจะได้กล่าวถึงในลำดับถัดไป โดยกำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจเป็นหนังสือให้ผู้ได้รับสัมปทานหรือผู้ได้อนุญาตตามกฎหมายฉบับนี้ทำการบำรุงป่า หรือปลูกสร้างสวนป่าตามคำสั่งและวิธีการที่เจ้าหน้าที่กำหนด³³ ส่วน ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 116

³⁰ สุรศักดิ์ บุญเรือง, *กฎหมายกับการอนุรักษ์ธรรมชาติ เล่ม 1 : หลักทั่วไปและการอนุรักษ์ป่าไม้*, 63.

³¹ นิวัติ เรืองพานิช, *ป่าและการป่าไม้ในประเทศไทย*, 79.

³² มาตรา 15 พระราชบัญญัติป่าไม้ ฉบับที่ 3 พุทธศักราช 2494 แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 58 พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484

³³ มาตรา 24 พระราชบัญญัติป่าไม้ ฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2518 เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 58 ทวิ พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484

พ.ศ. 2515 มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขพระราชบัญญัติป่าไม้ให้รัดกุมและทันสมัยมากขึ้นเช่นเดียวกัน เพื่อป้องกันผู้ลักลอบตัดไม้หวงห้ามและเก็บของป่าหวงห้ามเพื่อจำหน่าย ซึ่งเกิดขึ้นจากกฎหมายป่าไม้ที่ใช้อยู่ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

(2) กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้

(2.1) การคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้ในแบบดั้งเดิม กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์ในการรักษาสภาพของธรรมชาติผ่านการคุ้มครองพื้นที่เฉพาะเพื่อควบคุมกิจกรรมของมนุษย์ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2496 และ ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2497 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขเรื่องป่าคุ้มครองและป่าสงวนให้ชัดเจนรัดกุมมากขึ้น เช่น ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2496 เป็นการแก้ไขเนื่องจากบทบัญญัติบางมาตราไม่รัดกุม โดยมีสาระสำคัญเพิ่มเติมการอนุญาตให้บุคคลใดอาศัยหรือทำประโยชน์ในป่าคุ้มครองเป็นการชั่วคราวได้ ตามกำหนดเวลาและเงื่อนไขที่กำหนด จากเดิมที่ไม่มีการให้อนุญาตดังกล่าว³⁴ รวมถึงการอนุญาตในลักษณะนี้แก่ป่าสงวนด้วย³⁵

และพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการแทนที่กฎหมายคุ้มครองและสงวนป่า พ.ศ. 2481 แต่ในภาพรวมยังคงเป็นการสานต่อแนวคิดรักษาสภาพของธรรมชาติผ่านการคุ้มครองพื้นที่ของกฎหมายคุ้มครองและสงวนป่า ส่งผลให้ป่าทั้งหมดที่ถูกกำหนดเป็นป่าสงวนและป่าคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองและสงวนป่า มีสถานะเป็นป่าสงวนตามกฎหมายฉบับนี้แทน³⁶ โดยกำหนดมาตรการเมื่อมีการประกาศเขตป่าสงวนแห่งชาติพื้นที่ใดแล้วหากผู้ใดต้องการตัดค้ำจะต้องนำเอกสารมาแสดงต่อนายอำเภอหรือปลัดอำเภอว่าตนมีสิทธิภายใน 90 วัน ถ้าไม่ยื่นคำร้องภายในกำหนดดังกล่าวให้ถือว่าสละสิทธิหรือประโยชน์นั้น แต่ไม่นำมาใช้หากสิทธิในที่ดินนั้นมาจากกฎหมายที่ดิน³⁷

สำหรับนิยามของ “ป่า” ตามกฎหมายฉบับนี้ยังคงความหมายในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติป่าไม้ คือ ที่ดินที่ยังไม่ได้มีบุคคลครอบครองตามกฎหมาย ซึ่งมีการขยายความให้ชัดว่า รวมถึงภูเขา หรือคลอง บึง อีกด้วย และการเป็น “ป่าสงวน” ก็ให้ความหมายแต่เพียงว่าป่าที่ได้กำหนดให้เป็นป่าสงวนตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ และเมื่อพิจารณาความหมายของป่าสงวนจะพบว่า ไม่ได้มีการกำหนดลักษณะพิเศษใดในพื้นที่ ไม่ว่าจะปัจจัยเรื่องความอุดมสมบูรณ์หรือการมีสัตว์หรือพืชพันธุ์หายากที่ทำให้เห็นว่าจะต้องสงวนหรือรักษาพื้นที่บริเวณนี้เอาไว้ กลายเป็นว่าการเป็นป่าสงวนแห่งชาติเป็นเพียงเรื่องจัดจำแนกพื้นที่ป่าเท่านั้น³⁸ และยังไม่มีการมีส่วนร่วมของประชาชนหรือผู้มีส่วนได้เสียต่อการกำหนดพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ เป็นอำนาจและดุลพินิจของรัฐโดยแท้ ซึ่งผลจากการเป็นป่าสงวน ได้กำหนดข้อห้าม

³⁴ มาตรา 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า ฉบับที่ 2 พุทธศักราช 2496 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 8 พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า พุทธศักราช 2481

³⁵ มาตรา 5 พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า ฉบับที่ 2 พุทธศักราช 2496 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 11 พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า พุทธศักราช 2481

³⁶ มาตรา 36 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พุทธศักราช 2507

³⁷ มาตรา 12 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พุทธศักราช 2507

³⁸ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 488/2531 เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับพื้นที่ป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรี

ในการทำประโยชน์ในพื้นที่ดังกล่าวที่ทำให้พื้นที่หรือทรัพยากรธรรมชาติต้องเสียหาย เช่น แผลวถาง เผาป่า ทำไม้หรือเก็บของป่า³⁹ เป็นต้น โดยมีข้อยกเว้นบางประการที่สามารถทำได้ เช่น ทำไม้หรือเก็บของป่าได้ เข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยได้⁴⁰ หรือเพื่อประโยชน์ในการศึกษาหรือวิจัย⁴¹ การอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้ยังคงมีข้อยกเว้นเพื่อประโยชน์อื่นใดที่ไม่ได้กระทบต่อการรักษาสภาพป่า เป็นการต่อรองระหว่างประโยชน์ที่แตกต่างกันระหว่างรัฐและประชาชนให้สามารถอยู่ร่วมกันได้ ทั้งนี้ หากกรณีที่ทำสงวนมีสภาพเสื่อมโทรมไม่มีค่าเหลืออยู่และป่าสงวนไม่อาจกลับฟื้นคืนได้เองตามธรรมชาติ อธิบดีโดยได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีมีอำนาจอนุญาตเป็นหนังสือให้บุคคลใดบำรุงป่า หรือปลูกสร้างสวนป่าได้ภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่กำหนด⁴² ส่วน ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2522 เป็นเพียงการแก้ไขการกำหนดโทษให้สูงขึ้นเหมาะสมกับปัจจุบันเท่านั้น

(2.2) การคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้แบบอเนกประโยชน์ กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์ในการรักษาสภาพของธรรมชาติผ่านการคุ้มครองพื้นที่เฉพาะเพื่อควบคุมกิจกรรมของมนุษย์ เช่นเดียวกัน แต่เป็นการคุ้มครองพื้นที่เพื่อผลประโยชน์ในลักษณะอื่นร่วมกับการรักษาสภาพของธรรมชาติ ได้แก่ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2503 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 และ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 228 พ.ศ. 2515 ซึ่งเป็นการแก้ไขพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า

สำหรับ พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2503 กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการการรักษาสภาพของธรรมชาติผ่านการคุ้มครองพื้นที่เฉพาะเพื่อคุ้มครองสัตว์ป่าที่ถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีค่าของประเทศ ซึ่งปัจจุบันสัตว์ป่าที่มีค่าบางชนิดกำลังถูกล่าจนใกล้สูญพันธุ์หรือบางชนิดก็สูญพันธุ์ไปแล้ว แม้กฎหมายฉบับนี้ให้ความสำคัญอยู่ที่การปกป้องรักษาสัตว์ป่า แต่ก็มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการป่าไม้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ การประกาศเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าที่กระทำโดยการประกาศพระราชกฤษฎีกา ส่งผลให้มีข้อจำกัดในการเข้าใช้ประโยชน์ในพื้นที่เป็นพิเศษแตกต่างจากพื้นที่ป่าโดยทั่วไป เป็นกฎหมายที่เพิ่มเติมการใช้ประโยชน์จากพื้นที่ป่าที่มากกว่าแค่การใช้เป็นป่า แต่ยังใช้เป็นสถานที่ในการปกป้องคุ้มครองสัตว์ป่าเพิ่มเติมอีกด้วย โดย “เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า” ใช้หลักการเดียวกับความหมายของป่า ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ คือ ต้องเป็นที่ดินที่ไม่ได้อยู่ในกรรมสิทธิ์หรือครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลใดที่ไม่ใช่ทบวงการเมือง⁴³ ซึ่งผลของการประกาศ ทำให้พื้นที่ดังกล่าว ห้ามไม่ให้ล่าสัตว์ป่าหรือเก็บหรือทำอันตรายแก่ไข่หรือรังของสัตว์⁴⁴ ห้ามมิให้ผู้ใดเข้าไปในพื้นที่ดังกล่าว⁴⁵ และห้ามมิให้ผู้ใดเข้าไปครอบครองยึดถือที่ดิน หรือตัด โคน แผลวถาง เผาทำลายต้นไม้อื่นหรือพฤษชาติอื่น ๆ หรือ

³⁹ มาตรา 14 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พุทธศักราช 2507

⁴⁰ มาตรา 15 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พุทธศักราช 2507

⁴¹ มาตรา 17 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พุทธศักราช 2507

⁴² มาตรา 20 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พุทธศักราช 2507

⁴³ มาตรา 19 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2503

⁴⁴ มาตรา 22 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2503

⁴⁵ มาตรา 23 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2503

ชุดแร่ เลียงสัตว์ หรือทำให้ลำน้ำ ลำห้วย หนองบึง ท่วมหรือเหือดแห้ง หรือเป็นพิษต่อสัตว์ป่า⁴⁶ ผู้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามข้างต้นจะมีโทษทางอาญาด้วย ส่วน ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 228 พ.ศ. 2515 มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าให้รัดกุมมากขึ้น เพื่อป้องกันการลักลอบล่าสัตว์ป่าที่มีค่า

สำหรับ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มีวัตถุประสงค์ในการรักษาสภาพของธรรมชาติผ่านการคุ้มครองพื้นที่เฉพาะเช่นเดียวกัน การที่กฎหมายไทยมีแนวคิดในการก่อตั้งอุทยานแห่งชาติ (รวมถึงเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า) แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของกฎหมายป่าไม้ที่สำคัญ เนื่องจากสะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการของมาตรการทางกฎหมายด้านการจัดการป่าไม้ที่ไม่ใช่แนวคิดการรักษาสภาพพื้นที่เพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเท่านั้น แต่ยังพัฒนามาสู่การรักษาสภาพพื้นที่เพื่อประโยชน์ในด้านอื่นด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อประโยชน์ทางด้านจิตใจของมนุษย์และคุณค่าในการคงอยู่ของธรรมชาติ⁴⁷ โดยสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ คือ การกำหนดพื้นที่อุทยานแห่งชาติ ซึ่งพื้นที่ใดที่ถูกกำหนดจะมีมาตรการในการใช้พื้นที่แตกต่างออกไปจากพื้นที่ป่าอื่นเพื่อให้คงสภาพธรรมชาติเดิมและสงวนไว้ให้เป็นประโยชน์แก่การศึกษาและรื่นรมย์ของประชาชน โดยหลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าที่ดินใดจะเป็นอุทยานแห่งชาติจะต้องเป็นที่ดินที่ไม่ได้อยู่ในกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลใดหรือทบวง การเมือง⁴⁸ ผลของการเป็นอุทยานแห่งชาติ ปรากฏในมาตรา 16 ซึ่งมุ่งเน้นมาตรการอนุรักษ์สภาพพื้นที่ป่าไว้ให้คงอยู่ในสภาพเดิม ด้วยการห้ามการกระทำใดที่จะส่งผลให้สภาพธรรมชาติในที่ดินอุทยานนั้นเปลี่ยนแปลงไป เช่น ห้ามยึดถือครอบครองที่ดิน ห้ามนำสัตว์หรือสิ่งธรรมชาติใด ๆ ออกจากพื้นที่ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขหรือขั้นตอนให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนผู้มีส่วนได้เสียก่อนการจัดตั้งอุทยานแต่อย่างใด

(3) กฎหมายว่าด้วยการจัดการที่ดิน กฎหมายในส่วนนี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือเกษตรกรที่เดือดร้อนเนื่องจากต้องสูญเสียที่ดินทำกินและต้องกลายเป็นผู้เช่าที่ดินทำกินในราคาสูง ส่งผลให้อัตราผลผลิตเกษตรกรรมลดน้อยถอยลง จึงมีความจำเป็นต้องปฏิรูปที่ดินเพื่อช่วยให้เกษตรกรมีที่ดินทำกินและให้การใช้ที่ดินเกิดประโยชน์มากที่สุด ทั้งนี้ ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการป่าไม้ คือ กรณีที่ดินในเขตปฏิรูปซ้อนทับกับที่ป่าสงวนหรือที่จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้ถาวร ส.ป.ก. จะนำที่ดินในส่วนซ้อนทับไปใช้ในการปฏิรูปไม่ได้⁴⁹ แสดงให้เห็นว่าในช่วงเวลานี้ยังมีความคิดในการคงสภาพของที่ป่าไม้ไว้ค่อนข้างสูง แม้จะมีความจำเป็นในการใช้ที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม แต่รัฐยังคงมองว่าการสงวนรักษาสภาพที่ดินป่าไม้ไว้มีความสำคัญมากกว่า ส่วนฉบับที่ 2 พ.ศ. 2519 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในบางส่วนให้กระชับรัดกุมมากขึ้น แต่ในส่วนที่แก้ไขนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับการจัดการที่ดินป่าไม้แต่อย่างใด

⁴⁶ มาตรา 24 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2503

⁴⁷ สุรศักดิ์ บุญเรือง, *กฎหมายกับการอนุรักษ์ธรรมชาติ เล่ม 2 : การอนุรักษ์เชิงพื้นที่และการอนุรักษ์ชนิดพันธุ์* (พิมพ์ครั้งที่ 1, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), 11.

⁴⁸ มาตรา 6 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2504

⁴⁹ มาตรา 26 (3) พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม พุทธศักราช 2518

3.2.3 การจัดการป่าไม้เพื่อชุมชนหรือวนศาสตร์ชุมชน พ.ศ. 2525 - พ.ศ. 2543

ช่วงเวลานี้เป็นช่วงเวลาที่การตื่นตัวทางสิ่งแวดล้อมในระดับสากลมีอิทธิพลต่อกฎหมายป่าไม้อย่างมีนัยสำคัญ โดยเฉพาะหลักการคุ้มครองคุณภาพสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ แนวคิดการรักษาไว้ซึ่งคุณภาพของธรรมชาติ ตลอดจนหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนต่อการจัดการสิ่งแวดล้อมที่⁵⁰ ส่งผลเกิดการเรียกร้องให้ตราพระราชบัญญัติป่าชุมชน ให้ชุมชนเป็นผู้จัดการป่าไม้ ไม่ใช่ให้รัฐเท่านั้นที่เป็นผู้มีอำนาจจัดการ

3.2.3.1 กฎหมายป่าไม้

กฎหมายที่สำคัญในช่วงเวลานี้สามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้ (1) กฎหมายว่าด้วยการจัดการป่าไม้ ซึ่งสามารถแยกย่อยได้อีก 2 ประเภท ได้แก่ การจัดการป่าไม้โดยภาครัฐ เนื่องจากรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการจัดการป่าไม้แต่เพียงผู้เดียว และ การจัดการป่าไม้โดยเอกชน ที่ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมต่อการจัดการป่าไม้ (2) กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้ ซึ่งสามารถแยกย่อยได้อีก 2 ประเภท ได้แก่ การคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้แบบดั้งเดิม และ แบบนอกประโยชน์ ส่วนประเภทสุดท้าย (3) กฎหมายว่าด้วยการจัดการที่ดิน โดยมีรายละเอียดของกฎหมายต่าง ๆ ดังนี้

(1) กฎหมายว่าด้วยการจัดการป่าไม้

(1.1) การจัดการป่าไม้โดยรัฐ กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการป่าไม้และควบคุมกิจกรรมที่อาจส่งผลเสียต่อทรัพยากรป่าไม้ โดยรัฐเป็นผู้มีอำนาจสำคัญในการดูแลจัดการ ได้แก่ พระราชบัญญัติป่าไม้ ฉบับที่ 7 พ.ศ. 2525 เป็นการแก้ไขในเรื่องโทษทางอาญา เนื่องจากต้องการผ่อนปรนโทษในเรื่องการครอบครองไม้หวงห้าม โดยแก้ไขโทษขั้นต่ำให้น้อยลง ปรับโทษให้สูงขึ้นเพื่อลงโทษผู้ทำให้ป่าไม้เสียหาย และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 (พ.ศ. 2532) เป็นการแก้ไขอย่างเร่งด่วนเพื่อยุติการให้สัมปทานป่าไม้ซึ่งรัฐเห็นว่าส่งผลเสียต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างมาก โดยไม่ให้มีการทำสัมปทานไม้ออกจากป่าและเร่งรัดฟื้นฟูสภาพป่าโดยเร็ว ส่งผลให้มีการเพิ่มเติมหมวด 6 ทวิ เรื่องการสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัมปทานและการสิ้นสุดของสัมปทาน เป็นการกำหนดให้สัมปทานที่อยู่ในพื้นที่อุทยานแห่งชาติและเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าต้องสิ้นสุดลงทันที⁵¹

(1.2) การจัดการป่าไม้โดยเอกชน กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการป่าไม้และควบคุมกิจกรรมที่อาจส่งผลเสียต่อทรัพยากรป่าไม้เช่นเดียวกัน แต่เป็นกฎหมายที่มอบอำนาจให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนการจัดการเป็นสำคัญ โดยภาครัฐกำกับดูแลอีกชั้นหนึ่ง ได้แก่ พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535 ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ ต้องการส่งเสริมให้มีการปลูกสร้างสวนป่าเพื่อการค้าในที่ดินของรัฐและเอกชนให้กว้างขวางยิ่งขึ้น และเป็นการส่งเสริมอาชีพให้ประชาชนมีงานทำและผลิตไม้เพื่อเป็นสินค้า เป็นการให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมต่อการจัดการทรัพยากรธรรมชาติในทางหนึ่ง

⁵⁰ สุรศักดิ์ บุญเรือง, *กฎหมายกับการอนุรักษ์ธรรมชาติ เล่ม 1 : หลักทั่วไปและการอนุรักษ์ป่าไม้*, 64.

⁵¹ มาตรา 3 พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 (พุทธศักราช 2532) เพิ่มความต่อไปนี้เป็นหมวด 6 ทวิ เพิ่มเติมมาตรา 68 ตริ พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484

โดยสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ คือ กำหนดหลักเกณฑ์ว่าที่ดินประเภทใดที่จะขอขึ้นทะเบียนสวนป่าได้ ซึ่งโดยหลักจะต้องเป็นที่ดินที่เจ้าของมีกรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง หรือเป็นผู้มีสิทธิใช้ประโยชน์ในที่ดินอยู่ก่อนเพื่อรู้ได้ว่าผู้ใดจะเป็นผู้ดำเนินการในการทำสวนป่าอย่างชัดเจน⁵² ซึ่งกฎหมายฉบับนี้นิยาม “สวนป่า” เอาไว้ว่า ที่ดินที่ได้ขึ้นทะเบียนตามมาตรา 5 เพื่อทำการปลูกและบำรุงรักษาต้นไม้ที่เป็นไม้หวงห้ามตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้⁵³ โดยผู้มีความประสงค์ให้ยื่นคำขอต่อนายทะเบียน⁵⁴ และเมื่อนายทะเบียนอนุญาต ผู้ทำสวนป่าก็มีสิทธิการตัด โคนไม้ แปรรูปไม้ นำไม้เคลื่อนที่ผ่านด่านป่า⁵⁵ เพียงแต่การตัดหรือโค่นให้แจ้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อออกหนังสือรับรองการแจ้งก่อน⁵⁶ และผู้ทำสวนป่าต้องจัดให้มีตราเพื่อแสดงความเป็นเจ้าของไม้ของตนด้วย⁵⁷ ในกรณีจะนำไม้ออกจากสวนป่าต้องมีรอยตราประทับหรือแสดงความเป็นเจ้าของด้วย ในการนำเคลื่อนที่ ผู้ทำสวนป่าจะต้องมีหนังสือรับรองการแจ้งตลอดจนบัญชีรายการไม้ กำกับไปด้วยตลอดเวลาที่นำเคลื่อนที่⁵⁸ นอกจากนี้ สิทธิในการทำสวนป่าสามารถโอนเปลี่ยนมือกันได้ โดยต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด⁵⁹

(2) กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้

(2.1) การคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้แบบดั้งเดิม กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาสภาพของธรรมชาติผ่านการคุ้มครองพื้นที่เฉพาะเพื่อควบคุมกิจกรรมของมนุษย์ ได้แก่ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2528 การแก้ไขครั้งนี้ มีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือราษฎรที่มีความจำเป็นสามารถเข้าทำกินในเขตป่าสงวนได้โดยไม่เดือดร้อนและมีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง จึงเห็นควรแก้ไขให้รัฐมีอำนาจอนุญาตให้บุคคลเข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขตป่าสงวนแห่งชาติเป็นคราว ๆ ได้ทั้งในระยะสั้นและระยะยาว⁶⁰ นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดความหมายของ “ป่าเสื่อมโทรม” ให้ชัดเจนเอาไว้เป็นครั้งแรก⁶¹ เพื่อนำเอาที่ป่าดังกล่าวไปใช้ประโยชน์อย่างอื่น หรือเพื่อประโยชน์ในการฟื้นคืนสภาพของป่า โดยให้ราชการประกาศเป็นเขตปรับปรุงป่าสงวนแห่งชาติ ซึ่งส่งผลให้หากมีบุคคลใดเข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขตดังกล่าวอยู่แล้ว ก็อาจร้องขอทำประโยชน์และอยู่อาศัยต่อไปได้ หรือขออนุญาตปลูกป่าหรือไม้ยืนต้นในที่ตั้งกล่าวได้ โดยสิทธิดังกล่าวนี้ตกทอดแก่ทายาทได้ โดยให้อธิบดีเป็นผู้อนุญาต หรือสามารถอนุญาตให้บุคคลใดทำการบำรุงป่าหรือปลูกสร้างสวนป่า ไม้ยืนต้นในเขตป่าเสื่อมโทรมได้ภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่กำหนด โดยอธิบดีเป็นผู้อนุญาตผ่านการอนุมัติจากรัฐมนตรี⁶²

⁵² มาตรา 4 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

⁵³ มาตรา 3 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

⁵⁴ มาตรา 5 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

⁵⁵ มาตรา 10 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

⁵⁶ มาตรา 11 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

⁵⁷ มาตรา 9 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

⁵⁸ มาตรา 13 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

⁵⁹ มาตรา 19 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

⁶⁰ มาตรา 5 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 พุทธศักราช 2528 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 16 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พุทธศักราช 2507 และมาตรา 6 เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 16 ทวิ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พุทธศักราช 2507

⁶¹ มาตรา 6 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 พุทธศักราช 2528 เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 16 ทวิ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พุทธศักราช 2507

⁶² มาตรา 8 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 พุทธศักราช 2528 แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 20 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พุทธศักราช 2507

(2.2) การคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้แบบอนุรักษนิยม กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์ในการรักษาสภาพของธรรมชาติผ่านการคุ้มครองพื้นที่เฉพาะเพื่อควบคุมกิจกรรมของมนุษย์เช่นเดียวกัน แต่เป็นการคุ้มครองพื้นที่เพื่อผลประโยชน์ในลักษณะอื่นร่วมกับการรักษาสภาพของธรรมชาติประกอบไปด้วย พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 (พ.ศ. 2532) การแก้ไขในครั้งนี้เป็นการเร่งด่วนเพื่อให้สอดคล้องกับการยกเลิกสัมปทานป่าไม้ซึ่งรัฐเห็นว่าส่งผลเสียต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างมาก ที่กำหนดไว้ในพระราชกำหนดแก้ไขพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 (พ.ศ. 2532) โดยกำหนดให้สิทธิการทำกิจการที่ได้รับสัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ต้องสิ้นสุดลงหากพื้นที่สัมปทานเป็นเขตอุทยานแห่งชาติตามมาตรา 68 ตรี (1) โดยแก้ไขให้สัมปทานเดิมยังคงมีอายุต่อไปจนครบกำหนดระยะเวลา แต่ผู้ได้รับสัมปทานก็ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานก่อนด้วย⁶³ และพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ปรับปรุงกฎหมายสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฉบับเดิมที่ใช้มาเป็นระยะเวลานาน จึงมีความจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้แทน ทั้งนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการป่าไม้ ยังคงเหมือนกับกฎหมายฉบับเดิม คือ การกำหนด “เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า” ซึ่งเกี่ยวข้องในแง่การกำหนดพื้นที่เฉพาะเพื่อควบคุมกิจกรรมของมนุษย์ไม่ให้ส่งผลกระทบต่อความคุณภาพสิ่งแวดล้อมของพื้นที่ป่าอันเป็นที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่า ซึ่งสาระสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ปรากฏในหมวดที่ 6 บริเวณและสถานที่ห้ามล่าสัตว์ป่า ซึ่งกำหนดว่า ในการประกาศให้บริเวณใดเป็น “เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า” โดยที่ดินนั้นจะต้องไม่ได้อยู่ในกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดินของบุคคลใดที่มีเขตหวงการเมือง⁶⁴ ทั้งนี้ ผลของการเป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าที่สำคัญ คือ ห้ามกระทำการอันเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมของที่ดินที่ส่งผลกระทบต่อสภาพความเป็นอยู่ของสัตว์ป่า โดยในทางอ้อมก็เป็นการทำให้ที่ดินป่าไม้ไม่ได้รับการสงวนรักษาไปโดยปริยายเช่นเดียวกัน จึงกำหนดข้อห้ามการกระทำหลายประการที่จะส่งผลให้ที่ดินในเขตนั้นเปลี่ยนแปลงไป เช่น ห้ามเข้าไปในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า⁶⁵ ห้ามไม่ให้ยึดถือครอบครองที่ดิน หรือก่อสร้างสิ่งอื่นใด หรือตัดโค่น แผ้วถาง เผา หรือทำลายต้นไม้หรือพฤษชาติอื่น⁶⁶ แม้จะมีข้อยกเว้นบางประการให้ทำได้ เช่น เพื่อการศึกษาวิจัย หรือดูแลรักษา ก็ตาม อีกทั้ง ยังมีการกำหนด “เขตห้ามล่าพันธุ์สัตว์ป่า” ชนิด หรือประเภทใดโดยเฉพาะ ซึ่งผลของการเป็นเขตห้ามล่าสัตว์ นอกจากห้ามล่าสัตว์ประเภทที่กำหนดแล้ว ยังห้ามไม่ให้ยึดถือครอบครองที่ดิน หรือก่อสร้างสิ่งอื่นใด ตัดโค่น แผ้วถาง เผา หรือทำลายต้นไม้หรือพฤษชาติอื่นด้วย⁶⁷

(3) กฎหมายว่าด้วยการจัดการที่ดิน กฎหมายในส่วนนี้ได้แก่ พระราชบัญญัติปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2532 เป็นการแก้ไขเนื่องจากการจัดการปฏิรูปที่ดินที่ผ่านมาอย่างไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จึงมีวัตถุประสงค์ในการขยายขอบเขตการจัดการที่ดินในการปฏิรูปให้กว้างขวางขึ้น

⁶³ มาตรา 3 พระราชกำหนดแก้ไข พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2504 (พุทธศักราช 2532) แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 30 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2504

⁶⁴ มาตรา 33 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ พุทธศักราช 2535

⁶⁵ มาตรา 37 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ พุทธศักราช 2535

⁶⁶ มาตรา 38 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ พุทธศักราช 2535

⁶⁷ มาตรา 42 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ พุทธศักราช 2535

สามารถช่วยเหลือผู้ที่ประสงค์จะเป็นเกษตรกร โดยการแก้ไขในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการป่าไม้ที่สำคัญ เช่น การแก้ไขให้ที่ดินในเขตป่าสงวนสามารถนำมาใช้ปฏิรูปที่ดินได้⁶⁸ เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติให้ดำเนินการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรในที่ดินป่าสงวนแห่งชาติส่วนใด หาก ส.ป.ก. จะนำที่ดินแปลงใดในส่วนนั้นไปดำเนินการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกร ให้พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตปฏิรูปที่ดินมีผลเป็นการเพิกถอนป่าสงวนแห่งชาติในที่ดินแปลงนั้น และ ให้ ส.ป.ก. มีอำนาจนำที่ดินนั้นมาใช้ในการปฏิรูปได้โดยไม่ต้องดำเนินการเพิกถอนตามกฎหมายป่าสงวนแห่งชาติอีก

3.2.4 การจัดการป่าไม้เอกชนและการจัดการอย่างยั่งยืน พ.ศ. 2544 – ปัจจุบัน

ช่วงเวลานี้ ยังคงได้รับอิทธิพลต่อพลวัตทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วและการตื่นตัวด้านสิ่งแวดล้อมในระดับสากลเช่นที่ผ่านมา ซึ่งรวมถึงแนวคิดการพัฒนาที่ยั่งยืนที่เข้ามามีอิทธิพลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและการจัดการสิ่งแวดล้อมในประเทศไทยที่ส่งผลต่อแนวทางการจัดการป่าไม้มาจนถึงปัจจุบัน ตลอดจนการปรับปรุงกฎหมายด้านสิ่งแวดล้อมซึ่งรวมถึงกฎหมายป่าไม้ให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศและหลักการด้านสิ่งแวดล้อมในระดับสากล และยังมีมาตรการกฎหมายด้านสิ่งแวดล้อมที่นำหลักการเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่รับรองเป็นสิทธิในรัฐธรรมนูญมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว

3.2.4.1 กฎหมายป่าไม้

กฎหมายสำคัญในช่วงเวลานี้แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ (1) กฎหมายว่าด้วยการจัดการป่าไม้ ไม่ว่าจะเป็กฎหมายว่าด้วยการจัดการป่าไม้โดยภาครัฐ และการจัดการป่าไม้โดยเอกชน หรือ (2) กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองและอนุรักษ์ป่าไม้แบบดั้งเดิม และแบบอนุกรมวิธาน และ (3) กฎหมายว่าด้วยสิทธิชุมชน มีรายละเอียดของกฎหมายต่าง ๆ ดังนี้

(1) กฎหมายว่าด้วยการจัดการป่าไม้

(1.1) การจัดการป่าไม้โดยรัฐ กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการป่าไม้และควบคุมกิจกรรมที่อาจส่งผลเสียต่อทรัพยากรป่าไม้ โดยรัฐเป็นผู้มีอำนาจสำคัญในการดูแลจัดการประกอบไปด้วย คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 106/2557 เรื่องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประเภทของไม้หวงห้ามให้มากขึ้นกว่า 16 ชนิด และแก้ไขเพิ่มเติมความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับไม้หวงห้ามอีกด้วย คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 31/2559 เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ คำสั่งฉบับนี้มีผลในการแก้ไขพระราชบัญญัติป่าไม้ เพื่อป้องกันระงับและปราบปรามการลักลอบทำไม้หวงห้าม ให้รัดกุมและมีโทษหนักมากยิ่งขึ้น เพื่อต้องการแก้ไขปัญหาการตัดไม้ทำลายป่า สาระสำคัญในการแก้ไขในครั้งนี้จึงไม่แตกต่างจากคำสั่งฉบับก่อนมากนัก โดยยังเป็นการเพิ่มเติมประเภทของไม้หวงห้าม รวมถึงแก้ไขในเรื่องการนำไม้หวงห้ามเคลื่อนย้ายออกนอกเขต

⁶⁸ มาตรา 8 พระราชบัญญัติปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกร ฉบับที่ 3 พุทธศักราช 2532 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 26 พระราชบัญญัติปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกร พุทธศักราช 2518

จังหวัดให้มีความยากลำบากและรัดกุมมากขึ้น และ พระราชบัญญัติป่าไม้ ฉบับที่ 8 พ.ศ. 2562 เป็นการแก้ไขเพื่อให้การทำไม้และการเคลื่อนย้ายไม้เป็นไปโดยสะดวกและไม่เป็นภาระแก่ประชาชนมากเกินไป เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมอุตสาหกรรมไม้และการบริหารจัดการไม้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเห็นควรแก้ไขให้ไม้ที่กำหนดให้เป็นไม้หวงห้าม เช่น ไม้สักหรือไม้พะยูง ฯลฯ ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครอง และไม้ที่ปลูกในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีกำหนดไม้ถือเป็นไม้หวงห้ามอีกต่อไป⁶⁹

(1.2) การจัดการป่าไม้โดยเอกชน กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการป่าไม้และควบคุมกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อทรัพยากรป่าไม้เช่นเดียวกัน แต่เป็นกฎหมายที่มอบอำนาจให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนการจัดการเป็นสำคัญ โดยภาครัฐกำกับดูแลอีกชั้นหนึ่ง ได้แก่ พระราชบัญญัติสวนป่า ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2558 วัตถุประสงค์ในการแก้ไขครั้งนี้เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับก่อนยังจำกัดประเภทของที่ดินที่จะขึ้นทะเบียนสวนป่าเฉพาะกรณีการปลูกและบำรุงต้นไม้หวงห้ามเท่านั้น และลดอุปสรรคในการแปรรูปไม้และออกใบรับรองไม้ที่ได้จากการทำสวนป่าที่ยังไม่สอดคล้องกับหลักการสากลในการแก้ไขครั้งนี้ได้มีการให้นิยาม “สวนป่า” ใหม่ ที่แต่เดิมจำกัดเฉพาะกรณีเพื่อทำการปลูกและบำรุงรักษาต้นไม้ที่เป็นไม้หวงห้ามเท่านั้น ให้ไม่จำเป็นต้องปลูกบำรุงและรักษาเฉพาะไม้หวงห้าม แต่ให้เป็นไม้ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติแทน เพื่อให้สามารถใช้กฎหมายนี้กับการปลูกไม้เศรษฐกิจที่มีการส่งเสริมให้มีการปลูกและเป็นไม้ที่ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศป่าไม้ของไทย⁷⁰ และเพิ่มเติมประเภทของที่ดินที่สามารถขอขึ้นทะเบียนเป็นสวนป่าได้ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ยังเพิ่มเติมหลักเกณฑ์บางประการให้เหมาะสมยิ่งขึ้น เช่น ให้ผู้ทำสวนป่าจัดทำบัญชีแสดงชนิดและจำนวนไม้ที่ทำการปลูกและบำรุงรักษาด้วย⁷¹ การออกใบรับรองไม้ที่ได้จากการทำสวนป่าเพื่อให้ไม้ที่ได้จากการทำสวนป่าสามารถเป็นทรัพย์สินในระบบเศรษฐกิจที่สามารถซื้อขายเปลี่ยนมือได้ โดยการออกใบสำคัญรับรองการจัดการไม้อย่างยั่งยืน⁷² และเพิ่มเติมมาตรการที่จะเป็นแรงจูงใจให้มีการขึ้นทะเบียนสวนป่า เช่น ไม้และของป่าที่ได้มาจากการทำสวนป่าเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ทำสวนป่า และผู้ทำสวนป่ามีสิทธิในการทำไม้ แปรรูปไม้ และเก็บของป่าได้⁷³ ผู้ทำสวนป่าอาจตัดหรือโค่นไม้ แปรรูปไม้ ค่าไม้ มีไว้ในครอบครอง และนำไม้เคลื่อนที่ผ่านด่านป่าไม้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาต⁷⁴ ฯลฯ

⁶⁹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติป่าไม้ ฉบับที่ 8 พุทธศักราช 2562 แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 7 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 106/2557 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ ลงวันที่ 21 กรกฎาคม พุทธศักราช 2557 พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484

⁷⁰ มาตรา 3 พระราชบัญญัติสวนป่า ฉบับที่ 2 พุทธศักราช 2558 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 3 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

⁷¹ มาตรา 6 พระราชบัญญัติสวนป่า ฉบับที่ 2 พุทธศักราช 2558 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 6 วรรคสอง พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

⁷² มาตรา 8 พระราชบัญญัติสวนป่า ฉบับที่ 2 พุทธศักราช 2558 เพิ่มเติมมาตรา 8/1 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

⁷³ มาตรา 9 พระราชบัญญัติสวนป่า ฉบับที่ 2 พุทธศักราช 2558 เพิ่มเติมมาตรา 9/1 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

⁷⁴ มาตรา 10 พระราชบัญญัติสวนป่า ฉบับที่ 2 พุทธศักราช 2558 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 10 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535

(2) กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้

(2.1) การคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้แบบดั้งเดิม กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาสภาพของธรรมชาติผ่านการคุ้มครองพื้นที่เฉพาะเพื่อควบคุมกิจกรรมของมนุษย์ ได้แก่ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2559 เป็นการแก้ไขเนื่องจากกฎหมายฉบับก่อนใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป จึงต้องการแก้ไขมาตรการต่าง ๆ ให้มีการบริหารจัดการอย่างเป็นระบบและเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากยิ่งขึ้น โดยมีการแก้ไขหลายประการ เช่น แก้ไขเรื่องมาตรการในการคุ้มครอง ป้องกัน และบำรุงรักษาไว้ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ โดยกำหนดให้มีคณะกรรมการควบคุมและรักษาป่าสงวนแห่งชาติประจำจังหวัด ซึ่งประกอบด้วยผู้มีตำแหน่งจากส่วนราชการและส่วนท้องถิ่นทั้งหมดเพื่อกำหนดมาตรการที่จำเป็นในการควบคุมดูแล การส่งเสริมการปลูกป่าและการฟื้นฟูสภาพป่าสงวนแห่งชาติ⁷⁵ พร้อมทั้งมีอำนาจในการพิจารณาคำร้องที่แสดงถึงสิทธิครอบครองหรือได้ทำประโยชน์มาก่อนประกาศเขตป่าสงวนอีกด้วย⁷⁶ และกำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณาการใช้ประโยชน์ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ เพื่อเสนอมาตรการและแนวทางในการใช้ประโยชน์ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ⁷⁷

(2.2) การคุ้มครองและอนุรักษ์พื้นที่ป่าไม้แบบอนุรักษนิยม กฎหมายในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์ในการรักษาสภาพของธรรมชาติผ่านการคุ้มครองพื้นที่เฉพาะเพื่อควบคุมกิจกรรมของมนุษย์ เช่นเดียวกัน แต่เป็นการคุ้มครองพื้นที่เพื่อผลประโยชน์ในลักษณะอื่นร่วมกับการรักษาสภาพของธรรมชาติ ประกอบด้วย พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2546 และ ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2557 อย่งไรก็ดี การแก้ไขทั้งสองครั้งไม่ได้เป็นการแก้ไขที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการจัดการป่าไม้ และ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 เป็นการตรากฎหมายฉบับใหม่แทนฉบับเดิม เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับเดิมใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบัน ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการศึกษาเรียนรู้ทางธรรมชาติและนันทนาการของประชาชน และเพื่อให้การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นไปอย่างสมดุลและยั่งยืน สอดคล้องกับข้อตกลงระหว่างประเทศตามพันธกรณีที่ประเทศไทยเป็นสมาชิก จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ สาระสำคัญที่เปลี่ยนแปลงไปจากพระราชบัญญัติอุทยานฉบับเดิม เช่น การกำหนดให้ภาครัฐต้องเปิดรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสียก่อนการประกาศเขตอุทยาน⁷⁸ ให้มีการจัดทำแผนการบริหารจัดการพื้นที่อุทยานแห่งชาติ โดยกำหนดให้มีรายละเอียดและแนวเขตการจัดการพื้นที่ รวมถึงให้มีการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียที่เกี่ยวข้อง และประชาชนเช่นกัน โดยให้อธิบดีกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช

⁷⁵ มาตรา 4 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 พุทธศักราช 2559 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 10 และมาตรา 11 พระราชบัญญัติป่าสงวน พุทธศักราช 2507

⁷⁶ มาตรา 6 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 พุทธศักราช 2559 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 12 และมาตรา 13 พระราชบัญญัติป่าสงวน พุทธศักราช 2507

⁷⁷ มาตรา 8 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 พุทธศักราช 2559 เพิ่มเติมหมวด 1/1 พระราชบัญญัติป่าสงวน พุทธศักราช 2507

⁷⁸ มาตรา 8 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2562

เป็นผู้วางหลักเกณฑ์และให้ความเห็นชอบแผน⁷⁹ อีกทั้ง ยังเพิ่มประเภทของรูปแบบการอนุรักษ์ป่าไม้ขึ้นอีก 3 ประเภท ได้แก่ “วนอุทยาน” “สวนพฤกษศาสตร์” และ “สวนรุกขชาติ” เข้ามา⁸⁰ ซึ่งทั้ง 3 ประเภทนี้ เป็นพื้นที่ที่มีวัตถุประสงค์ในการเป็นพื้นที่เพื่อการศึกษาเรียนรู้ทางธรรมชาติและนันทนาการของประชาชนเป็นสำคัญ ไม่ใช่พื้นที่ที่มุ่งเน้นการสงวนหรืออนุรักษ์เหมือนอุทยานแห่งชาติ และการประกาศเขตพื้นที่ทั้งสามก็อยู่ภายใต้หลักการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสียเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ในส่วนของพื้นที่ทั้ง 3 ประเภทดังกล่าว กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าจะต้องมีการจัดทำแผนการบริหารจัดการพื้นที่เหมือนกับกรณีอุทยานแห่งชาติ แต่ก็มีกำหนดในเรื่องข้อห้ามและข้อปฏิบัติในพื้นที่เช่นเดียวกับอุทยานแห่งชาติ แม้จะมีรายละเอียดความเข้มงวดที่แตกต่างออกไปจากอุทยานแห่งชาติ⁸¹ และไม่ได้วางข้อผ่อนผันการเข้าอยู่อาศัยและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติประเภทที่สร้างได้ทดแทนเหมือนกับที่กำหนดในบทเฉพาะกาลสำหรับอุทยานแห่งชาติ

การปรับโครงสร้างคณะกรรมการอุทยานแห่งชาติให้ข้าราชการการเมืองและเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมมากขึ้น⁸² เพิ่มหมวดการเก็บค่าบริการและค่าตอบแทน ระบุให้กรมอุทยานแห่งชาติฯ สามารถเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนเพื่อประโยชน์ในการจัดการอุทยานแห่งชาติ วนอุทยาน สวนพฤกษศาสตร์ หรือสวนรุกขชาติได้⁸³ ทั้งนี้ ค่าบริการและค่าตอบแทนดังกล่าวจะต้องแบ่งให้กับเทศบาลหรือองค์การบริหารส่วนตำบลที่เป็นที่ตั้งของอุทยานนั้น ในอัตราไม่เกินร้อยละ 10 ของเงินที่เรียกเก็บได้ เพื่อนำไปส่งเสริมการอนุรักษ์และสนับสนุนการปฏิบัติงาน และส่งเสริมการพัฒนาส่วนท้องถิ่นร่วมด้วย⁸⁴ และวางหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์สิทธิทำกิน

สำหรับส่วนสุดท้ายในเรื่องบทเฉพาะกาล มี 2 ประเด็นที่มีความสำคัญ คือ (1) การพิสูจน์สิทธิทำกิน การจัดทำแผนงานและนโยบายในการช่วยเหลือประชาชนที่ไม่มีที่ดินทำกินและได้อาศัยหรือทำกินในอุทยานแห่งชาติ และ (2) โครงการอนุรักษ์และการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน

⁷⁹ มาตรา 18 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2562

⁸⁰ มาตรา 4 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2562

.....

“วนอุทยาน” หมายความว่า พื้นที่ที่มีสภาพธรรมชาติสวยงามเหมาะแก่การสงวนรักษาให้เป็นแหล่งคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หรือเพื่อเป็นแหล่งศึกษาเรียนรู้ทางธรรมชาติหรือนันทนาการของประชาชนโดยส่วนรวม”

“สวนพฤกษศาสตร์” หมายความว่า พื้นที่ที่มีการจัดรวบรวมพรรณไม้ โดยมีการจัดแยกพรรณไม้ออกเป็นหมวดหมู่ตามหลักพฤกษศาสตร์หรือตามหลักอนุกรมวิธานพืชเพื่อให้เป็นแหล่งอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นสถานที่ศึกษาค้นคว้าวิจัยทางวิชาการ และใช้เป็นสถานที่พักผ่อนหย่อนใจของประชาชน”

“สวนรุกขชาติ” หมายความว่า พื้นที่ที่มีการรวบรวมและอนุรักษ์พรรณไม้ที่มีค่า หายากหรือใกล้สูญพันธุ์ซึ่งมีอยู่ในท้องถิ่น เพื่อให้ได้รับความรู้เกี่ยวกับพันธุ์ไม้ และการพักผ่อนหย่อนใจของประชาชน”

⁸¹ มาตรา 27 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2562

⁸² มาตรา 16 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2562

⁸³ มาตรา 29 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2562

⁸⁴ มาตรา 30 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2562

ในส่วนการพิสูจน์สิทธิทำกินและการจัดทำแผนงานและนโยบายฯ กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้กรมอุทยานแห่งชาติฯ สืบหาการถือครองที่ดินของประชาชนที่ทำกินภายในเขตอุทยานแห่งชาติภายใน 240 วันนับแต่กฎหมายประกาศใช้ หลังจากนั้นหากรัฐบาลมีนโยบายในการช่วยเหลือประชาชนที่ไม่มีที่ดินทำกิน ให้คณะกรรมการจัดทำโครงการช่วยเหลือผ่านการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา สำหรับประชาชนที่จะได้รับความช่วยเหลือตามพระราชกฤษฎีกา จะต้องเป็นบุคคลที่ไม่มีที่ดินทำกิน และอยู่อาศัยตามกรอบเวลาตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 30 มิถุนายน 2541 หรือคำสั่ง คสช. ที่ 66/2557 กล่าวคือ เป็นผู้ที่อยู่อาศัยในพื้นที่ก่อนวันที่ 30 มิถุนายน 2541 หรือวันที่ 17 มิถุนายน 2557 ซึ่งเป็นวันประกาศคำสั่ง คสช.⁸⁵ ซึ่งต่อมาได้มีการออกพระราชกฤษฎีกาโครงการอนุรักษ์และดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติภายในอุทยานแห่งชาติตามมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 (พ.ศ. 2567) ซึ่งกำหนดให้โครงการมีระยะเวลา 20 ปี นับแต่พระราชกฤษฎีกานี้ใช้บังคับ กำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิทำกิน สิทธิหน้าที่ต่าง ๆ สถานะของที่ดินทำกิน รวมถึงอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการกำกับดูแลอีกด้วย ส่วนโครงการอนุรักษ์และการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน อุทยานแห่งชาติมีหน้าที่ต้องสำรวจข้อมูลเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติที่สามารถเกิดใหม่ทดแทนได้ภายใน 240 วันหลังจากที่มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ หากเห็นว่าทรัพยากรธรรมชาติที่เกิดใหม่ได้เหล่านั้นมีเพียงพอสำหรับการเก็บโดยไม่ส่งผลกระทบต่อธรรมชาติ และเป็นกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขปัญหาดำรงชีพตามวิถีชุมชนดั้งเดิมที่อยู่โดยรอบอุทยาน กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ก็สามารถจัดทำโครงการอนุรักษ์ฯ โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอุทยานแห่งชาติเสนอรัฐมนตรีได้⁸⁶ โดยจะกำหนดหลักเกณฑ์ของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้สามารถเข้าใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หน้าที่ในการอนุรักษ์และฟื้นฟู ฯลฯ ซึ่งโครงการนี้เป็นการเปิดให้ประชาชนสามารถใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติได้ภายใต้ขอบเขตหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดและพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 เป็นการตรากฎหมายฉบับใหม่แทนฉบับเดิมเนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับเดิมใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบัน ดังนั้น เพื่อประโยชน์ต่อการสงวนคุ้มครองสัตว์ป่าและแหล่งที่อยู่ของสัตว์ป่า และสอดคล้องกับการเข้าเป็นภาคีสมาชิกข้อตกลงระหว่างประเทศด้านสัตว์ป่าและพืชป่า จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ สำหรับกฎหมายฉบับนี้ ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการป่าไม้มักเป็นเรื่องการประกาศ “เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า” “เขตห้ามล่าสัตว์ป่า” เช่นเดิม ทั้งนี้ ในการกำหนดพื้นที่ใดเป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า มีการเพิ่มเติมให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียและประชาชน⁸⁷ และเขตห้ามล่าสัตว์ป่าก็ใช้หลักการดังกล่าวเช่นเดียวกัน⁸⁸ ทั้งนี้ ให้มีการจัดทำแผนการอนุรักษ์และคุ้มครองพื้นที่เขตห้ามล่าสัตว์ป่าด้วย อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียเหมือนแผนบริหารจัดการของเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า⁸⁹ แต่ได้ไปปรากฏหลักการการรับฟังความคิดเห็นในกฎหมายลำดับรองแทนคือ ประกาศกรมอุทยานแห่งชาติสัตว์ป่าและพันธุ์พืช เรื่องการจัดทำแผนการ

⁸⁵ มาตรา 64 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2562

⁸⁶ มาตรา 65 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2562

⁸⁷ มาตรา 48 วรรค 3 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2562

⁸⁸ มาตรา 62 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2562

⁸⁹ มาตรา 68 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2562

อนุรักษ์และคุ้มครองพื้นที่เขตห้ามล่าสัตว์ป่า พ.ศ. 2564 ซึ่งผลของการประกาศเป็นเขตดังกล่าว มีผลในเรื่องการควบคุมการห้ามล่าสัตว์ป่าหรือประเภทที่กำหนดในประกาศ ห้ามเก็บหรือทำอันตรายต่อรังของสัตว์ และห้ามการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อพื้นที่⁹⁰

ผลของการเป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าก็ไม่ได้แตกต่างจากเดิมมากนัก อีกทั้ง จะต้องจัดทำแผนการอนุรักษ์และคุ้มครองพื้นที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เพื่อใช้เป็นแผนในการคุ้มครอง บำรุง ดูแลและรักษาเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า ซึ่งแผนฉบับนี้ก็จะต้องการรับฟังความคิดเห็นและมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียและประชาชนก่อนการจัดทำด้วยเช่นเดียวกัน⁹¹ และกรณีที่มีหัวหน้าเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเห็นว่ามีความจำเป็นหรือความจำเป็นที่เกิดขึ้นใหม่ได้และสามารถเก็บหาได้โดยไม่สร้างความเสียหายต่อระบบนิเวศ ให้จัดทำโครงการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยมีส่วนร่วมจากชุมชนได้ ซึ่งโครงการก็ต้องคำนึงถึงชนิดและปริมาณของทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึงมาตรการตรวจสอบการใช้ด้วย⁹² เป็นหลักการที่คล้ายกับพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562

ในส่วนการเพิ่มเติมหมวดค่าบริหารและค่าตอบแทนที่เกี่ยวข้องกับงบประมาณในการดูแลบริหารจัดการ ระบุให้กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช สามารถเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทน เพื่อประโยชน์ในการจัดการต่าง ๆ ในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า หรือเขตห้ามล่าสัตว์ป่าได้ โดยไม่ต้องนำส่งคลังก่อนเป็นรายได้แผ่นดิน⁹³ แต่ไม่ได้กำหนดให้แบ่งรายได้ให้กับองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นเหมือนพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562

สำหรับบทเฉพาะกาล นอกจากการกำหนดให้เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าหรือเขตห้ามล่าสัตว์ป่าที่มีอยู่ก่อนกฎหมายฉบับนี้ ยังคงให้เป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าและเขตห้ามล่าสัตว์ต่อไป⁹⁴ ยังกำหนดให้มีการสำรวจการถือครองที่ดินของประชาชนที่อยู่อาศัยหรือทำกินภายในเขตคุ้มครองสัตว์ป่าหรือเขตห้ามล่าสัตว์ ภายใน 240 วันหลังจากกฎหมายบังคับใช้ หลังจากนั้นหากรัฐมีแผนในการช่วยเหลือประชาชนที่ไม่มีที่ดินทำกินก็ให้มีการจัดทำโครงการอนุรักษ์และการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติ โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ภายใต้กรอบมติ ครม. 30 มิถุนายน 2541 หรือคำสั่ง คสช. 66/2557⁹⁵ ซึ่งต่อมาได้มีการออกพระราชกฤษฎีกา โครงการอนุรักษ์และดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติภายในเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าตามมาตรา 121 แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 (พ.ศ. 2567) ซึ่งกำหนดให้โครงการมีระยะเวลา 20 ปี นับแต่พระราชกฤษฎีกานี้ใช้บังคับ โดยมีรายละเอียดเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาของอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562

⁹⁰ มาตรา 67 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2562

⁹¹ มาตรา 52 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2562

⁹² มาตรา 57 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2562

⁹³ มาตรา 59 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2562

⁹⁴ มาตรา 114 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2562

⁹⁵ มาตรา 121 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2562

(3) **กฎหมายว่าด้วยสิทธิชุมชน** กฎหมายในส่วนนี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562 ซึ่งเหตุในการตรากฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากต้องการส่งเสริมให้ชุมชนร่วมกับรัฐในการอนุรักษ์ ป่าฟื้นฟู และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างสมดุลและยั่งยืนในรูปแบบป่าชุมชน ชุมชนสามารถจัดการ และได้รับประโยชน์จากป่าชุมชน ส่งผลให้ชุมชนดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้มีความ สมดุลและยั่งยืน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ กฎหมายฉบับนี้จึงเป็นการถ่ายเทอำนาจการจัดการ ป่าไม้มาสู่ชุมชน โดยมุ่งหมายให้ชุมชนได้ประโยชน์จากป่าสอดคล้องไปกับสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 เป็นการปลูกจิตสำนึกให้กับชุมชนในการดูแลรักษาและจัดการป่าชุมชนร่วมกับรัฐ และมุ่งหมายเพื่อ กำหนดสาระแห่งสิทธิของบุคคลและชุมชนในการอนุรักษ์ ป่าฟื้นฟู จัดการ บำรุงรักษา ตลอดจนใช้ประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างสมดุลและยั่งยืน และหลักการข้างต้นปรากฏในนิยามของป่าชุมชนว่า ป่านอกเขตป่าอนุรักษ์หรือพื้นที่อื่นของรัฐนอกเขตป่าอนุรักษ์ที่ได้รับอนุมัติให้จัดตั้งเป็นป่าชุมชน โดยชุมชน ร่วมกับรัฐในการอนุรักษ์ ป่าฟื้นฟู จัดการ บำรุงรักษา ตลอดจนใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพในป่าชุมชนอย่างสมดุลและยั่งยืน⁹⁶ โดยมีวัตถุประสงค์ใน การจัดตั้งขึ้นเพื่ออนุรักษ์ฟื้นฟูป่า สร้างความร่วมมือกับชุมชน ส่งเสริมวัฒนธรรมที่หลากหลายของชุมชน เพื่อให้เกิดการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างสมดุลและยั่งยืน⁹⁷

เนื้อหาสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ เกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของชุมชน ทั้งการตั้งคณะกรรมการนโยบายป่าชุมชนที่ประกอบด้วยภาครัฐและภาคชุมชน⁹⁸ คณะกรรมการนี้มี หน้าที่หลายประการ เช่น เสนอต่อรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายป่าชุมชน จัดทำรายงานและผลการดำเนินงาน ป่าชุมชนทั่วประเทศ⁹⁹ นอกจากนี้ ยังมีคณะกรรมการจัดการป่าชุมชนและสมาชิกป่าชุมชน¹⁰⁰ มีหน้าที่ สำคัญ คือ การออกข้อบังคับเกี่ยวกับการจัดการป่าชุมชน การควบคุมผู้ไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับป่าชุมชน การดูแลรักษาป่าและทรัพย์สินของป่าชุมชนและการให้ความช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ป่าไม้ในกรณีที่มีการ กระทำผิดตามกฎหมาย¹⁰¹ ส่วนสมาชิกป่าชุมชน มีหน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎระเบียบของคณะกรรมการ จัดการป่า ร่วมมือกับราชการ และคณะกรรมการจัดการป่าชุมชนในการดูแลรักษาป่า¹⁰² โดยชุมชนต้องทำ แผนจัดการป่าเพื่อแสดงให้เห็นแนวทางและกิจกรรมของชุมชนในการดูแลรักษาป่า¹⁰³ ซึ่งแผนจัดการป่า จะเป็นเอกสารประกอบคำร้องขอจัดตั้งป่าชุมชน เพื่อนำเสนอแก่คณะกรรมการป่าชุมชนประจำจังหวัด ที่มีผู้ว่าราชการจังหวัดนั้น ๆ เป็นประธานพิจารณา เพื่ออนุมัติแผนฯ และมีมติให้เป็นป่าชุมชน ผลของการ เป็นป่าชุมชน ก่อให้เกิดประโยชน์ในหลากหลายมิติไม่ใช่ว่าแค่การอนุรักษ์เท่านั้น กล่าวคือ สมาชิกมีสิทธิเข้า ป่าชุมชนเพื่อการพักผ่อนและมีสิทธิใช้ประโยชน์จากผลผลิตและบริการป่าชุมชนที่เป็นไปอย่างสมดุลและ

⁹⁶ มาตรา 4 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

⁹⁷ มาตรา 6 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

⁹⁸ มาตรา 9 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

⁹⁹ มาตรา 16 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹⁰⁰ มาตรา 43 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹⁰¹ มาตรา 44 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹⁰² มาตรา 45 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹⁰³ มาตรา 33 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

ยั่งยืนสอดคล้องไปกับแผนจัดการป่าชุมชนตามที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด¹⁰⁴ และใช้ประโยชน์เพื่อส่งเสริมการศึกษา การสร้างจิตสำนึกในการอนุรักษ์¹⁰⁵ ทั้งนี้ แม้ไม่ใช่สมาชิกป่าชุมชนก็มีสิทธิเข้าป่าชุมชนเพื่อศึกษาเรียนรู้และพักผ่อนหย่อนใจได้หรือแม้เก็บของป่าก็สามารถทำได้ภายใต้ข้อบังคับการจัดการป่าชุมชน¹⁰⁶

4. บทวิเคราะห์การปรากฏตัวของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนในกฎหมายป่าไม้ของไทย

ในส่วนนี้จะทำการวิเคราะห์หลักการต่าง ๆ ที่ปรากฏในกฎหมายป่าไม้แต่ละยุคสมัยว่ามีความสอดคล้องกับหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนหรือไม่ โดยวิเคราะห์ในลักษณะพัฒนาการของทั้งกฎหมายป่าไม้และหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน กล่าวคือ กฎหมายป่าไม้ในแต่ละช่วงเวลามีการนำหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนที่สอดคล้องในช่วงเวลาเดียวกันมาปรับใช้ในตัวบทกฎหมายหรือไม่ เพื่อชี้ให้เห็นว่ากฎหมายป่าไม้ของไทยมีการนำหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนมาปรับใช้ตามพัฒนาการของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนหรือไม่ อย่างไร

4.1 ก่อนการก่อตั้งกรมป่าไม้ พ.ศ. 2439

ช่วงเวลานี้ หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนยังไม่ถือกำเนิดขึ้นอย่างชัดเจน มีเพียงการริเริ่มแนวคิดการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างเหมาะสมในอัตราที่ธรรมชาติสามารถฟื้นคืนทดแทนได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากหลักการใช้ทรัพยากรอย่างเหมาะสม พบว่าหลักการดังกล่าวยังไม่ปรากฏตัวในกฎหมายป่าไม้ของไทยเช่นเดียวกัน เนื่องจากมุมมองต่อการจัดการป่าไม้ในช่วงเวลานี้ยังไม่ใช่การจัดการป่าไม้ที่มีมุมมองว่าป่าไม้มีฐานะเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่จะต้องอนุรักษ์ แต่เป็นเพียงสินค้าประเภทหนึ่งที่สามารถนำมาซึ่งความมั่งคั่งให้แก่รัฐเท่านั้น ซึ่งสะท้อนออกมาอย่างชัดเจนในกฎหมายป่าไม้ที่มีวัตถุประสงค์ในการสร้างกระบวนการควบคุมผลประโยชน์จากการทำไม้ให้เป็นระบบและลดทอนอำนาจจากเจ้าผู้ครองนคร ทำให้อำนาจการจัดการป่าไม้มาอยู่ในมือส่วนกลางซึ่งทำให้ส่วนกลางสามารถหาผลประโยชน์จากการทำไม้ได้อย่างเต็มที่เท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าช่วงเวลานี้กฎหมายป่าไม้ของไทยยังไม่พบการปรากฏตัวของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนหรือแม้แต่หลักการใช้ทรัพยากรอย่างเหมาะสมที่เด่นชัด มีเพียงการปรากฏตัวของแนวคิดการควบคุมการจัดการป่าไม้ให้ได้ผลประโยชน์มากที่สุดต่อส่วนกลางเท่านั้น

4.2 การป่าไม้ยุคหลังก่อตั้งกรมป่าไม้

4.2.1 การจัดการป่าไม้แบบดั้งเดิม พ.ศ. 2439 – พ.ศ. 2494

ช่วงเวลานี้ หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนยังไม่ถือกำเนิดขึ้นอย่างชัดเจนเช่นเดียวกัน แต่เริ่มปรากฏแนวคิดการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างเหมาะสมโดยคำนึงถึงระดับการทดแทนของธรรมชาติ จากการจัดตั้งกรมป่าไม้ทำให้เกิดองค์ความรู้ด้านการจัดการป่าไม้ เริ่มกำหนดรูปแบบการจัดการไม้อย่างเป็นระบบมากยิ่งขึ้นและเริ่มตระหนักถึงปัญหาการทำไม้โดยไม่มีการควบคุมจะส่งผลให้ป่าไม้เสื่อมโทรม

¹⁰⁴ มาตรา 50 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹⁰⁵ มาตรา 51 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹⁰⁶ มาตรา 54 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

ดังเช่น การกำหนดห้ามตัดไม้สักขนาดเล็กเพื่อให้ไม้ได้เติบโตจนถึงเวลาที่ควรจะตัดนำไปใช้ได้ตาม ประกาศ การรักษาป่าไม้ ร.ศ. 116 นอกจากนี้ ยังมีการนำวิถีชีวิตและวัฒนธรรมของผู้คนมากำหนดเป็นข้อยกเว้น การทำไม้อีกด้วย ดังเช่น ประกาศการรักษาป่าไม้ ร.ศ. 116 ที่กำหนดข้อยกเว้นการทำไม้สักขนาดเล็กที่ หากเป็นการทำไม้เพื่อนำไปสร้างบ้านหรือโบสถ์วิหารก็สามารถทำได้ และไม่ต้องเสียภาษี อีกส่วนหนึ่ง ที่เห็นถึงการพัฒนาการจัดการป่าไม้ คือ การตรากฎหมายกลางในการจัดการป่าไม้ โดยมีแนวคิดการควบคุม เพื่อไม่ให้เกิดการตัดไม้มากเกินไปจนเกินกำลังของป่า ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติรักษาป่า พ.ศ. 2456 ที่กำหนด กฎเกณฑ์ว่าอะไรคือ “ป่า” เป็นครั้งแรก และให้เสนาบดีมีอำนาจตั้งกฎข้อบังคับป่า ว่าควรมีการอนุญาต หรือไม่อนุญาตทำไม้อย่างไรบ้าง หรือพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ที่กำหนดประเภทของไม้ด้วย มุมมองทางเศรษฐกิจการค้าโดยเฉพาะเพื่อควบคุมการทำไม้ทั้งหมดให้อยู่ในสายตาของรัฐผ่านกระบวนการ ออกใบอนุญาตต่าง ๆ โดยเฉพาะการนิยาม “ป่า” ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่ครอบคลุมกว้างขวางและเป็นระบบอัตโนมัติโดยไม่ต้องมีการนิยามลักษณะของพื้นที่ว่าพื้นที่ใดควรเป็นป่า เพื่ออำนวยความสะดวกให้ราษฎรเข้าควบคุม แต่กฎหมายฉบับนี้ก็ยังมีกรอบนคลายข้อห้ามผ่านวิถีชีวิตและวัฒนธรรมของผู้คนอยู่ด้วย เช่นกัน

นอกจากนี้ ยังมีการตรากฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ทรัพยากรป่าไม้ขึ้นเป็น ครั้งแรก กล่าวคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า พ.ศ. 2481 แต่ยังเป็นกรอบอนุรักษ์ป่าไม้เพื่อ ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ

ดังนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายป่าไม้ในช่วงเวลานี้ พบว่าเริ่มมีการจัดการป่าไม้ด้วยแนวคิดการ อนุรักษ์และนำปัจจัยทางสังคมมาเป็นเงื่อนไขข้อยกเว้น แม้วัตถุประสงค์ที่แท้จริงยังคงมุ่งเน้นไปที่การ ควบคุมป่าไม้เพื่อให้รัฐสามารถเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการทำไม้ได้อย่างต่อเนื่องอยู่ก็ตาม แต่ก็อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายป่าไม้ในช่วงเวลานี้เริ่มปรากฏเค้าลางแนวคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในระดับ สากล โดยริเริ่มแนวคิดการเข้ามาควบคุมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติให้อยู่ในอัตราที่พอเหมาะที่ธรรมชาติ จะปรับตัวฟื้นคืนได้

4.2.2 การจัดการป่าไม้แบบเอกประโยชน์ พ.ศ. 2495 - พ.ศ. 2524

ในช่วงเวลานี้หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในระดับสากลเริ่มมีการก่อตัวขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม ในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ที่กรุงสตอกโฮล์ม ค.ศ. 1972 (พ.ศ. 2515) ที่ให้ นิยามการพัฒนาอย่างยั่งยืนว่า “การพัฒนาที่ตอบสนองความต้องการของทุกคนในปัจจุบัน โดยไม่กระทบ ต่อความสามารถในการตอบสนองความต้องการของคนรุ่นอนาคต” เมื่อกลับมาพิจารณาถึงการปรากฏตัว ของการพัฒนาที่ยั่งยืนในกฎหมายป่าไม้ พบว่า หลักการพัฒนาที่ยั่งยืนยังไม่ปรากฏตัวทั้งในเชิงคำศัพท์ หรือ ในหลักการของกฎหมาย โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) แม้จะปรากฏการตรากฎหมายป่าไม้ฉบับใหม่ที่สะท้อนการมองประโยชน์ของป่าไม้ในมิติอื่น เช่น พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 หรือ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ที่ต้องการอนุรักษ์ป่าไม้ในฐานะทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อการศึกษาและความรื่นรมย์ของประชาชน โดยกำหนดกฎเกณฑ์ความเข้มงวดของข้อจำกัดการใช้ประโยชน์ที่แตกต่างลดหลั่นกันไป แสดงให้เห็นว่ารัฐเริ่มมองป่าไม้ในฐานะของธรรมชาติมากขึ้น ไม่ใช่เป็นเพียงสินค้าที่เพิ่มพูนความมั่งคั่งให้แก่รัฐเพียงอย่างเดียว ซึ่งการตอบสนองต่อมิติด้านอื่นนี้ สามารถพิจารณาได้ว่า ต้องการคงไว้ซึ่งความสมบูรณ์ของพื้นที่ป่า เพื่อให้สามารถส่งต่อความอุดมสมบูรณ์ของพื้นที่ป่าเพื่อตอบสนองความต้องการของคนรุ่นถัดไปได้ แต่การประกาศเขตอุทยานหรือป่าสงวนนี้กลับไม่ปรากฏกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่จะสะท้อนความต้องการของคนรุ่นปัจจุบันในภาพรวมแต่อย่างใด

(2) แม้จะมีการสะท้อนถึงหลักการใช้ประโยชน์ของทรัพยากรธรรมชาติให้เกิดความต่อเนื่องที่ชัดเจนมากขึ้น ซึ่งปรากฏผ่านการแก้ไขกฎหมายป่าไม้ในทีมนำปัจจัยด้านวิถีชีวิตและสังคมของประชาชนมาเป็นปัจจัยในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องข้อยกเว้นของการห้ามทำไม้ ดังเช่น พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ที่กำหนดให้ ทำไม้หรือเก็บของป่า เข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัย หรือเพื่อประโยชน์ในการศึกษาหรือวิจัย สามารถทำได้ในเขตป่าสงวนที่สะท้อนการเปิดให้ประชาชนใช้ประโยชน์ในพื้นที่ป่าได้ตามวิถีชุมชน รวมไปถึงพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ที่ให้อำนาจของอธิบดีหรือรัฐมนตรีในการกำหนดให้ผู้ได้รับสัมปทานหรือผู้ได้รับอนุญาตตามกฎหมายจะต้องทำการบำรุงป่าไม้หรือปลูกสร้างสวนป่าตามวิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ซึ่งการเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ในส่วนการให้ภาคเอกชนเข้ามาจัดการป่าไม้ แสดงให้เห็นว่ารัฐเริ่มมีทัศนคติที่ต้องการให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการป่าไม้มากขึ้น แต่การใช้ประโยชน์ในลักษณะนี้ก็เป็นเพียงการใช้ประโยชน์ภายใต้อำนาจรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียว ประชาชนไม่ได้มีส่วนร่วมในการใช้อำนาจจัดการพื้นที่ป่าแต่อย่างใดเลย

กล่าวโดยสรุป รัฐเริ่มมีแนวคิดให้คุณค่าของป่าไม้ในเชิงทรัพยากรธรรมชาติเพื่อตอบสนองความต้องการด้านอื่นของมนุษย์ และมีการเปลี่ยนแปลงการใช้ทรัพยากรธรรมชาติให้มีความต่อเนื่องทดแทนทรัพยากรให้สามารถฟื้นคืนมาใหม่ แม้อาจมองได้ว่าเป็นหลักการที่สามารถตอบสนองความต้องการของคนรุ่นปัจจุบันและสามารถรักษาความอุดมสมบูรณ์ของธรรมชาติเอาไว้เพื่อส่งต่อไปยังคนรุ่นต่อไปได้ แต่ถึงกระนั้น การคงไว้ซึ่งความสมบูรณ์ที่สามารถตอบสนองต่อคนรุ่นปัจจุบันและอนาคตนี้ กลับไม่ได้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียต่อการใช้ประโยชน์และรักษาความอุดมสมบูรณ์ของพื้นที่ป่าแต่อย่างใด กลายเป็นว่าการใช้ประโยชน์และการรักษาความอุดมสมบูรณ์นี้ไม่ได้ตอบสนองต่อคนรุ่นปัจจุบันหรือคนรุ่นอนาคตทุกกลุ่ม มีเพียงบางกลุ่มที่ได้ประโยชน์ และคนบางกลุ่มอาจต้องเสียประโยชน์ไป ดังนั้น จึงเป็นเพียงกฎหมายที่ตอบสนองความต้องการของคนรุ่นปัจจุบันและอนาคตแต่เพียงบางกลุ่มเท่านั้น ไม่ใช่กฎหมายเพื่อคนทุกกลุ่มตามนิยามของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนจึงกล่าวได้ว่าหลักการพัฒนายั่งยืนยังไม่ปรากฏตัวอย่างชัดเจนในกฎหมายป่าไม้ช่วงเวลานี้

4.2.3 การจัดการป่าไม้เพื่อชุมชนหรือวนศาสตร์ชุมชน พ.ศ. 2525 - พ.ศ. 2543

ในช่วงเวลานี้ หลักการพัฒนาที่ยั่งยืนมีการพัฒนาหัวใจสำคัญ คือ การบูรณาการปัจจัยทางเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมเข้าด้วยกัน ไม่ใช่การพิจารณาแต่เพียงเรื่องความต้องการของมนุษย์เท่านั้น ทั้งนี้ จะต้องบูรณาการและสร้างสมดุลระหว่างปัจจัยทั้งสามด้านเพื่อตอบสนองความต้องการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ด้วย เมื่อกลับมาพิจารณากฎหมายป่าไม้ของไทย ภาพรวมของกฎหมายป่าไม้ในช่วงเวลานี้ ไม่พบการปรากฏตัวในลักษณะของคำศัพท์ เช่น คำว่ายั่งยืน แต่เมื่อพิจารณาในหลักการพบว่ามีการปรากฏตัวของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน โดยปรากฏผ่านการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายป่าไม้ 2 ประการ ดังนี้

(1) การแก้ไขกฎหมายเพื่อตอบสนองต่อนโยบายการยกเลิกสัมปทานป่าไม้ ได้แก่ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 (พ.ศ. 2532) และ พระราชกำหนดแก้ไขพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2532 ซึ่งเป็นการกำหนดกระบวนการยกเลิกสัมปทานและเยียวยาผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่ารัฐไม่ได้ให้ความสำคัญต่อมิติทางเศรษฐกิจเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดอีกต่อไปแล้ว รัฐเริ่มให้ความสำคัญต่อมิติด้านสิ่งแวดล้อมให้มีความสำคัญทัดเทียมขึ้นมา

(2) การสร้างสมดุลระหว่างมิติด้านเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม ผ่านการแก้ไขพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2528 ที่กำหนดให้รัฐมีอำนาจอนุญาตให้บุคคลเข้ามาทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขตป่าสงวนได้เป็นครั้งคราว ประชาชนสามารถหาประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ จากการใช้เป็นที่ดินทำกินและประโยชน์ในเชิงสังคมจากการใช้เป็นที่อยู่อาศัย เป็นการแสดงให้เห็นว่าเริ่มมีการประนีประนอมและสร้างสมดุลให้มิติด้านเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมให้เกิดขึ้นได้ แม้ในท้ายที่สุดแล้วรัฐจะให้น้ำหนักต่อมิติในเชิงอนุรักษ์มากกว่าก็ตาม เพราะการอนุญาตนั้นเป็นข้อยกเว้นที่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของรัฐโดยแท้ นอกจากนี้ ยังปรากฏในการแก้ไขพระราชบัญญัติปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2532 ที่ให้รัฐสามารถนำที่ป่าสงวนไปใช้ประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรมได้ การเปลี่ยนแปลงในครั้งนี้สะท้อนให้เห็นว่าการอนุรักษ์พื้นที่ป่าอย่างเดิมโดยไม่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ให้กับบุคคลที่เดือดร้อนอาจจะไม่ใช่ทางออกของการแก้ไขปัญหาจึงมีการแก้ไขให้ป่าสงวนสามารถนำไปปฏิรูปได้ เป็นการพยายามสร้างสมดุลของมิติด้านเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม ที่สามารถนำที่ป่าไม้ไปใช้ประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจและเป็นพื้นที่อาศัยของประชาชนทั่วไปได้

อย่างไรก็ดี การสร้างความสมดุลระหว่างมิติด้านเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม ที่ปรากฏชัดเจนที่สุดมาจากพระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535 เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ต้องการส่งเสริมให้มีการปลูกสร้างสวนป่าเพื่อการค้าในที่ดินของรัฐและเอกชนให้กว้างยิ่งขึ้น และเป็นการส่งเสริมอาชีพให้ประชาชนมีงานทำและผลิตไม้เพื่อเป็นสินค้า ตลอดจนเพิ่มพื้นที่ป่าไม้ให้มีปริมาณมากขึ้น พบว่าเป็นการสร้างมิติทั้ง 3 ส่วนขึ้นมาอย่างครบถ้วน กล่าวคือ มิติด้านเศรษฐกิจ เช่น การผลิตไม้หวงห้ามเพื่อเป็นสินค้า มิติด้านสังคม เช่น การส่งเสริมอาชีพและสร้างงานให้แก่ประชาชน และมิติด้านสิ่งแวดล้อม เช่น การเพิ่มจำนวนพื้นที่ป่าและจำนวนต้นไม้หวงห้าม จากมิติทั้งสามส่วนก่อให้เกิดการสร้างสมดุลผ่านการอนุญาตทำสวนป่าจากรัฐ โดยรัฐยังคงมีอำนาจเข้ามาตรวจสอบความเหมาะสมของพื้นที่ที่จะขออนุญาตทำสวนป่าและสามารถเก็บข้อมูลรายละเอียดของพื้นที่และตรวจสอบสภาพที่ดินรวมถึงปริมาณและ

ประเภทไม้ของผู้ขออนุญาตได้ ซึ่งข้อมูลเหล่านี้สามารถนำไปใช้ในด้านการพัฒนาที่ดินและเป็นข้อมูลแสดงความอุดมสมบูรณ์ของที่ดินป่าไม้ต่อไปในทางอ้อมได้อีกด้วย กฎหมายป่าไม้ในช่วงเวลานี้ จึงกล่าวได้ว่ามีการปรากฏตัวของการพัฒนาที่ยั่งยืนแล้ว

4.2.4 การจัดการป่าไม้เอกชนและการจัดการอย่างยั่งยืน พ.ศ. 2544 – ปัจจุบัน

ในช่วงเวลานี้การพัฒนาที่ยั่งยืน ยังคงความหมายถึงสามเสาหลักของการพัฒนาที่บูรณาการสอดคล้องกันเช่นเดิม เมื่อพิจารณาการปรากฏตัวของการพัฒนาที่ยั่งยืนในกฎหมายป่าช่วงเวลานี้ จะเห็นการปรากฏตัวใน 2 ลักษณะ คือ การปรากฏตัวในเชิงคำศัพท์ และปรากฏตัวผ่านหลักการเบื้องหลังของกฎหมาย

(1) การปรากฏตัวในเชิงคำศัพท์

พบว่ามีกรนำคำว่า “ยั่งยืน” ไปบัญญัติไว้โดยตรงในตัวของกฎหมายใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ ในลักษณะที่ไม่ได้เชื่อมโยงกับหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน กับ ในลักษณะที่สะท้อนนัยสำคัญของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน ผ่านการปรากฏที่ให้ความหมายของการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน โดยมีรายละเอียดการปรากฏตัว ดังนี้

1. พระราชบัญญัติสวนป่า ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2558 พบการปรากฏตัวในเรื่องการออกไปสำคัญรับรองการจัดการป่าไม้อย่างยั่งยืน¹⁰⁷ ซึ่งเป็นเอกสารเพื่อกำกับการส่งออกไม้จากการทำสวนป่าและเป็นเอกสารกำกับแหล่งที่มาของไม้เพื่อส่งออกต่างประเทศที่มีการร้องขอเอกสารดังกล่าว ในบริบทนี้จึงสัมพันธ์กับการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ และในบริบทของกฎหมายต่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมที่ต้องการเอกสารเพื่อแสดงว่าไม้ที่ส่งออกเป็นไม้ที่มีแหล่งที่มาถูกต้อง ไม่ใช่ไม้ที่มาจากกรลักลอบตัดโดยมิชอบ อย่างไรก็ตาม การปรากฏตัวของคำว่า “ยั่งยืน” ในลักษณะนี้ไม่ได้สะท้อนหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนอย่างชัดเจน เป็นเพียงชื่อของเอกสารการจัดการป่าไม้ระหว่างประเทศเท่านั้น

2. พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 พบการปรากฏตัวในคำปรารภถึงเหตุผลของการตรากฎหมายฉบับนี้ เพื่อบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ระบบนิเวศและความหลากหลายทางชีวภาพให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืน และปรากฏต่อมาในความหมายของอุทยานแห่งชาติ¹⁰⁸ ซึ่งสะท้อนว่าเป็นพื้นที่ที่ควรสงวนหรืออนุรักษ์ไว้เพื่อประโยชน์ของคนในชาติหรือเป็นแหล่งศึกษาหาความรู้หรือนันทนาการของประชาชนอย่างยั่งยืน และปรากฏในโครงการอนุรักษ์และการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน¹⁰⁹ การปรากฏตัวข้างต้น เป็นการขยายความกรใช้ประโยชน์ว่าหมายถึงกรใช้ประโยชน์ที่ยั่งยืน ไม่ใช่กรใช้ที่ไม่มีกระบวนการทดแทนและหมุนเวียนไปยังคนรุ่นต่อไป อีกทั้งการปรากฏในโครงการอนุรักษ์ ซึ่งให้นัยสำคัญของโครงการว่ามีขึ้นเพื่อการอนุรักษ์และใช้ทรัพยากรอย่างยั่งยืนโดยตรงเป็นโครงการเพื่อเปิดพื้นที่ให้ประชาชนสามารถหาประโยชน์จากพื้นที่อุทยานได้ตามที่กฎหมายกำหนด

¹⁰⁷ มาตรา 8 เพิ่มเติม มาตรา 8/1 พระราชบัญญัติสวนป่า พุทธศักราช 2535 พระราชบัญญัติสวนป่า ฉบับที่ 2 พุทธศักราช 2558

¹⁰⁸ มาตรา 4 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2562

¹⁰⁹ มาตรา 65 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พุทธศักราช 2562

3. พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองป่า พ.ศ. 2562 พบการปรากฏตัวในคำปรารภ เช่นเดียวกัน โดยระบุให้การสงวน อนุรักษ์ คุ้มครอง และบำรุงรักษาเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า และเขตห้ามล่า สัตว์ป่า และการบริหารจัดการสัตว์ป่า ทรัพยากรธรรมชาติ ระบบนิเวศ และความหลากหลายทางชีวภาพ ในพื้นที่ดังกล่าวให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืน และโครงการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เพื่อให้การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นไปอย่างสมดุลและยั่งยืน¹¹⁰ รวมถึงหน้าที่ของ เจ้าพนักงานที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดูแลรักษาสัตว์ป่า แหล่งที่อยู่ แหล่งหากินของสัตว์ป่า ให้เกิดความยั่งยืน¹¹¹ การปรากฏตัวข้างต้น เป็นการปรากฏในลักษณะของการขยายความการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ ว่าหมายถึงการใช้ที่ยั่งยืน เช่นเดียวกับกับพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ เนื่องจากกฎหมายทั้งสอง ฉบับนี้ตราขึ้นและบังคับใช้ในเวลาเดียวกัน โดยมีหลักการและวัตถุประสงค์ที่คล้ายคลึงกัน แตกต่าง เพียงเป้าหมายที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเท่านั้น ดังนั้น การปรากฏตัวของคำว่ายั่งยืน จึงสะท้อน หลักการอนุรักษ์ผ่านการใช้ประโยชน์ในอัตราที่เหมาะสมผ่านสายตาของรัฐเช่นเดียวกัน

4. พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562 พบการปรากฏตัวในคำปรารภและในหลากหลาย มาตราที่สะท้อนถึงสิทธิของชุมชนในการใช้ประโยชน์จากป่าชุมชน โดยในส่วนของคำปรารภ วัตถุประสงค์ และความหมายของป่าชุมชน มีข้อความในสาระสำคัญว่า เพื่อใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ความ หลากหลายทางชีวภาพ อย่างสมดุลและยั่งยืน¹¹² ทั้งนี้ ในส่วนอื่น มีการปรากฏของคำว่ายั่งยืนในหลาย มาตรา โดยปรากฏในลักษณะการใช้ประโยชน์จากป่าชุมชนอย่างยั่งยืนเช่นเดียวกัน เช่น วัตถุประสงค์ของ ป่าชุมชนเพื่อใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างสมดุลและยั่งยืน¹¹³ แผนจัดการป่าชุมชนที่สะท้อน การใช้ประโยชน์จากป่าชุมชนอย่างยั่งยืน¹¹⁴ หลักการใช้ประโยชน์จากป่าชุมชนของสมาชิกป่าชุมชนที่จะ ต้องเป็นไปอย่างสมดุลและยั่งยืน¹¹⁵ การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมต่าง ๆ เพื่อเป็นการสนับสนุนการจัดการป่า ชุมชนให้เกิดความยั่งยืน¹¹⁶ และอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ป่าชุมชน เพื่อประโยชน์ในการรักษา ทรัพยากรธรรมชาติในป่าชุมชนให้สมดุลและยั่งยืน¹¹⁷

การปรากฏตัวข้างต้น เป็นการสะท้อนหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนผ่านมิติของธรรมชาติเท่านั้น ยังไม่สะท้อนมิติทางเศรษฐกิจและสังคมที่ชัดเจน จะพบหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนที่สะท้อนมิติทั้งสามอย่าง ชัดเจนเมื่อพิจารณาหลักการของกฎหมายในส่วนต่อไป

¹¹⁰ มาตรา 57 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2562

¹¹¹ มาตรา 69 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พุทธศักราช 2562

¹¹² มาตรา 3 และ 4 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹¹³ มาตรา 6 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹¹⁴ มาตรา 33 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹¹⁵ มาตรา 50 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹¹⁶ มาตรา 56 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹¹⁷ มาตรา 64 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

(2) การปรากฏตัวผ่านหลักการเบื้องหลังของกฎหมาย

สำหรับการปรากฏตัวผ่านหลักการเบื้องหลังของกฎหมาย พบว่าการพัฒนาที่ยั่งยืนจะปรากฏตัวใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ การแก้ไขกฎหมายเพื่อให้การดำเนินการที่มีลักษณะของการพัฒนาที่ยั่งยืนทำได้สะดวกมากขึ้น และการออกกฎหมายฉบับใหม่ที่ปรากฏหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน

1. การแก้ไขกฎหมายเพื่อให้การดำเนินการที่มีลักษณะของการพัฒนาที่ยั่งยืนทำได้สะดวกมากขึ้น ซึ่งปรากฏผ่าน พระราชบัญญัติสวนป่าฉบับที่ 2 พ.ศ. 2557 ที่เป็นการแก้ไขเพื่อผ่อนปรนการขอจัดตั้งสวนป่าให้สะดวกมากขึ้น ลดอุปสรรคให้น้อยลง เช่น การเปลี่ยนแปลงให้สวนป่าไม่จำเป็นต้องทำขึ้นเพื่อปลูกไม้หวงห้ามเท่านั้น หรือขยายขอบเขตของประเภทที่ดินที่สามารถมาขอจัดตั้งสวนป่าได้ ส่งผลให้เกิดแรงจูงใจที่เอกชนจะขอจัดตั้งสวนป่า ซึ่งโดยวัตถุประสงค์และรูปแบบการจัดตั้งสวนป่าก็เป็นการจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่ปรากฏหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนดังที่เคยกล่าวไว้ในส่วนของพระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535 ดังนั้น การแก้ไขให้การจัดตั้งสวนป่าสามารถดำเนินการได้สะดวกมากขึ้นจึงเป็นการลดอุปสรรคต่อการบรรลุหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน ซึ่งเป็นการปรากฏของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนในอีกรูปแบบหนึ่งด้วย

2. การออกกฎหมายฉบับใหม่ที่ปรากฏหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน ปรากฏผ่าน 3 พระราชบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 และ พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายการอนุรักษ์ในเชิงพื้นที่เพื่อรักษาไว้ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งการปรากฏตัวของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนที่ชัดเจนที่สุดในกฎหมายฉบับนี้ คือ การเพิ่มเติมหลักการเปิดรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียก่อนการออกคำสั่งหรือจัดทำแผนบริหารจัดการต่าง ๆ เช่น การจัดทำแผนบริหารจัดการพื้นที่อุทยานแห่งชาติ และการจัดทำโครงการอนุรักษ์ และการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน เพราะแต่เดิมกฎหมายอุทยานแห่งชาติแม้จะมีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ธรรมชาติโดยการกำหนดพื้นที่พิเศษเพื่อให้รัฐมีอำนาจในการควบคุมการใช้ประโยชน์ในที่ดินดังกล่าว ซึ่งเป็นการปรากฏในมิติของสิ่งแวดล้อมและเศรษฐกิจ แต่ประชาชนหรือผู้มีส่วนได้เสียไม่มีส่วนร่วมอย่างใดในการจัดการพื้นที่อุทยาน ดังนั้น การนำหลักการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียเพื่อเป็นข้อมูลในการออกคำสั่งหรือจัดทำแผนการอนุรักษ์ธรรมชาติ เป็นการนำมิติด้านสังคมเข้ามาเพิ่มเติมอย่างครบถ้วน อีกทั้ง การเพิ่มเติมกฎเกณฑ์การเก็บค่าบริการที่ให้อำนาจอุทยานสามารถนำค่าบริการไปใช้ได้ทันทีโดยไม่ต้องส่งเข้าคลังก่อน ทำให้กรมอุทยานสามารถบริหารจัดการงบประมาณเพื่อใช้ในการกิจการได้สะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น เพราะหากมีอุปสรรคด้านการเงิน การอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนย่อมไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้ง เงินจำนวนดังกล่าวยังกำหนดให้แบ่งให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลที่เป็นที่ตั้งของอุทยาน เป็นการพัฒนาส่วนท้องถิ่นที่มีส่วนในการดูแลรักษาพื้นที่อุทยานอีกด้านหนึ่งด้วย เป็นการบูรณาการในมิติสิ่งแวดล้อม เศรษฐกิจ และสังคมที่ชัดเจน กฎหมายฉบับนี้จึงปรากฏหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนแล้ว

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 มีการเพิ่มเติมหลักการที่คล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 กล่าวคือ หลักการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียในการกำหนดเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าหรือการจัดทำแผนอนุรักษ์และคุ้มครองพื้นที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า และการจัดทำโครงการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึงการเพิ่มเติมหมวดเงินค่าบริการและค่าตอบแทนที่ทำให้กรมอุทยานฯ สามารถนำเงินค่าบริการไปใช้เพื่อภารกิจตามกฎหมายฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม ฎหมายฉบับนี้กลับไม่ได้กำหนดให้แบ่งรายได้ให้กับองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นเหมือนพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ดังนั้น ฎหมายฉบับนี้จึงปรากฏหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนเช่นเดียวกัน แม้จะมีระดับความชัดเจนที่น้อยกว่าพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ก็ตาม

พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562 อาจกล่าวได้ว่า ฎหมายฉบับนี้ปรากฏหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนที่ชัดเจนที่สุดในขณะนี้ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของ ฎหมาย พบว่าตราขึ้นเพื่อรับรองสิทธิของชุมชนในการจัดการป่าไม้ เป็นการถ่ายโอนอำนาจการจัดการป่าไม้มาสู่ภาคประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ ส่งเสริมมิติด้านสังคมและเศรษฐกิจที่ชัดเจนต่อการอนุรักษ์ธรรมชาติ สอดคล้องไปกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 สาระสำคัญของตัวบท ฎหมาย คือ การกำหนดให้ชุมชนสามารถจัดการป่าชุมชน ผ่านการจัดตั้งคณะกรรมการต่าง ๆ เพื่อให้การจัดการที่เกิดขึ้นมีการกลั่นกรองหลายชั้นก่อนนำไปสู่การปฏิบัติจริง แม้ในเบื้องต้นอาจพิจารณาได้ว่า การจัดการป่าไม้ยังอยู่ในมือของรัฐผ่านคณะกรรมการต่าง ๆ เมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้วพบว่าแต่ละคณะกรรมการ เป็นคณะกรรมการที่มีอัตราส่วนมาจากภาคประชาชนที่มากเพียงพอที่จะมีน้ำหนักในการกำหนดนโยบาย ดังเช่น คณะกรรมการนโยบายแห่งชาติ โดยจำนวน 6 ใน 8 คนของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิเป็นตัวแทนจากภาคประชาชน รวมถึงสมาชิกป่าชุมชนและคณะกรรมการจัดการป่าชุมชน จึงอาจกล่าวได้ว่า ฎหมายฉบับนี้ให้น้ำหนักแก่มิติด้านสังคมจากการรับรองอำนาจของภาคประชาชนในการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติมากที่สุดฉบับหนึ่ง ส่วนมิติด้านเศรษฐกิจ และมิติด้านสิ่งแวดล้อมนั้น ปรากฏผ่านแผนการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติภายในป่าชุมชนของสมาชิกป่าชุมชน¹¹⁸ ทำให้สามารถบริหารจัดการเพื่อประโยชน์ในมิติเศรษฐกิจและมิติด้านสิ่งแวดล้อมเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติไปในคราวเดียวกัน รวมไปถึงการกำหนดให้การใช้ประโยชน์จากป่าชุมชนไม่ได้จำกัดแต่เพียงมิติด้านเศรษฐกิจเท่านั้น ยังมีมิติทางสังคมที่ตอบสนองต่อประโยชน์ในเชิงท่องเที่ยวเพื่อการอนุรักษ์ ส่งเสริมการเรียนรู้¹¹⁹ หรือการพักผ่อนหย่อนใจ¹²⁰ ที่ทำให้เห็นถึงการบูรณาการทั้งสามมิติอย่างครบถ้วน จึงเป็น ฎหมายป่าไม้ที่เห็นถึงการปรากฏตัวของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนดังความหมายในระดับสากลที่ชัดเจนมากที่สุดในเวลานี้

¹¹⁸ มาตรา 50 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹¹⁹ มาตรา 51 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

¹²⁰ มาตรา 53 พระราชบัญญัติป่าชุมชน พุทธศักราช 2562

5. บทสรุป

หลักการพัฒนาที่ยั่งยืน คือ การพัฒนาที่ตอบสนองความต้องการของคนรุ่นปัจจุบัน โดยไม่กระทบต่อความสามารถในการตอบสนองต่อความต้องการของคนรุ่นอนาคต ซึ่งหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนปรากฏในลักษณะ 3 เสาหลักของมิติดูความยั่งยืน เป็นการบูรณาการมิติด้านการพัฒนาทั้งสามด้านเข้าด้วยกันอย่างกลมกลืน ประกอบด้วย มิติทางสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม บทความฉบับนี้ได้ตรวจสอบกฎหมายป่าไม้ของไทยนับตั้งแต่ก่อนการก่อตั้งกรมป่าไม้ จนถึงยุคปัจจุบัน พบว่าหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนปรากฏในกฎหมายป่าไม้สองช่วงเวลา คือ ช่วงแรก เป็นการจัดการป่าไม้เพื่อชุมชนหรือวนศาสตร์ชุมชน พ.ศ. 2525 - พ.ศ. 2543 โดยปรากฏผ่านหลักการภายในกฎหมาย และ ช่วงที่สอง เป็นการจัดการป่าไม้เอกชนและการจัดการอย่างยั่งยืน พ.ศ. 2544 - ปัจจุบัน ซึ่งเป็นการปรากฏตัวที่มีพัฒนาการจากเดิมเนื่องจากการปรากฏตัวทั้งในรูปแบบของคำศัพท์และหลักการภายในกฎหมายที่ชัดเจนมากขึ้น โดยเฉพาะพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562 จากการศึกษาพบว่าในช่วงการจัดการป่าไม้เอกชนและการจัดการอย่างยั่งยืน พ.ศ. 2544 - ปัจจุบัน เป็นช่วงเวลาที่กฎหมายป่าไม้มีการบูรณาการมิติทั้งสามด้านได้อย่างกลมกลืนมากที่สุด และปรากฏหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนที่ชัดเจนที่สุดในช่วงเวลาดังกล่าว

นัยของพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่อ
การทำหน้าที่ของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์
ระหว่างประเทศ*

Implications of International Investment Agreement's Obligations
on a Supervisory Function of Domestic Courts over International
Commercial Arbitration

โชติกา วิทยาวารกุล
Chotika Wittayawarakul

ผู้ช่วยศาสตราจารย์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Assistant Professor
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author Email: chotika.w@chula.ac.th
(Received: September 9, 2025; Revised: November 26, 2025; Accepted: November 26, 2025)

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้ศึกษาพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางตุลาการ และแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน เพื่อวิเคราะห์นัยของพันธกรณีของรัฐตามความตกลงดังกล่าวต่อการทำหน้าที่ของศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ มีหลายคดีที่นักลงทุนกล่าวหาว่าการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ละเมิดพันธกรณีของรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งทำให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องทบทวนคำพิพากษาและคำสั่งของศาลภายในจากการศึกษาพบว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะยอมรับดุลพินิจของศาลภายใน กรณีที่ถือว่าการกระทำของศาลเป็นการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต้องเป็นกรณีที่มีการกระทำของศาลมีความบกพร่องอย่างร้ายแรงซึ่งพิจารณาจากมาตรฐานระหว่างประเทศ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

คำสำคัญ: ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, สนธิสัญญาการลงทุน, กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, การคุ้มครองการลงทุน, การอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

* นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับ 2 (ธรรมศาสตร์); เนติบัณฑิตไทย; MJUR (อ็อกซ์ฟอร์ด); Ph.D. (แมนเชสเตอร์); LLB (2nd Class Honours, Thammasat University); Barrister-at-Law; MJUR (Oxon); Ph.D. (Manchester).

Abstract

This research article explores State's obligations under international investment agreements (IIAs) relating to judicial acts and examines investment treaty arbitral awards to analyse the implication of investment treaty obligations on a domestic court's supervisory function over international commercial arbitration. The study shows that there are cases in which investors allege that the actions of the court in supervising international commercial arbitration have violated the state's obligations under IIAs, prompting the arbitral tribunal to review the judgments and orders of the domestic court. The arbitral tribunals tend to respect the discretion of domestic courts. The actions of the court are deemed to violate the obligations under international investment agreements only in instances where the court's actions are severely flawed as assessed against international standards. Furthermore, the study of arbitral awards highlights the significant role of the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in assessing state liability under international investment agreements.

Keywords: International Investment Agreements, Investment Treaties, International Investment Law, Investment Protection, Investor-State Arbitration

1. บทนำ¹

ประเทศไทยได้ทำความตกลงระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศหลายฉบับทั้งในระดับพหุภาคี และทวิภาคี ซึ่งกำหนดเป็นหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองการลงทุนจากรัฐภาคี เช่น การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (fair and equitable treatment) การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured-nation treatment) การให้ค่าชดเชยในกรณีที่มีการเวนคืน (expropriation) อีกทั้งกำหนดกลไกในการระงับข้อพิพาทโดยให้สิทธิแก่นักลงทุนที่ฟ้องรัฐเป็นคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐได้โดยตรง ทำให้นักลงทุนที่ได้รับประโยชน์จากความตกลงดังกล่าวได้รับการคุ้มครองทั้งในด้านสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติมากกว่าความคุ้มครองที่ได้รับตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ พันธกรณีเหล่านี้มีผลกระทบต่อองค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ หรือตุลาการ ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในความตกลงฯ การกระทำของศาลรวมถึงคำพิพากษาและคำสั่งของศาลจึงอาจถูกทบทวนโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามความตกลงฯ โดยที่รัฐไม่สามารถอ้าง

¹ บทความนี้สรุปมาจากรายงานวิจัยเรื่อง “นัยของพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่อการทำหน้าที่ของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ” ซึ่งได้รับทุนสนับสนุนจากกองทุนรัชดาภิเษกสมโภชจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หลักการแบ่งแยกอำนาจและความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการมาเป็นข้อแก้ตัวให้ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้² ในทางปฏิบัติมีหลายคดีที่นักลงทุนอ้างว่าการกระทำทางตุลาการละเมิดความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและเสนอประเด็นดังกล่าวให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยตัวอย่างเช่น กรณีที่ศาลภายในของรัฐที่รับการลงทุนมีคำพิพากษานักลงทุนมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดแก่สิ่งแวดล้อม ซึ่งนักลงทุนอ้างว่ารัฐละเมิดสัญญาที่ทำกับนักลงทุนและความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน³ หรือกรณีที่ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทบสิทธิของนักลงทุนตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ⁴ หรือในกรณีที่ศาลพิพากษาให้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับนักลงทุนสิ้นสุดลง⁵ หรือมีคำพิพากษาให้สัญญาสัมปทานเป็นโมฆะ⁶ หรือกรณีที่ศาลเพิกถอนสิทธิบัตรของนักลงทุน⁷ เป็นต้น

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาผลของพันธกรณีของรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่อการกระทำทางตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ศาลใช้อำนาจในการกำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (international commercial arbitration) เช่น การไม่ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการ การเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการ การไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาด การเพิกถอนคำชี้ขาด โดยศึกษาแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่ระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เพื่อศึกษาแนวทางในการตีความพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดของรัฐอันเกิดจากการที่ศาลใช้อำนาจกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนบทบาทของหลักการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเช่นที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (“อนุสัญญานิวยอร์ก”) ในการวินิจฉัยความรับผิดของรัฐ การศึกษาประเด็นดังกล่าวจะทำให้ทราบถึงนัยสำคัญของพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่อการทำหน้าที่ของศาล ในอดีตเคยมีกรณีที่ศาลไทยต้องพิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับความสนใจอย่างกว้างขวาง เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ระหว่างกิจการร่วมค้าบีบีซีดีกับการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ซึ่งศาลฎีกาปฏิเสฐที่จะ

² International Law Commission (ILC)'s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN Doc. A/RES/56/83 (2001), 53 UN GAOR Supp. (No. 10) at 43, Supp. (No. 10) A/56/10 (IV.E.1), Article 4(1).

³ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23 (pending).

⁴ *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 12 May 2010.

⁵ *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award, 6 July 2012.

⁶ *Mr Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013 (*Arif v. Moldova*).

⁷ *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017 (*Eli Lilly v. Canada*).

บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ให้กิจการร่วมค้าบีบีซีดีชนะคดีและมีสิทธิได้รับค่าเสียหาย⁸ หรือในคดีพิพาทระหว่างบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด กับกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย เกี่ยวกับโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในเขตกรุงเทพมหานคร ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้บริษัท โฮปเวลล์ ชนะคดีและมีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย แต่ศาลปกครองกลางเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการและปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด⁹ การศึกษาแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะทำให้ได้บทเรียนสำหรับศาลไทยในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและรัฐบาลไทยในการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศเพื่อลดความเสี่ยงที่ประเทศไทยจะถูกนักลงทุนฟ้องคดีการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามความตกลงดังกล่าว

2. ระเบียบวิธีวิจัย

งานวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงหลักกฎหมาย (doctrinal legal research) โดยศึกษาพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่นักลงทุนมักจะกล่าวอ้างในคดีที่ฟ้องให้รัฐรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการกระทำทางตุลาการ และคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้มีแนวคำวินิจฉัยไว้ ได้แก่ การปฏิบัติตัวอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม การให้ค่าชดเชยกรณีการเวนคืน และการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ ศึกษาและวิเคราะห์แนวทางการตีความพันธกรณีดังกล่าวของคณะอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนความเห็นของนักวิชาการเพื่อทราบความหมายและขอบเขตของพันธกรณี นอกจากนี้ งานวิจัยนี้ศึกษาแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีนักลงทุนฟ้องรัฐเกี่ยวกับการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ โดยสืบค้นข้อมูลจากฐานข้อมูล Investment Dispute Settlement Navigator ของ UNCTAD¹⁰ Investment Dispute Settlement Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub เป็นหลัก เพื่อวิเคราะห์แนวทางการปรับใช้พันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกับการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ โดยมีสมมติฐานการวิจัยว่าพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีผลผูกพันองค์กรศาล

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกา 7277/2549 ศาลเห็นว่าสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนดังกล่าวเป็นผลจากการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบของผู้ว่าการทางพิเศษแห่งประเทศไทย สัญญาจึงไม่มีผลผูกพันการทางพิเศษแห่งประเทศไทย คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (ผู้คัดค้าน) ชำระเงินให้แก่กิจการร่วมค้าบีบีซีดี (ผู้ร้อง) ตามสัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจบังคับได้เพราะจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามมาตรา 44 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545

⁹ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 107/2552, 2038/2551, 1379/2552 คดีหมายเลขแดงที่ 366-368/2557 ศาลเห็นว่าการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการขาดอายุความ อนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจรับข้อพิพาทไว้พิจารณาได้ หากยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้วจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามนัยมาตรา 40 วรรคสาม (2) (ข) และมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545

¹⁰ UNCTAD, “Investment Dispute Settlement Navigator,” accessed 15 June 2025, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

เช่นเดียวกับองค์กรอื่น ๆ ของรัฐ แต่ในการพิจารณาการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวอันเกิดจากการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น คณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะปรับใช้พันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอย่างยืดหยุ่นโดยยอมรับดุลพินิจของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาตตุลาการ กรณีที่การกระทำของศาลเป็นการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นกรณีที่มีความบกพร่องอย่างร้ายแรง โดยมาตรฐานสากลดังเช่นที่สะท้อนอยู่ในอนุสัญญานิวยอร์กมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาวินิจฉัยความเหมาะสมของการกระทำของศาลในกรณีดังกล่าว

3. พันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกับการกระทำทางตุลาการ

ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ความรับผิดชอบของรัฐจากการกระทำทางตุลาการเกิดขึ้นในกรณีที่มีการปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice) แต่ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าการกระทำทางตุลาการอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีอื่น ๆ ได้ไม่จำกัด เฉพาะการปฏิเสธความยุติธรรม ดังนั้น การกระทำทางตุลาการที่ไม่ถึงขนาดที่ถือว่าการปฏิเสธความยุติธรรมก็อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ แม้ว่ากรณีก่อนหน้านั้นจะชอบด้วยกฎหมายภายในก็ตาม¹¹ ตัวอย่างเช่น ในคดี *Eli Lilly v. Canada* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การกระทำทางตุลาการถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางกฎหมายระหว่างประเทศได้¹² และการกระทำทางตุลาการที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐไม่จำเป็นต้องจำกัดแต่เฉพาะการกระทำที่ถือว่าการปฏิเสธความยุติธรรมเท่านั้น¹³ อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการก็ตระหนักว่าบทบาทหน้าที่ของตนไม่ใช่ศาลอุทธรณ์ ดังนั้น ในการทบทวนการกระทำทางตุลาการคณะอนุญาโตตุลาการจึงควรต้องให้ความเชื่อถือ (deference) ต่อการกระทำและคำพิพากษาของศาล เว้นแต่ในกรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษซึ่งมีหลักฐานว่าศาลมีการกระทำที่ผิดพลาดร้ายแรงและน่าตกใจ (egregious and shocking conduct) ที่คณะอนุญาโตตุลาการจะเข้ามาพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นไปตามพันธกรณี NAFTA ข้อ 1105 (1) หรือไม่¹⁴

¹¹ Berk Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration* (Cambridge University Press, 2018), 26; *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5, Award, 3 June 2021 (*Infinito v. Costa Rica*), para 359; *Manchester Securities Corp v Republic of Poland*, PCA Case No. 2015-18, Award, 7 December 2018, para 423; *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award, 30 November 2011 (*White Industries v. India*), para 11.3.19; *OAO Tatneft v. Ukraine*, PCA Case No 2008-8, Award, 29 July 2014 (*OAO Tatneft v. Ukraine*) para 475.

¹² *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 13 March 2017 (*Eli Lilly v. Canada*) para 221.

¹³ *Ibid.*, para 223; *OAO Tatneft v. Ukraine*, para 475.

¹⁴ *Eli Lilly v. Canada*, para 224; *Robert Azinian Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No ARB (AF)/97/2, Award, 1 November 1999, para 99.

3.1 การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment)

พันธกรณีที่รัฐจะต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมมักพบได้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่ และยังเป็นพันธกรณีที่นักลงทุนมักจะหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน¹⁵ อย่างไรก็ตาม ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอาจกำหนดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมในลักษณะที่แตกต่างกัน¹⁶ ประเภทที่มักก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ ได้แก่ ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม โดยไม่ได้มีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁷ ข้อบทประเภทที่สอง ได้แก่ ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁸ หรือกำหนดให้รัฐภาคีต้องให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมโดยจะต้องไม่ต้อยกว่าการปฏิบัติตามมาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁹ ข้อบทประเภทที่สาม ได้แก่ ข้อบทที่เชื่อมโยงการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมกับมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ²⁰ ปัญหาว่าการกำหนดข้อบทในลักษณะต่างกัดังกล่าวส่งผลทำให้ให้นักลงทุนหรือการลงทุนได้รับความคุ้มครองแตกต่างกันหรือไม่ ประเด็นที่มีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นที่ว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศจะมีบทบาทหรือไม่เพียงใดในการตีความข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม

ในทางปฏิบัติรูปแบบของข้อบทอาจจะไม่ได้มีผลทำให้ระดับความคุ้มครองการลงทุนแตกต่างกันมากนัก²¹ แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่าการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรมมีองค์ประกอบหลายประการ ไม่เพียงแต่ครอบคลุมการคุ้มครองการลงทุนจากการปฏิเสธความยุติธรรมเท่านั้น

¹⁵ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (New York and Geneva: United Nations, 2012), 1.

¹⁶ *Ibid.*, 17-35.

¹⁷ เช่น ข้อ 3(2) สนธิสัญญาระหว่างไทยและเยอรมนีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน คริสต์ศักราช 2002

¹⁸ “fair and equitable treatment in accordance with international law” เช่น ข้อ 3(2) สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างโครเอเชียและโอมาน คริสต์ศักราช 2004

¹⁹ “fair and equitable treatment ... and in no case accord treatment less favorable than that required by international law” เช่น ข้อ 2(3)(a) สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างบาร์เรนและสหรัฐอเมริกา คริสต์ศักราช 1999

²⁰ “treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment” เช่น ข้อ 1105(1) NAFTA.

²¹ *Azurix Corp v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para 364; *Saluka Investments BV v The Czech Republic*, UNCITRAL, 17 March 2006 (*Saluka v Czech Republic*), para 291. *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 17 January 2007, para 299; Andrew Newcombe and Lluís Paradel, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Wolters Kluwer, 2009), 272; Katia Yannaca-Small, “Standards of Investment Protection,” in *Standards of Investment Protection*, ed. August Reinisch (Oxford University Press, 2008), 117. (Small ตั้งข้อสังเกตว่า ความจริงแล้วข้อบทที่อ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ หรือไม่อ้างถึงมาตรฐานดังกล่าวไม่มีความต่างกันอย่างไรมีนัยสำคัญ เพราะมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอาจพัฒนาเปลี่ยนแปลงไป (evolutionary character) และเนื้อหาของมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายจารีตประเพณีอาจได้รับอิทธิพลจากแนวปฏิบัติในการตีความข้อบทว่าด้วยการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม)

แต่ยังครอบคลุมการให้ความคุ้มครองการลงทุนจากการกระทำตามอำเภอใจ (arbitrary action) การเลือกปฏิบัติ (discriminatory action) การปฏิเสธกระบวนการอันชอบธรรม (due process of law)²² และการคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุน (protection of investors' legitimate expectation) ดังนั้น การคุ้มครองภายใต้ข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมจึงมีขอบเขตที่กว้างกว่าการปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice) ซึ่งเป็นพันธกรณีที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น แม้ว่ารัฐจะไม่ได้กระทำการที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม ก็ยังอาจละเมิดข้อบทการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมได้หากการกระทำนั้นขัดต่อหลักการอื่นที่เป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม

นักลงทุนอาจกล่าวหาว่าการกระทำของศาลละเมิดพันธกรณีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม เช่น กรณีที่กระบวนการในศาลไม่เป็นไปตามหลักศุนยัตินิติกระบวนการ (due process) เพราะนักลงทุนไม่ได้รับแจ้งเกี่ยวกับกระบวนการทางศาลที่ตนเป็นคู่กรณี ศาลไม่อนุญาตให้ที่ปรึกษากฎหมายของนักลงทุนตรวจสอบรายงานในนามของนักลงทุน²³ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่ศาลภายในมีคำพิพากษาที่แตกต่างจากแนวคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ ไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจจึงละเมิดพันธกรณีในการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมเสมอไป เพราะความแตกต่างในการตีความกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงคาดหมายได้ในการกระบวนการศาล ซึ่งอาจเป็นผลมาจากพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันในแต่ละคดี ดังนั้น ความไม่สอดคล้องกันของแนวคำพิพากษาโดยลำพังแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจ²⁴ นอกจากนี้ นักลงทุนอาจกล่าวอ้างว่าการกระทำของศาลไม่เป็นไปตามองค์ประกอบอื่นของการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม กรณีที่มีประเด็นที่น่าสนใจซึ่งสมควรศึกษาวิเคราะห์โดยละเอียด ได้แก่ การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน การคุ้มครองนักลงทุนจากการปฏิเสธความยุติธรรม

- การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน (*Protection of investors' legitimate expectation*)

ตามแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ การคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม²⁵ คณะอนุญาโตตุลาการได้นำหลักการดังกล่าวไปใช้ในลักษณะที่ต่างกัน *ลักษณะแรก* คือ การคุ้มครองความคาดหวังในความมั่นคงและ

²² *Waste Management Inc v. Mexico (No 2)*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, Award, 30 April 2004 (*Waste Management v Mexico II*), para 98.

²³ Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 35; *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award, 1 July 2012 (*Swisslion v. FYROM*), paras 293, 300; *Waste Management v. Mexico II*, para 98.

²⁴ *Eli Lilly v. Canada*, para 421.

²⁵ *Tenicas Medioambientales Tecmed SA v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 29 May 2003 (*Tecmed v. Mexico*), para 154; *Waste Management v. Mexico*, para 98; *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2007 (*Waste Management v. Mexico*), para 183.

คาดหมายได้ในกรอบทางกฎหมายของการลงทุน รัฐจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในในลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อการลงทุน²⁶ ส่งผลให้การเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในในลักษณะที่ทำให้ผลกระทบต่อการลงทุนอาจเป็นการละเมิดพันธกรณีในการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมได้ *ลักษณะที่สอง* เป็นการคุ้มครองในลักษณะที่แคบกว่าลักษณะแรก กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนอันเกิดจากความเชื่อมั่น (reliance) ในการกระทำบางอย่างของรัฐ กล่าวคือ นักลงทุนจะต้องอ้างว่ามีกระทำโดยเฉพาะเจาะจงของรัฐที่ก่อให้เกิดความคาดหวังของนักลงทุน การแสดงออกของรัฐที่ให้แก่นักลงทุนในเวลาที่ทำการลงทุนจะต้องมีความเฉพาะเจาะจง ไม่คลุมเครือ แล้วนักลงทุนทำการลงทุนโดยเชื่อในการแสดงออกดังกล่าว ทั้งนี้ การแสดงออกของรัฐต้องทำกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ อาจอยู่ในรูปของใบอนุญาต การให้คำมั่น คำรับรอง หรือการให้ความเห็นอย่างเป็นทางการ²⁷ แต่ความคาดหวังของนักลงทุนจะต้องชอบธรรมด้วย ต้องสมเหตุสมผล และอธิบายได้²⁸ ในการพิจารณาว่าความคาดหวังของนักลงทุนชอบธรรมหรือไม่ จะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครองความมั่นคงและแน่นอนของการลงทุนและประโยชน์ของรัฐในการกำกับดูแลการลงทุนด้วย²⁹ คณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ไม่ได้ปรับใช้หลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมในลักษณะที่ให้ความคุ้มครองความมั่นคงและคาดหมายได้ของการลงทุนอย่างเป็นเอกเทศ เนื่องจากในคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวถึงการให้ความมั่นคงและคาดหมายได้ของการลงทุนนั้น มักจะมีข้อเท็จจริงด้วยว่ารัฐได้แสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงซึ่งนักลงทุนอ้างได้ว่าการลงทุนโดยเชื่อในการแสดงออกดังกล่าว หากไม่มีการแสดงออกหรือคำรับรองโดยเฉพาะเจาะจงของรัฐแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะเห็นว่านักลงทุนไม่อาจอ้างความคาดหวังอันชอบธรรมได้ว่าการรอบทางกฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง トラบใดที่ไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างมากหรือไม่ได้เกินขอบอำนาจของรัฐในการออกกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะรัฐ³⁰ แม้ว่านักลงทุนจะได้รับผลกระทบก็ไม่อาจอ้างว่ารัฐไม่ให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม

เมื่อนำหลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมาใช้กับการกระทำทางตุลาการมีปัญหาว่านักลงทุนจะสามารถอ้างความคาดหวังผลของคดีหรือการตีความอย่างใดอย่างหนึ่งจากแนวคำตัดสินของศาลในคดีก่อนได้หรือไม่ ในคดี *Eli Lilly v. Canada* ซึ่งเกี่ยวกับกรณีศาลแคนาดา

²⁶ *CMS Gas Transmission Co v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para 274; *Occidental Exploration and Production Co v. Ecuador*, LCIA No. UN 3467, Final Award, 1 July 2004.

²⁷ *Waste Management v. Mexico*, para 98; *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Award, 26 January 2006, para 147, *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para 148; *Manchester Securities*, paras 495-496.

²⁸ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para 304.

²⁹ *Saluka v Czech Republic*, para 305; Andrew Newcombe and Lluís Paradel, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Wolters Kluwer, 2009), 280–86. นอกจากนี้ โปรดดู โชติกา วิทยารากุล, “การคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุน,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 45, ฉบับที่ 1 (2559): 115-144; Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance* (Cambridge University Press, 2019).

³⁰ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, para 423; *Saluka v. Czech Republic*, paras 305-06.

เพิกถอนสิทธิยาเนื่องจากการจดสิทธิบัตรไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในกฎหมายสิทธิบัตรแคนาดาที่ว่า สิ่งประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรจะต้องมีรรถประโยชน์ (utility requirement)³¹ ผู้ร้องจึงกล่าวหาว่าแคนาดาละเมิดพันธกรณีภายใต้ NAFTA หลายข้อรวมทั้งข้อ 1105 ที่กำหนดให้รัฐต้องให้การปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำซึ่งรวมถึงการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม โดยอ้างว่า ผู้ร้องมีความคาดหวังอันเกิดจากแนวคำพิพากษาที่ตีความข้อกำหนดเรื่องอรรถประโยชน์ในกฎหมายสิทธิบัตรของแคนาดา และอ้างว่าได้เชื่อถือ (relied on) แนวทางการตีความข้อกำหนดอรรถประโยชน์แบบดั้งเดิม หรือที่เรียกว่า “traditional utility requirement” ในการพัฒนายาเพื่อจะได้รับสิทธิบัตรในประเทศแคนาดา อ้างว่าโอกาสที่จะได้สิทธิบัตรเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้ร้องตัดสินใจที่จะเปิดตัวยาดังกล่าวในประเทศแคนาดา³² นอกจากนี้ ยังอ้างด้วยว่า แคนาดาได้ให้คำมั่นเฉพาะเจาะจง (specific commitment) แก่ผู้ร้องเกี่ยวกับสิทธิบัตรยาทั้งสองรายการของผู้ร้อง³³ เนื่องจากมาตรฐานสิทธิบัตรเป็นกฎระเบียบทางเทคนิคซึ่งใช้กับผลิตภัณฑ์เฉพาะกลุ่ม และผู้ร้องได้ให้คำมั่นโดยเฉพาะเจาะจงแก่ผู้ร้องโดยการออกสิทธิบัตรสำหรับยาทั้งสองรายการ จึงเป็นการให้หลักประกันแก่ผู้ร้องว่าจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะผลิตใช้ และขายนวัตกรรมได้ตลอดอายุสิทธิบัตร

คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของผู้ร้อง โดยเห็นว่าผู้ร้องควรจะคาดหมายได้ว่า กฎหมายอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา และเป็นเรื่องปกติของการพิจารณาพิพากษาคดี หากการเปลี่ยนแปลงเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล (reasonable measure of change and development)³⁴ กรณีที่ถือว่ารัฐไม่คุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนจะต้องเป็นกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาไปจากเดิมอย่างมาก (dramatic change) แต่ในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า แนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องประโยชน์ได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างค่อยเป็นค่อยไป อีกทั้งองค์ประกอบของหลัก promise utility ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าเป็นหลักการใหม่ที่แตกต่างไปจากแนวคำพิพากษาเดิมนั้นได้มีรากฐานอยู่แล้วในกฎหมายแคนาดา จึงไม่อาจกล่าวได้ว่ามีการเปลี่ยนแปลงรากฐานหรือมีการเปลี่ยนแปลงอย่างมาก (fundamental or dramatic change) ในกฎหมายสิทธิบัตรของแคนาดา³⁵ ในประเด็นที่ผู้ร้องกล่าวหาว่า แนวคำพิพากษาของศาลแคนาดาเกี่ยวกับระยะเวลาในการยื่นหลักฐานสนับสนุนคำขอจดสิทธิบัตรเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่ให้ผู้ขอสามารถยื่นหลักฐานหลังจากยื่นคำขอได้ (post-filing) นั้น คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า คำพิพากษาของศาลไม่ได้กลับแนวคำพิพากษาในคดีก่อนอย่างสิ้นเชิงและอย่างน่าประหลาดใจ (complete and surprising reversal from prior law)³⁶ แม้ว่าแนวคำพิพากษาของศาลอาจจะไม่ตรงกับความคาดหมายของนักกฎหมายหรือแม้กระทั่งผู้พิพากษาที่เข้าใจว่าแนวคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนอนุญาตให้มี post filing ได้ แต่เห็นว่ายังไม่อาจถือได้ว่ามีการเปลี่ยนแปลง

³¹ *Eli Lilly v. Canada*, para 5.

³² *Ibid.*, paras 261-63.

³³ *Ibid.*, para 264.

³⁴ *Ibid.*, para 384.

³⁵ *Ibid.*, para 386.

³⁶ *Ibid.*, para 332.

แบบ dramatic change³⁷ ดังนั้น จากคดี *Eli Lilly v. Canada* นี้หากนักลงทุนจะอ้างความคาดหวังจากแนวคำพิพากษาของศาล การเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาจากแนวเดิมจะต้องเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการตีความถ้อยคำในกฎหมายที่มีแนวทางการตีความแตกต่างกันซึ่งเป็นที่รู้จักอยู่แล้ว การที่ศาลมีคำพิพากษาตามแนวความเห็นแตกต่างจากแนวคำพิพากษาในคดีก่อน ก็ไม่ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแนวคำพิพากษาที่ถึงกับมีลักษณะเปลี่ยนแปลงอย่างมาก

- การคุ้มครองนักลงทุนจากการปฏิเสธความยุติธรรม (*denial of justice*)

การปฏิเสธความยุติธรรม เป็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำต่อคนต่างด้าวอันเกิดจากความบกพร่องของรัฐเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวก เช่น กรณีที่มีการปฏิเสธการเข้าถึงกระบวนการศาล หรือกรณีที่กระบวนการพิจารณาของศาลเป็นไปอย่างไม่ยุติธรรม ผู้พิพากษาไม่เป็นกลาง คู่ความไม่ได้รับสิทธิในการต่อสู้คดี การปฏิเสธความยุติธรรมไม่เพียงแต่ครอบคลุมความบกพร่องในเชิงกระบวนการเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความบกพร่องในเชิงเนื้อหา (*substantive deficiencies*) ด้วย³⁸ ดังนั้น คำพิพากษาของศาลหากมีความบกพร่องอย่างร้ายแรงก็อาจเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมได้ เช่น กรณีที่คำพิพากษาของศาลเป็นไปตามอำเภอใจอย่างชัดแจ้ง³⁹ อย่างไรก็ตาม การปฏิเสธความยุติธรรมนั้นจะต้องเป็นผลจากความล้มเหลวของระบบยุติธรรมทั้งระบบ⁴⁰

ในการพิจารณาว่าระบบยุติธรรมของรัฐมีความบกพร่องถึงขนาดที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่เช่นศาลอุทธรณ์ที่จะพิจารณาความถูกต้องของคำพิพากษาของศาลภายใน⁴¹ แต่ต้องพิจารณาตามมาตรฐานทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับสำหรับการบริหารจัดการกระบวนการยุติธรรม (*generally accepted standards of the administration of justice*) โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงทั้งหลายว่าการตัดสินใจของศาลไม่เหมาะสมอย่างชัดแจ้งหรือไม่น่าเชื่อถือหรือไม่⁴² กรณีที่จะถือว่ารรัฐได้ปฏิเสธความยุติธรรมต้องผ่านเกณฑ์การพิจารณาที่สูง (*high threshold*) แม้ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าศาลมีเจตนาทุจริต แต่ต้องแสดงให้เห็นว่ามีข้อบกพร่องหรือการกระทำที่ร้ายแรงมากจนสร้างความกังขาในความเหมาะสมของการกระทำทางตุลาการ (*judicial propriety*)⁴³ การตัดสินใจของศาลจะต้องถึงขนาดที่ไม่ฐานทางกฎหมายรองรับ อันส่งผลให้คำพิพากษาเป็นการตัดสินใจตามอำเภอใจหรือจงใจก่อให้เกิดความเสียหาย⁴⁴ หรือกรณีที่ศาลตัดสินตามอำเภอใจและเลือกปฏิบัติทำให้เกิดผลร้ายแก่

³⁷ *Ibid.*, para 337.

³⁸ *Infinito Gold Ltd v. Costa Rica*, ICSID Case No ARB/14/5, Award, 3 June 2021 (*Infinito Gold v. Costa Rica*), para 445.

³⁹ *Azinian v. Mexico*, paras 102-03; *Infinito Gold v. Costa Rica*, para 445.

⁴⁰ *Infinito Gold v. Costa Rica*, para 445.

⁴¹ *Azinian v. Mexico*, para 99.

⁴² *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002 (*Mondev v. USA*), para 127.

⁴³ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Republic of Ecuador (I)*, PCA Case No. 2007-02/AA277, Partial Award on Merits, 30 March 2010, para 244.

⁴⁴ *Azinian v. Mexico*, para 105.

นักลงทุน⁴⁵ การที่ศาลเพียงแต่ตีความกฎหมายภายในผิดพลาดยังไม่พอที่จะถือว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมเว้นแต่ความผิดพลาดนั้นเป็นประเภทที่ไม่มีผู้พิพากษาคนใดพึงกระทำ⁴⁶ นอกจากนี้ หากศาลทำคำพิพากษาโดยให้เหตุผลประกอบอย่างสมเหตุสมผล แม้ว่าศาลในรัฐอื่นอาจตัดสินแตกต่างจากคำพิพากษาดังกล่าว ก็ยังไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าการปฏิเสธความยุติธรรม⁴⁷ ในกรณีนี้นักลงทุนกล่าวอ้างความบกพร่องด้านกระบวนการ (procedural error) ความบกพร่องที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมนั้นจะต้องถึงขนาดที่ขัดต่อหลักศุนีติกระบวนการทางชัดเจน (manifest disrespect of due process) หากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างล่าช้า แต่นักลงทุนไม่ได้ถูกกีดกันในการยื่นอุทธรณ์และแสดงข้อต่อสู้ และศาลได้ให้เวลาตามความจำเป็นในการพิจารณาคำร้องและทำคำตัดสินโดยให้เหตุผลประกอบ หากไม่ปรากฏว่าศาลมีอคติ ไม่เป็นกลาง กรณีนี้ยังไม่อาจถือได้ว่ารัฐได้ปฏิเสธความยุติธรรม⁴⁸

ในการพิจารณาว่ารัฐได้ปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่นั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเรื่องความสมบูรณ์ของการละเมิดพันธกรณี (completion of breach) แม้ว่านักลงทุนสามารถฟ้องคดีอนุญาโตตุลาการตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้โดยไม่ต้องใช้ทางเยียวยาตามกฎหมายภายในจนหมดสิ้นเสียก่อนก็ตาม แต่การใช้ทางเยียวยาตามกฎหมายภายในจนหมดสิ้นเป็นเงื่อนไขเชิงสาระัตถะ (substantive requirement) ของการปฏิเสธความยุติธรรม นักลงทุนไม่อาจอ้างว่ามีการปฏิเสธความยุติธรรมได้ตราบใดที่ยังคงมีทางเยียวยาในระบบกฎหมายภายในที่ยังสามารถแก้ไขการกระทำที่บกพร่องได้⁴⁹ ดังนั้น จะถือว่ารรัฐละเมิดพันธกรณีดังกล่าวก็ต่อเมื่อไม่มีทางเยียวยาตามระบบกฎหมายภายในแล้ว ซึ่งถือว่ารระบบยุติธรรมของรัฐล้มเหลวในการอำนวยความสะดวกด้วยเหตุนี้ ผลสุดท้ายของกระบวนการยุติธรรมเท่านั้นเป็นฐานในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบเนื่องจากการปฏิเสธความยุติธรรมได้ ความบกพร่องในกระบวนการยุติธรรมที่ยังคงสามารถอุทธรณ์ได้ยังไม่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม⁵⁰

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีนักลงทุนไม่ต้องใช้ทางเยียวยาจนหมดสิ้นก็ถือว่ามี การปฏิเสธความยุติธรรมแล้ว ข้อ 15 ของ ILC's Draft Articles on Diplomatic Protection ได้กำหนดสถานการณ์ซึ่งผู้เสียหายไม่ต้องใช้ทางเยียวยาจนหมดสิ้นก่อนที่จะขอให้รัฐเจ้าของสัญชาติให้ความคุ้มครองทางทูตไว้หลายกรณีด้วยกัน ซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับเงื่อนไขในเชิงสาระัตถะของการปฏิเสธความยุติธรรมได้ เช่น กรณีที่ไม่มีทางเยียวยาภายในอย่างสมเหตุสมผลที่จะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องอย่างมีประสิทธิภาพ หรือทางเยียวยาภายในไม่มีความเป็นไปได้ที่จะแก้ไขข้อบกพร่อง หรือในกรณีที่มีความล่าช้าในกระบวนการเยียวยาซึ่งมีเหตุมาจากความรับผิดชอบของรัฐ หรือกรณีที่ทางเยียวยาไม่อาจเป็นไปได้ที่จะแก้ไขข้อบกพร่อง และกรณี

⁴⁵ *Manchester Securities Corp v Republic of Poland*, UNCITRAL Arbitration, Award, 7 December 2018, paras 444-45, 466-68.

⁴⁶ *Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/09/5, Award, 17 August 2012, para 432.

⁴⁷ *Arif v. Moldova*, paras 452-54.

⁴⁸ *Ibid.*, paras 448-49.

⁴⁹ Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 81-82.

⁵⁰ *Ibid.*, 83.

ที่ผู้เสียหายไม่ได้รับโอกาสที่จะใช้ทางเยียวยาภายใน⁵¹ กรณีที่เป็นปัญหาในการตีความค่อนข้างมาก ได้แก่ กรณีที่ไม่มีทางเยียวยาในระบบกฎหมายภายในที่จะแก้ไขข้อบกพร่องอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งตามข้อ 15(a) ของ ILC's Draft Article on Diplomatic Protection ให้พิจารณาว่ามีทางเยียวยาที่สมเหตุสมผลอยู่ซึ่งสามารถให้การเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ถูกปรับใช้ในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน⁵² ในคดี *Loewen v. USA* คณะอนุญาโตตุลาการได้ยอมรับข้อพิจารณาด้านเศรษฐกิจและการเงิน โดยเห็นว่าการพิจารณาว่าผู้เสียหายได้ใช้ทางเยียวยาในระบบกฎหมายภายในจนหมดสิ้นหรือไม่ ต้องคำนึงถึงภาระทางการเงินที่ผู้เสียหายจะต้องแบกรับหากจะต้องถูกกำหนดให้ต้องใช้ทางเยียวยาภายในเสียก่อน หากการใช้ทางเยียวยาที่มีอยู่นั้นทำให้ผู้ร้องต้องรับภาระทางการเงินอย่างมากอาจถือได้ว่ารัฐไม่เปิดโอกาสให้ผู้ร้องได้รับการเยียวยา⁵³ ด้วยเหตุนี้ การเยียวยาอาจไม่มีประสิทธิภาพหากทางเยียวยาดังกล่าวไม่อาจปฏิบัติได้ (impractical) การพิจารณาความมีอยู่ (availability) และความเป็นไปได้ (possibility) ในการให้การเยียวยาที่มีประสิทธิภาพจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องรวมถึงข้อพิจารณาทางเศรษฐกิจและการเงินด้วย⁵⁴

3.2 การจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ (*effective means of asserting claims and enforcing rights*)

พันธกรณีการจัดให้มีกลไกสำหรับอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพพบได้ไม่บ่อยนักในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ข้อบทเกี่ยวกับพันธกรณีดังกล่าวปรากฏในความตกลงฯ บางฉบับ เช่น ข้อ 10 (12) ของสนธิสัญญาภาคีการลงทุน⁵⁵ ข้อ II (7) ของสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับเอกวาดอร์⁵⁶ ถึงแม้ว่าความตกลงฯ จะไม่มี

⁵¹ International Law Commission (ILC)'s Draft Articles on Diplomatic Protection:

Article 15 Exceptions to the local remedies rule Local remedies do not need to be exhausted where:

(a) there are no reasonably available local remedies to provide effective redress, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress;

(b) there is undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible;

(c) there was no relevant connection between the injured person and the State alleged to be responsible at the date of injury;

(d) the injured person is manifestly precluded from pursuing local remedies; or

(e) the State alleged to be responsible has waived the requirement that local remedies be exhausted.

⁵² *Pantechniki SA Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 3 July 2009, para 102.

⁵³ *Loewen Group, Inc. and Raymond L Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, para 170.

⁵⁴ Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 98.

⁵⁵ Energy Charter Treaty, dated 17 December 1994, entered into force 16 April 1998.

⁵⁶ Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, dated 27 August 1993, entered into force 11 May 1997, terminated 18 May 2018.

ข้อบทนี้ก็ตาม นักลงทุนอาจได้รับความคุ้มครองภายใต้ข้อบทดังกล่าวโดยอาศัยข้อบทว่าด้วยการประติบัติเยี่ยงที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured-nation treatment: MFN) โดยอ้างว่าการลงทุนจะต้องได้รับความคุ้มครองไม่ต้อยกว่าการลงทุนของนักลงทุนจากรัฐที่สามซึ่งทำความตกลงฯ กับรัฐผู้รับการลงทุน และความตกลงดังกล่าวมีข้อบทว่าด้วยการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ⁵⁷

พันธกรณีว่าด้วยการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพสำหรับกรกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธินี้เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการเป็นหลักซึ่งต่างจากพันธกรณีอื่น ๆ พันธกรณีนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้หลักประกันแก่นักลงทุนในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในรัฐผู้รับการลงทุน⁵⁸ ปัญหาที่เป็นที่ถกเถียงกันในการตีความและปรับใช้พันธกรณีนี้ประการหนึ่งได้แก่ ประเด็นที่ว่า การพิจารณา “ความมีประสิทธิภาพ” ของกลไกในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ จะพิจารณาอย่างเป็นระบบหรือพิจารณาการใช้กลไกในแต่ละกรณี คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *AMTO v. Ukraine* เห็นว่าการพิจารณาประสิทธิภาพจะต้องพิจารณาเป็นระบบ (systematic) กล่าวคือ รัฐจะต้องจัดให้มีกรอบหรือระบบสำหรับการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพ ความบกพร่องในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยลำพังแล้วไม่อาจถือเป็นการละเมิดพันธกรณีนี้ได้⁵⁹ ในขณะที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Chevron v. Ecuador I* เห็นว่าต้องพิจารณาประสิทธิภาพของระบบในแต่ละกรณีด้วย ความล้มเหลวของระบบในการอำนวยความสะดวกเฉพาะกรณีอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐได้เช่นกัน⁶⁰

พันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการพิจารณาข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธินั้นส่งผลให้รัฐไม่เพียงแต่ต้องไม่แทรกแซงในกระบวนการศาลเท่านั้น แต่ต้องจัดให้มีกลไกพิจารณาข้อเรียกร้องของนักลงทุนโดยไม่ล่าช้าเกินควรด้วย⁶¹ ในการพิจารณาเวลาว่ากระบวนการพิจารณาล่าช้าเกินสมควรหรือไม่ต้องคำนึงถึงสถานการณ์แวดล้อมในแต่ละกรณี ไม่ว่าจะเป็นความซับซ้อนของคดี พฤติกรรมของคู่ความ ความสำคัญของประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งพฤติกรรมของศาลเองด้วย⁶² หากไม่ปรากฏว่าการพิจารณาคดีไม่เป็นธรรมหรือมีอคติ แม้ว่าผลการพิจารณาคดีจะเป็นโทษต่อผู้ฟ้อง ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการพิจารณาอย่างไม่เป็นธรรมเสมอไป⁶³

⁵⁷ ตัวอย่างเช่น ในคดี *White Industries v. India* นักลงทุนอ้างข้อบท MFN ที่ปรากฏในสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างออสเตรเลียและอินเดีย ข้อ 4(2) เพื่ออ้างว่าตนจะต้องได้รับการคุ้มครองตามข้อบทว่าด้วยการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการบังคับตามสิทธิเรียกร้องที่ปรากฏในข้อ 4(5) ของสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอินเดียและคูเวต

⁵⁸ Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 40.

⁵⁹ *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008, para 88.

⁶⁰ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Republic of Ecuador (I)*, PCA Case No. 2007-02/AA277 (*Chevron v. Ecuador I*), Partial Award on Merits, 30 March 2010, paras 246-47.

⁶¹ Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 41.

⁶² *Chevron v. Ecuador I*, para 250

⁶³ *Stati v. Kazakhstan*, paras 1226.

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างพันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิกับการคุ้มครองนักลงทุนจากการปฏิเสธความยุติธรรม คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นนี้แบ่งเป็นสองแนวทาง แนวทางแรก เห็นว่าการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิกับการไม่ปฏิเสธความยุติธรรมต่างก็เป็นพันธกรณีที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเช่นเดียวกัน การจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิจึงเป็นส่วนหนึ่งของหลักประกันการปฏิเสธความยุติธรรมซึ่งเป็นหลักประกันที่กว้างกว่า⁶⁴ แนวทางที่สอง เห็นว่าพันธกรณีในการจัดกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธินั้นเป็นพันธกรณีเฉพาะ หรือ *lex specialis*⁶⁵ โดยเห็นว่า พันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดของรัฐต่ำกว่ากรณีการปฏิเสธความยุติธรรม กล่าวคือ กรณีที่จะถือว่ารัฐปฏิเสธความยุติธรรมนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีการกระทำของรัฐมีลักษณะร้ายแรง (egregious conduct) ศาลภายในอาจล้มเหลวในการบังคับตามสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพ แต่การกระทำดังกล่าวอาจไม่ถึงขนาดที่จะถือว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม⁶⁶

ปัญหาว่ารัฐเกิดความรับผิดตามพันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิเมื่อใด แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่าแม้นักลงทุนไม่จำเป็นต้องใช้ทางเยียวยาจนหมดสิ้นเสียก่อน (exhausted local remedies) แต่นักลงทุนจะต้องใช้ทางเยียวยาทั้งหมดที่มีเพื่อให้มีการแก้ไขความผิดพลาดที่กล่าวอ้างด้วย⁶⁷ ถึงแม้ว่าโอกาสจะประสบความสำเร็จจะน้อยก็ตาม⁶⁸ เพื่อว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะได้ประเมินความมีประสิทธิภาพของกลไกได้ มิฉะนั้นอาจถือไม่ได้ว่าเป็นความล้มเหลวของรัฐในการจัดให้มีกลไกในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิที่มีประสิทธิภาพ⁶⁹

⁶⁴ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, para 391.

⁶⁵ *Chevron v. Ecuador I*, para 242.

⁶⁶ *Ibid.*, para 244; *White Industries v. India*, para 11.3.2.

⁶⁷ *Chevron v. Ecuador (I)*, para 326.

⁶⁸ *Ibid.*; *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan (I)*, SCC Case No. V. 116/2010, Award, 19 December 2013, para 1217.

⁶⁹ Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 112; *White Industry v. India*, paras 11.4.10-14.

3.3 การคุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Prohibition of Unlawful Expropriation)

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมักจะให้ความคุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืน โดยกำหนดห้ามมิให้รัฐเวนคืนการลงทุนไม่ว่าทางตรงหรือโดยมาตรการที่มีผลเทียบได้กับการเวนคืน หรือที่เรียกว่าการเวนคืนโดยอ้อม (indirect expropriation)⁷⁰ เว้นแต่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่เลือกปฏิบัติ เป็นไปตามหลักศุนษนิตีกระบวน และต้องให้ค่าชดเชยอย่างทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ⁷¹ การกระทำทางตุลาการอาจเป็นการเวนคืนได้ โดยอาจเป็นการเวนคืนโดยลำพัง หรือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำหลาย ๆ การกระทำโดยองค์กรอื่นของรัฐที่เมื่อพิจารณารวมกันแล้วเป็นการเวนคืน สารสำคัญของ การพิจารณาว่ามีการเวนคืนหรือไม่ นั้นไม่ใช่รูปแบบของการกระทำหรือตัวองค์กรของรัฐผู้กระทำ⁷² การกระทำทางตุลาการที่อาจเป็นการเวนคืน ตัวอย่างเช่น การที่ศาลเพิกถอนสิทธิในความเป็นเจ้าของ (ownership rights) ของนักลงทุนที่มีในวิสาหกิจ หรือการกระบวนพิจารณาคดีภาษีที่ไม่เป็นกลางและเลือกปฏิบัติซึ่งเมื่อรวมกับการกระทำอื่น ๆ ของรัฐแล้วถึงขนาดที่ทำให้การลงทุนสูญเสียทรัพย์สิน⁷³ แต่การที่ศาลมีคำสั่งอายัดทรัพย์สินของนักลงทุนเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับชำระค่าปรับที่เกิดจากความล่าช้า (delay penalties) ซึ่งไม่ได้เกินความจำเป็นเมื่อเปรียบเทียบระหว่างจำนวนค่าปรับกับมูลค่าของทรัพย์สิน ที่ถูกอายัดไม่ถือว่าเป็นการเวนคืน⁷⁴

การพิจารณาว่าการกระทำทางตุลาการเป็นการเวนคืนหรือไม่มีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกำหนดให้นักลงทุนสามารถใช้กลไกการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการเฉพาะในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืนเท่านั้น นักลงทุนไม่อาจขอให้คณะ อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่ารัฐได้ละเมิดข้อบทการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมหรือข้อบทว่าด้วยการ จัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิได้ ปัญหาในการพิจารณา การกระทำทางตุลาการภายใต้ข้อบทเรื่องการเวนคืนมีหลายประการ

⁷⁰ การเวนคืนโดยตรง หมายถึง กรณีที่รัฐยึดเอาทรัพย์สิน (“outright taking”) ที่เป็นการลงทุนของนักลงทุนซึ่งได้รับการ คุ้มครองตามความตกลงฯ ซึ่งมักจะมีการโอนกรรมสิทธิในทรัพย์สินมาเป็นรัฐหรือบุคคลที่สาม ในขณะที่การเวนคืนโดยอ้อม หมายถึง การกระทำใด ๆ ของรัฐซึ่งอาจเป็นการกระทำเดียวหรือหลายการกระทำซึ่งเป็นการแทรกแซงอย่างไม่สมเหตุผล (unreasonable interference) การใช้การได้รับประโยชน์หรือการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน โปรดดู A. K. Hoffmann, “Indirect Expropriation,” in *Standards of Investment Protection*, ed. August Reinisch (Oxford University Press, 2008), 152–55.

⁷¹ ตัวอย่างเช่น ข้อ 14 ASEAN Comprehensive Investment Agreement 2009. นอกจากนี้ โปรดดู August Reinisch, “Legality of Expropriations” in *Standards of Investment Protection*, ed. August Reinisch (Oxford University Press, 2008), 171–204.

⁷² Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 51.

⁷³ Ibid., 51–52. Johanne M. Cox, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration* (Oxford University Press, 2019), 238–53.

⁷⁴ *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Award, 8 March 2016, paras 371–75.

ประการที่หนึ่ง คือ การพิจารณาว่ากระทำทางตุลาการเป็นการเวนคืนหรือไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร หลักเกณฑ์ประการสำคัญในการพิจารณาการกระทำที่เป็นการเวนคืนโดยอ้อมก็คือ ความร้ายแรงหรือความสำคัญของผลกระทบของการกระทำ (effect) ต่อการที่เจ้าของจะใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สิน หลักเกณฑ์นี้มักถูกเรียกว่า “sole-effect doctrine”⁷⁵ กรณีที่เข้าข่ายเป็นการเวนคืนโดยอ้อมนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีการพรากไปอย่างมีนัยสำคัญ (substantial deprivation) ซึ่งสิทธิของนักลงทุนในการที่จะใช้หรือได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากทรัพย์สิน⁷⁶ ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาว่าการกระทำทางตุลาการเป็นการเวนคืนหรือไม่ จึงต้องพิจารณาผลกระทบของการกระทำดังกล่าวว่ามีผลทำให้การลงทุนสูญเสียมูลค่าอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่

ประเด็นปัญหาประการที่สอง ก็คือ ปัญหาที่ว่าความชอบด้วยกฎหมายหรือความเหมาะสม (propriety) ของการกระทำทางตุลาการมีผลต่อการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเวนคืนหรือไม่ อย่างไร โดยหลักแล้วความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐไม่ใช่ข้อพิจารณาในการตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเวนคืนหรือไม่ เนื่องจากหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมดังกล่าวมาข้างต้นก็คือ ผลกระทบของการกระทำ⁷⁷ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่าการกระทำทางตุลาการเป็นการเวนคืนหรือไม่นั้น อาจต้องมีการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำด้วย เนื่องจากการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของศาลอาจเกี่ยวข้องกับการตัดสินความมีอยู่ของสิทธิของนักลงทุน ต่อเมื่อนักลงทุนมีสิทธิเท่านั้นที่จะมีการสูญเสียสิทธิที่จะอ้างได้ว่าการเวนคืน⁷⁸ เช่น การที่ศาลพิพากษาให้เลิกสัญญาอันเป็นผลมาจากการที่นักลงทุนผิดสัญญา เช่นนี้ไม่อาจถือได้เป็นการเวนคืน⁷⁹

⁷⁵ Hoffmann, “Indirect Expropriation,” 156.

⁷⁶ *Pope Talbot v. Canada*, Interim Award 26 June 2000, para 102; *Metaclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000 (*Metaclad v. Mexico*), para, 103. *Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB.04/15, Award, 13 September 2006, paras 64-65. *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/01, Award, 7 December 2011, para 328.

⁷⁷ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, paras 71-72. สำหรับความเป็นมาของ sole-effect doctrine โปรดดู Sebastián López Escarcena, “Expropriation, Indirect,” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, eds. Anne Peters and Rüdiger Wolfrum (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2023), para 56.

อย่างไรก็ดี มีแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งพิจารณาวัตถุประสงค์ของการกระทำของรัฐในการพิจารณาว่าการกระทำเป็นการเวนคืนหรือไม่ ตัวอย่างเช่น *Methanex v. USA* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการกระทำที่เป็นการออกกฎหมายที่ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและเป็นไปตามหลักศุนีติกรบวนไม่ถือได้ว่าเป็นการเวนคืน ดังนี้

as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation (part IV.D para 7).

⁷⁸ Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 54-55.

⁷⁹ *Swisslion v. FYROM*, para 312

ดังนั้น ในการพิจารณาการกระทำของศาลว่าเป็นการเวนคืนหรือไม่ จึงต้องคำนึงถึงบทบาทของศาลภายใน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดสิทธิทางทรัพย์สินของนักลงทุนซึ่งจะได้รับความคุ้มครองภายใต้ความตกลงฯ ด้วย จึงมีแนวคิดว่าการวิเคราะห์การกระทำที่เป็นการเวนคืนจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมของการกระทำของศาลประกอบด้วยเพื่อแยกแยะการกระทำของศาลที่ชอบธรรม (legitimate judicial measures) จากกระทำที่เป็นการแทรกแซงเกินสมควรกับสิทธิของนักลงทุน ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการกระทำที่เป็นการเวนคืนโดยการกระทำทางตุลาการ (judicial expropriation) จึงควรแตกต่างจากการเวนคืนอันเกิดจากการกระทำขององค์กรอื่นของรัฐ⁸⁰ แนวคิดนี้ทำให้เกิดคำถามว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการวินิจฉัยความเหมาะสมของการกระทำทางตุลาการ

แนวทางหนึ่งก็คือ การพิจารณาว่าการกระทำมีความบกพร่องร้ายแรงถึงขนาดที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่ ในทางปฏิบัติรัฐผู้ถูกฟ้องคดีมักหยิบยกแนวทางนี้เป็นข้อต่อสู้⁸¹ หากการเวนคืนโดยการกระทำทางตุลาการจะต้องเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมด้วยแล้วก็จะส่งผลให้ต้องนำเงื่อนไขเรื่องการใช้ทางเยียวยาจนหมดสิ้น มาใช้ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นการเวนคืนด้วยในฐานะที่เป็นเงื่อนไขในเชิงสาระ (substantive requirement) เช่นเดียวกับที่ต้องพิจารณาในการวินิจฉัยการปฏิเสธความยุติธรรม และการกระทำทางตุลาการที่จะเป็นการเวนคืนได้จะต้องผ่านเกณฑ์ที่สูงกว่ากรณีที่ใช้กับการกระทำขององค์กรรัฐฝ่ายอื่น ๆ เช่น ต้องเป็นกรณีพิเศษ (exceptional cases) ซึ่งไม่มีศาลใดที่สุจริตและมีความสามารถจะตัดสินในลักษณะที่เช่นนั้น หรือเป็นกรณีที่มีการกระทำตามอำเภอใจอย่างชัดแจ้งและการให้ค่าชดเชยไม่เพียงพออย่างยิ่ง (grossly inadequate)⁸² แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการและความเห็นของนักกฎหมายที่ไม่สนับสนุนแนวคิดดังกล่าว⁸³ ในทางปฏิบัติคณะอนุญาโตตุลาการในหลายคดีได้พิจารณาการกระทำทางตุลาการว่าเป็นการเวนคืนหรือไม่อย่างเป็นเอกเทศโดยไม่ได้พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่⁸⁴

⁸⁰ Vid Prislán, “Judicial Expropriation in International Investment Law,” *International and Comparative Law Quarterly* 70, no. 1 (2021): 167.

⁸¹ *Azinian v. Mexico*; Zachary Douglas, “International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed,” *International and Comparative Law Quarterly* 63, no. 4 (2014): 895.

⁸² Hamid G. Gharavi, “Discord over Judicial Expropriation,” *ICSID Review* 33, no. 2 (2018): 352.

⁸³ เช่น ในคดี *Eli Lilly and Company v. Canada* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการปฏิเสธความยุติธรรมไม่ใช่ฐานทางกฎหมายเดียวที่จะหยิบยกขึ้นกล่าวรัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศอันเกิดจากการกระทำของการกระทำทางตุลาการ *Eli Lilly and Company v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award (16 March 2017), paras 222-23; Gharavi, “Discord over Judicial Expropriation,” 352.

⁸⁴ *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, paras 702-04; *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010, paras 125-28; *Saipem SpA v. People’s Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 9 September 2009, para 181. สำหรับความเห็นทางวิชาการที่ไม่เห็นด้วยกับการนำหลักเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรมมาใช้ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นการเวนคืน โปรดดู Gharavi, “Discord over Judicial Expropriation,” 353.

นอกจากแนวทางแรกที่พิจารณาว่าการกระทำของศาลเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่ ยังมีแนวทางที่สองก็คือ การพิจารณาการกระทำของศาลว่าเป็นไปตามพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ หรือไม่ ซึ่งจะมีปัญหาว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่นหรือไม่⁸⁵ ส่วนแนวทางที่สาม ได้แก่ การพิจารณาว่าการกระทำของศาลเป็นไปตามกฎหมายภายในหรือไม่ แนวทางนี้ทำให้เกิดคำถามเกี่ยวกับความเหมาะสมของการที่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีบทบาทเช่นศาลอุทธรณ์ในการทบทวนความถูกต้องของการใช้กฎหมายภายใน⁸⁶

ปัญหาประการที่สามในการพิจารณาว่าการกระทำของศาลเป็นการเวนคืนหรือไม่ ได้แก่ ปัญหาว่าหากการกระทำที่นักลงทุนกล่าวหาว่าเป็นการเวนคืนเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้น นักลงทุนต้องอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้นหรือไม่ ในคดี *Saipem v. Bangladesh* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า นักลงทุนไม่จำเป็นต้องใช้ทางเยียวยาตามกฎหมายภายในก่อน⁸⁷ อย่างไรก็ตาม การใช้ทางเยียวยาจนหมดสิ้นหรือไม่เป็นข้อพิจารณาหนึ่งในการพิจารณาว่ามีการเวนคืนเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ เนื่องจากมาตรการหรือการกระทำของรัฐที่เป็นการเวนคืนจะต้องเป็นการพรากไปซึ่งสิทธิของนักลงทุนอย่างถาวร (permanent) ไม่อาจเพิกถอนได้ (irreversible)⁸⁸ การกระทำที่พรากไปซึ่งสิทธิเพียงชั่วคราวจึงไม่เป็นการเวนคืน ด้วยเหตุนี้ หากนักลงทุนยังสามารถอุทธรณ์เพื่อให้มีการแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งได้ การละเมิดพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายยังไม่เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์⁸⁹

4. แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ศาลภายในอาจมีบทบาทในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการได้หลายประการด้วยกัน⁹⁰ บทบาทที่สำคัญและอาจส่งผลให้เกิดการละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เช่น การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ (enforcement of arbitral agreements) การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การทำหน้าที่ดังกล่าวอาจกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนและนักลงทุนอาจกล่าวหาว่าการกระทำดังกล่าวละเมิดพันธกรณีของรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้ จากการค้นคว้าโดยใช้ฐานข้อมูล Investment

⁸⁵ Pristan, “Judicial Expropriation in International Investment Law,” 181-84 and 192-94.

⁸⁶ *Ibid.*, 184-87.

⁸⁷ *Saipem S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Final Award, 30 June 2009 (*Saipem v. Bangladesh*), paras 175-76.

⁸⁸ *Tecmed v. Mexico*, para 116.

⁸⁹ Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 104-05.

⁹⁰ สำหรับการศึกษาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนกับศาลภายในกรณีอื่น ๆ รวมถึงกรณีที่ศาลภายในกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โปรดดู Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options* (Springer Open, 2020).

Dispute Settlement Navigator พบว่ามีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ที่เปิดเผยแก่สาธารณะอยู่ด้วยกัน 7 คดี⁹¹ แต่ละคดีมีข้อเท็จจริงและประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญโดยสรุปดังนี้

4.1 *Saipem v. Bangladesh: ศาลไม่ยอมรับความมีอยู่ของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ*

Saipem SpA v. People's Republic of Bangladesh เป็นคดีที่ Saipem นักลงทุนจากประเทศอิตาลีกล่าวหาว่าบังคลาเทศมีการกระทำที่เป็นการเวนคืน ตามข้อ 5 ของสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอิตาลีและบังคลาเทศว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน⁹² เนื่องจากศาลบังคลาเทศไม่ยอมรับความมีอยู่ของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ICC ซึ่งระงับข้อพิพาทตามสัญญาก่อสร้างระบบท่อ (gas pipeline construction contract) ระหว่าง Petrobangla รัฐวิสาหกิจของบังคลาเทศกับ Saipem ด้วยเหตุที่ศาลบังคลาเทศได้มีคำสั่งเพิกถอนอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการไปก่อนแล้ว แต่คณะอนุญาโตตุลาการ ICC ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาจนกระทั่งมีคำชี้ขาดให้ Saipem ชนะคดี และให้ Petrobangla จ่ายค่าเสียหายแก่ Saipem⁹³ Petrobangla ได้ขอให้ศาลบังคลาเทศเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ศาลบังคลาเทศได้ปฏิเสธคำขอของ Petrobangla เพราะเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะตามกฎหมายบังคลาเทศเนื่องจากศาลได้เพิกถอนอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ จึงไม่มีเหตุต้องเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ICC⁹⁴

Saipem ไม่ได้อุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าวแต่ได้เริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาโดยการอนุญาโตตุลาการ ICSID กล่าวหาว่าบังคลาเทศมีการกระทำอันเป็นการพรากไปซึ่งสิทธิของ Saipem ที่จะได้รับชำระหนี้เงินตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ซึ่งเป็นการเวนคืนตามข้อ 5 ของสนธิสัญญา บังคลาเทศต่อสู้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดีนี้เนื่องจาก Saipem ไม่ได้ทำการลงทุนในความหมายของ BIT⁹⁵ คณะอนุญาโตตุลาการ ICSID ปฏิเสธข้อต่อสู้ของรัฐว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจ เนื่องจากเห็นว่าสิทธิที่จะได้รับเงินตามคำชี้ขาดไม่ได้เกิดขึ้นจากคำชี้ขาดแต่เกิดจากสัญญาก่อสร้างซึ่งเป็นการลงทุน คำชี้ขาดเพียงแต่ทำให้สิทธิและหน้าที่ภายใต้สัญญาก่อตัวเป็นรูปร่างขึ้น (“cystallized”) เท่านั้น⁹⁶ และมีคำชี้ขาดว่าการกระทำของศาลบังคลาเทศเป็นการเวนคืนเนื่องจากเป็นการพรากไปอย่างมีนัยสำคัญซึ่งประโยชน์ที่ Saipem จะได้รับตามคำชี้ขาดของ

⁹¹ ข้อมูล ณ วันที่ 15 มิถุนายน 2568

⁹² Agreement between the Government of the Republic of Italy and the Government of the People's Republic of Bangladesh on the Promotion and Protection of Investments, signed 20 March 1990, entered into force 20 September 1994.

⁹³ *Saipem SpA v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 31 March 2007, para 45.

⁹⁴ *Ibid.*, para 50.

⁹⁵ *Ibid.*, para 63.

⁹⁶ *Ibid.*, para 127.

อนุญาโตตุลาการ และเป็นการเอาไปซึ่งสิทธิตามสัญญาอันเกิดขึ้นจากการลงทุนของผู้ร้อง ดังนั้น จึงเป็นการเวนคืนในความหมายของข้อ 5 ของ BIT⁹⁷ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า เนื่องจากการเวนคืนในกรณีนี้เกิดจากการพรากไปซึ่งสิทธิตามสัญญาซึ่งได้ก่อตัวขึ้นในรูปคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ดังนั้น จึงเห็นว่าค่าชดเชยที่ผู้ร้องมีสิทธิได้รับมีมูลค่าเท่ากับจำนวนเงินที่ผู้ร้องมีสิทธิได้รับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC⁹⁸

4.2 Romak S.A. v. Uzbekistan: ศาลไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

*Romak S.A. v. Uzbekistan*⁹⁹ เป็นคดีระหว่าง Romak นักลงทุนจากสวิตเซอร์แลนด์กับอุซเบกิสถาน ตามสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างสวิตเซอร์แลนด์กับอุซเบกิสถาน¹⁰⁰ จากกรณีที่ศาลอุซเบกิสถานไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ GAFTA (Grain and Feed Trade Association) เนื่องจาก Romak ไม่ได้ยื่นคำแปลคำชี้ขาด และไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่า Romak ได้บอกกล่าวไปยังผู้ซื้อถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ¹⁰¹ Romak จึงขอให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตาม BIT ระหว่างสวิตเซอร์แลนด์กับอุซเบกิสถาน โดยกล่าวหาว่าอุซเบกิสถานละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาหลายประการด้วยกัน เช่น การปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม การเวนคืนโดยไม่ให้ค่าชดเชย และไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของอุซเบกิสถานตามอนุสัญญานิวยอร์ก¹⁰² อุซเบกิสถานต่อสู้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจ เนื่องจากผู้ร้องไม่ได้มีการลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญา เนื่องจากข้อพิพาทที่เป็นที่มาของคดีนี้ตลอดจนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีเดิมมีที่มาจากความสัมพันธ์ทางสัญญาทางพาณิชย์ไม่ใช่การลงทุน¹⁰³ และถึงแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะเห็นว่าเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดีนี้ อุซเบกิสถานก็ไม่ได้ละเมิดสนธิสัญญา¹⁰⁴ คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ GAFTA เป็นผลมาจากสิทธิตามสัญญาของ Romak อันเกิดจากสัญญาจำหน่ายธัญพืชของ Romak¹⁰⁵ ซึ่งสัญญาดังกล่าวไม่ใช่การลงทุนในความหมายของ BIT¹⁰⁶ เมื่อ Romak ไม่ได้มีการลงทุนในความหมายสนธิสัญญาแล้ว จึงถือไม่ได้ว่าอุซเบกิสถานได้ให้ความยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทในคดีนี้ตามข้อ 9 BIT และคณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาท¹⁰⁷

⁹⁷ *Saipem v. Bangladesh*, Award, para 129.

⁹⁸ *Ibid.*, para 204.

⁹⁹ *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Award, 26 November 2009 (*Romak S.A. v. Uzbekistan*)

¹⁰⁰ Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Uzbekistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, dated 16 April 1993, entered into force 5 November 1993.

¹⁰¹ *Romak SA v. Uzbekistan*, para 65

¹⁰² *Ibid.*, para 8.

¹⁰³ *Ibid.*, para 10.

¹⁰⁴ *Ibid.*, para 11.

¹⁰⁵ *Ibid.*, paras 210-11.

¹⁰⁶ *Ibid.*, paras 213-32.

¹⁰⁷ *Ibid.*, paras 242-43.

4.3 ATA v. Jordan: ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและพิพากษาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลง

*ATA v. Jordan*¹⁰⁸ เป็นคดีระหว่าง ATA นิติบุคคลตามกฎหมายของตุรกีกับจอร์แดน ซึ่งวินิจฉัยโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นภายใต้ BIT ระหว่างตุรกีกับจอร์แดน¹⁰⁹ ATA ทำสัญญารับจ้างก่อสร้างเขื่อนเก็บน้ำ (dike) ให้แก่ Arab Potash Company (APC) ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่อยู่ในความควบคุมของรัฐบาลจอร์แดน ข้อพิพาทที่เป็นที่มาของคดีนี้เกิดจากการที่เขื่อนได้ถล่มลงมาในระหว่างบรรจุน้ำ APC ได้เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ FIDIC ตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏในสัญญาก่อสร้าง ส่วน ATA ก็ได้ฟ้องแย้ง (counterclaim) เพื่อเรียกร้องให้ชำระเงินตามสัญญา จนกระทั่งคณะอนุญาโตตุลาการ FIDIC ได้มีคำชี้ขาดว่า ATA ไม่มีความรับผิดชอบในการที่เขื่อนถล่มและยกคำร้องของ APC นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการ FIDIC ยังได้ตัดสินตามที่ ATA ได้ฟ้องแย้งและให้ ATA ได้รับการชดเชยความเสียหาย (compensation) ด้วย APC จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลอุทธรณ์ของประเทศจอร์แดน ขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ FIDIC และศาลอุทธรณ์มีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดและเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่าง ATA กับ APC ATA อุทธรณ์ไปยังศาลสูงสุดของจอร์แดนซึ่งต่อมาได้มีคำพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์¹¹⁰ ATA จึงเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ICSID กล่าวหาว่า จอร์แดนละเมิดพันธกรณีตาม BIT ระหว่างประเทศตุรกีกับจอร์แดน กล่าวคือ มีการเวนคืนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการละเมิดพันธกรณีตามข้อ III เรื่องการเวนคืน¹¹¹ อีกทั้งมีการปฏิเสธความยุติธรรมซึ่งเป็นการละเมิดพันธกรณีว่าด้วยการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม ซึ่งนำมาใช้บังคับกับกรณีนี้ผ่านข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งใน BIT ระหว่างตุรกีกับจอร์แดนเรื่องอีกด้วย¹¹²

จอร์แดนต่อสู้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจเนื่องจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศตุรกีกับจอร์แดนไม่อาจใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับ¹¹³ และต่อสู้ว่าผู้ร้องไม่ได้มีการลงทุนในเวลาที่ยุทธสนธิสัญญา มีผลใช้บังคับหรือได้ทำการลงทุนหรือได้มาซึ่งการลงทุนหลังจากที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว¹¹⁴ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับข้อต่อสู้ของผู้ถูกร้องว่าข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการ FIDIC กับข้อพิพาทในการพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ FIDIC ของศาลจอร์แดนเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเดียวกันซึ่งมีที่มาจากกรณณ์ของเขื่อน ดังนั้น คณะ

¹⁰⁸ *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Jordan*, Award, ICSID Case No. ARB/08/2, IIC 430 (2010), 12 May 2010 (*ATA v. Jordan*).

¹⁰⁹ Agreement Between the Hashemite Kingdom of Jordan and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, signed 2 August 1993, entered into force 23 January 2006.

¹¹⁰ *ATA v. Jordan*, paras 46-54.

¹¹¹ *Ibid.*, paras 71-72.

¹¹² *Ibid.*, paras 73-78.

¹¹³ BIT ระหว่างจอร์แดนกับตุรกี มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 2006 ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดและเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการในวันที่ 24 มกราคม ค.ศ. 2006 และศาลสูงสุดของจอร์แดนมีคำพิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์เมื่อวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 2007

¹¹⁴ *ATA v. Jordan*, paras 63-66.

อนุญาโตตุลาการจึงไม่สามารถรับข้อเรียกร้องทั้งหมดที่เกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้พิจารณาได้เนื่องจากไม่มีเขตอำนาจในด้านเวลา (jurisdiction *ratione temporis*)¹¹⁵ ส่วนข้อพิพาทเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลที่ให้เลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการ (extinction of arbitral agreement) นั้น เป็นข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจในด้านเวลาของคณะอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากสิทธิตามสัญญาของ ATA ที่จะอนุญาโตตุลาการถูกยกเลิกโดยคำพิพากษาของศาลสูงสุดหลังจากที่สนธิสัญญาฯ มีผลใช้บังคับแล้ว และสิทธิที่พิพาทนั้นเป็นเอกเทศจากการลงทุนเดิม (underlying investment) ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิที่จะอนุญาโตตุลาการจึงอยู่ในเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ¹¹⁶

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า เหตุที่ศาลจอร์แดนพิพากษาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลงเนื่องจากตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของจอร์แดนที่มีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี 2001 มาตรา 51 กำหนดให้สิทธิในการอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงหากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกเพิกถอน¹¹⁷ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับอยู่ในเวลาที่ผู้ร้องทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกับ APC ในปี 1998 ที่ไม่ได้บัญญัติห้ามไม่ให้มีการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการใหม่หากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกศาลเพิกถอน คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ตามข้อ II ของอนุสัญญานิวยอร์กแล้ว รัฐจะต้องยอมรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและต้องงดเว้นจากการใช้เขตอำนาจในการระงับข้อพิพาทที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ การที่กฎหมายของจอร์แดนกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงหากมีการเพิกถอนคำชี้ขาด มีผลทำให้คู่พิพาทจะต้องระงับข้อพิพาทในศาลของจอร์แดน¹¹⁸ การเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงขัดต่อตัวบทและเจตนารมณ์ของ BIT¹¹⁹ และไม่สอดคล้องกับข้อ II ของอนุสัญญานิวยอร์ก¹²⁰ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าปัญหาความไม่สอดคล้องของกฎหมายกับข้อ II ของอนุสัญญานิวยอร์กอยู่ที่การมีผลย้อนหลัง (retroactivity) ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการซึ่งมีผลต่อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นก่อนที่กฎหมายที่แก้ไขใหม่จะมีผล ศาลอุทธรณ์และฎีกาของจอร์แดนควรปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายให้มีผลย้อนหลัง ดังนั้น การเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และละเมิดพันธกรณีตาม BIT แต่ไม่ได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่า การเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการละเมิด BIT ข้อใด¹²¹ เป็นไปได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นการเวนคืน เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า ผลย้อนหลังของกฎหมายอนุญาโตตุลาการซึ่งทำให้สิทธิที่จะอนุญาโตตุลาการระงับลงเป็นการพรากไปซึ่งทรัพย์สินของผู้ร้อง¹²² และเป็นการละเมิดพันธกรณี MFN ตามข้อ II(2) ซึ่งทำให้ผู้ร้องต้องได้รับการคุ้มครองตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในความตกลงที่จอร์แดนทำกับรัฐที่สาม รวมถึงการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมดังที่

¹¹⁵ Ibid., paras 102-3.

¹¹⁶ Ibid., paras 118-20.

¹¹⁷ Ibid., para 116. กฎหมายมาตรา 51 ส่วนท้ายกำหนดว่า “the final decision nullifying the award results in extinguishing the arbitration agreement.”

¹¹⁸ Ibid., para 124.

¹¹⁹ Ibid., para 126.

¹²⁰ Ibid., para 128.

¹²¹ Ibid., paras 125, 133.

¹²² Ibid., para 126.

ปรากฏใน BIT ระหว่างจอร์แดนกับสหราชอาณาจักร และการประติบัติไม่ด้อยไปกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดตามที่ปรากฏใน BIT ระหว่างจอร์แดนกับสเปนด้วย¹²³ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการเยียวยาที่เหมาะสมในกรณีนี้ได้แก่การคืนสิทธิที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแก่ผู้ร้อง (restoration of the right to arbitrate)¹²⁴

4.4 *Frontier Petroleum Services Ltd. v. Czech Republic*: ศาลไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

*Frontier Petroleum Services Ltd. v. Czech Republic*¹²⁵ เป็นคดีระหว่าง Frontier Petroleum Services Ltd ผู้ร้อง ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายของประเทศแคนาดา กับ สาธารณรัฐเช็ก และระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดา กับ สาธารณรัฐเช็ก¹²⁶ จากกรณีที่ศาลสาธารณรัฐเช็กปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยข้อพิพาทตามสัญญาระหว่างผู้ร้องกับ Moravan Aeroplanes, a.s. (MA) ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายของสาธารณรัฐเช็กโดยอ้างว่าการบังคับตามคำชี้ขาดขัดต่อนโยบายสาธารณะ (public policy) เรื่องความเท่าเทียมของเจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย Frontier Petroleum ผู้ร้องจึงดำเนินการอนุญาโตตุลาการตาม BIT กล่าวหาว่าสาธารณรัฐเช็กละเมิดพันธกรณีตาม BIT ที่กำหนดให้รัฐต้องกระตุ้นให้มีการเสริมสร้างบรรยากาศที่ส่งเสริมการลงทุนตามข้อ II(1) พันธกรณีในการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม และการให้ความคุ้มครองและมั่นคงอย่างเต็มที่ตามข้อ III(1)¹²⁷ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าผู้ร้องมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีนี้เนื่องจากข้อพิพาทเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการการลงทุน โดยสิทธิที่จะได้รับการชำระหนี้ตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์มีที่มาจากกิจกรรมที่เป็นการลงทุน¹²⁸ ในการพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐนั้น คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าอำนาจในการทบทวนการอ้างเหตุผลเรื่องนโยบายสาธารณะในการปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามข้อ V(2)(b) ของอนุสัญญานิวยอร์ก เมื่อไม่ปรากฏว่าในการพิจารณาคำร้องขอยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดศาลมีการกระทำตามอำเภอใจ เลือกประติบัติ หรือทุจริต อีกทั้งผู้ร้องได้รับโอกาสในการยื่นข้อโต้แย้งทางกฎหมายเกี่ยวกับการตีความอนุสัญญานิวยอร์ก จึงไม่อาจถือได้ว่ามีการละเมิดพันธกรณีในการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม¹²⁹

¹²³ Ibid., para 125 และ footnote 16.

¹²⁴ Ibid., para 131.

¹²⁵ *Frontier Petroleum Services Ltd v. Czech Republic*, PCA, Final Award, IIC 465 (2010), 12 November 2010 (*Frontier v. Czech Republic*).

¹²⁶ Agreement between the Government of Canada and the Government of the Czech and Slovak Federal Republic for the Promotion and Protection of Investments, dated 15 November 1990, entered into force 9 March 1992.

¹²⁷ *Frontier v. Czech Republic*, paras 26-28.

¹²⁸ Ibid., para 231.

¹²⁹ Ibid., para 529.

4.5 *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*: ศาลไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

*GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*¹³⁰ เป็นคดีระหว่าง *GEA Group Aktiengesellschaft* (GEA) ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีกับยูเครน GEA ลงทุนในยูเครนโดยรับโอนสิทธิตามสัญญา Fuel Conversion Contract ที่มีต่อ OJSC Oriana ซึ่งเป็นกิจการโรงงานนิวเคลียร์ที่เป็นเคยเป็นของรัฐ GEA Group เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ICSID ภายใต้ BIT ระหว่างเยอรมนีกับยูเครน¹³¹ เนื่องจากการที่ศาลยูเครนปฏิเสธที่จะยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ซึ่งระงับข้อพิพาทตามสัญญาชำระหนี้และสัญญาชำระเงินคืนด้วยเหตุที่สัญญาชำระหนี้ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ICC นั้นได้ลงนามโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจทำการแทน Oriana จึงส่งผลให้สัญญาเป็นโมฆะ โดยกล่าวหาว่า การกระทำดังกล่าว เป็นการเวนคืน และละเมิดพันธกรณีการประคับค้ำที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ไม่ใช่การลงทุนตาม BIT และอนุสัญญา ICSID¹³² เพราะคำชี้ขาดเป็นเพียงเครื่องมือทางกฎหมายสำหรับการจัดการกับสิทธิและหน้าที่อันเกิดขึ้นจากสัญญาชำระหนี้ข้อพิพาท (Settlement Agreement) และสัญญาชำระหนี้เงินคืน (Repayment Agreement) เท่านั้น ซึ่งทั้งสองสัญญาดังกล่าวก็ไม่ใช่การลงทุนด้วย¹³³ แม้จะเห็นว่าสัญญาชำระหนี้ข้อพิพาทและสัญญาชำระหนี้เงินคืนดังกล่าวเป็นการลงทุน คำชี้ขาดที่วินิจฉัยสิทธิหน้าที่อันเกิดขึ้นจากการลงทุนก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการลงทุนเช่นกัน เพราะคำชี้ขาดโดยลำพังไม่ได้ก่อให้เกิดกิจกรรมทางเศรษฐกิจใด ๆ ในยูเครน จึงไม่อยู่ในนิยามคำว่า “การลงทุน” ในความหมายข้อ 1(1) ของ BIT และข้อ 25 ของอนุสัญญา ICSID¹³⁴ คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC

อย่างไรก็ดี คณะอนุญาโตตุลาการก็ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ไว้ด้วย โดยเห็นว่าการไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการกระทำที่บกพร่องอย่างร้ายแรง (egregious)¹³⁵ แต่ผู้ร้องไม่สามารถแสดงหลักฐานให้เห็นว่าการกระทำของศาลยูเครนมีข้อบกพร่องอย่างร้ายแรง หรือข้อบกพร่องที่นอกเหนือจากการใช้บังคับกฎหมายของยูเครน หรือมีการกระทำที่เป็นการลดทอนโอกาสที่ผู้ร้องจะได้รับชำระหนี้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC อย่างไร ดังนั้น การไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดจึงไม่เป็น

¹³⁰ *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, Award, ICSID Case No. ARB/08/16, IIC 487 (2011), Award, 31 March 2011 (*GEA v. Ukraine*).

¹³¹ Germany-Ukraine BIT (1993), signed 15 February 1993, entered into force 29 June 1996.

¹³² *GEA v. Ukraine*, paras 157, 161-62.

¹³³ *Ibid.*, para 161.

¹³⁴ *Ibid.*, para 162. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, adopted 18 March 1965, entered into force 14 October 1966.

¹³⁵ *Ibid.*, paras 232-33.

การเวนคืน¹³⁶ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องที่ว่า การไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม เนื่องจากผู้ร้องไม่อาจแสดงได้ว่าคำพิพากษาของศาลยูเครนมีความไม่เหมาะสมและไม่อาจเชื่อถือได้อย่างชัดเจน (clearly improper and discreditable) ถึงขนาดที่ขัดต่อมาตรฐานในการอำนวยความยุติธรรมที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป (“generally accepted standards of the administration of justice”)¹³⁷

4.6 *White Industries v. India*: ศาลพิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอย่างล่าช้า และรับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้ทำขึ้นในอินเดีย

*White Industries v. India*¹³⁸ เป็นคดีระหว่าง White Industries บริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลียกับอินเดียตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างออสเตรเลียกับอินเดีย¹³⁹ เกี่ยวกับความล่าช้าในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ซึ่งระงับข้อพิพาทตามสัญญาจำหน่ายเครื่องมือและพัฒนาเหมืองถ่านหินในอินเดียระหว่าง White Industries กับ Coal India คณะอนุญาโตตุลาการ ICC คำชี้ขาดให้ White Industries ได้รับเงินโบนัสและได้รับหลักประกัน (Bank guarantee) คืน White Industries จึงร้องขอให้ศาลสูงของเมืองเดลี (Delhi High Court) บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ Coal India ก็ได้ร้องขอให้ศาลสูงเมืองกัลกัตตา (Calcutta High Court) เพิกถอนคำชี้ขาด ซึ่งศาลได้เพิกถอนคำชี้ขาด White Industries จึงอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา ในระหว่างที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา White Industries ก็ได้เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการตาม BIT ระหว่างออสเตรเลียกับอินเดีย โดยกล่าวหาว่าการที่ศาลอินเดียบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการล่าช้าถึง 9 ปีเป็นการละเมิดพันธกรณีตาม BIT ไม่ว่าจะเป็นพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม การประดัดบิดเบียงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง การเวนคืนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁴⁰

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า White Industries เป็นนักลงทุนตามความหมายของคำว่า “นักลงทุน” ในข้อ 1 ของ BIT ซึ่งกำหนดให้นักลงทุนรวมถึงบริษัทที่จัดตั้งตามกฎหมายภายในของรัฐบาล¹⁴¹ และ White Industries มีการลงทุนในอินเดียโดยการทำสัญญาจำหน่ายเครื่องมือและพัฒนาเหมืองถ่านหินเป็นการลงทุน เพราะเป็นสิทธิที่จะได้รับเงินหรือที่จะได้รับการชำระหนี้กระทำการซึ่งมีมูลค่าเป็นตัวเงิน (“right to money or to any performance having a financial value, contractual or otherwise”)

¹³⁶ Ibid., para 236.

¹³⁷ Ibid., para 319.

¹³⁸ *White Industries Australia limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award 20 November 2011 (*White v. Industries v India*).

¹³⁹ Agreement Between the Government of Australia and the Government of the Republic of India on the Promotion and Protection of Investments, dated 26 February 1999, entered into force 4 May 2000.

¹⁴⁰ *White Industries v. India*, paras 4.3.1-4.6.1.

¹⁴¹ Ibid., para 7.2.1.

ตามข้อ 1(c)(iii)¹⁴² และยังเป็นการลงทุนในความหมายของข้อ 1(c) (iv) กล่าวคือ เป็นสิทธิที่จำเป็นสำหรับดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (“rights required to conduct economic activity”)¹⁴³ ส่วนสิทธิที่จะได้ชำระหนี้ตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของการลงทุนดั้งเดิม (original investment) จึงเป็นการลงทุน¹⁴⁴ คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าไม่ได้ละเมิดพันธกรณีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม และไม่ได้มีการเวนคืน แต่ละเมิดพันธกรณีการให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งตามข้อ 4(2) ของ BIT ซึ่งมีผลทำให้อินเดียต้องจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิของนักลงทุนตามข้อ 4(5) ของ BIT ระหว่างอินเดียกับคูเวต

ในส่วนของการเยียวยา คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าหากอินเดียจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะบังคับได้ตามกฎหมายของอินเดียหรือไม่ และพิจารณาว่าค่าสินไหมทดแทนที่จะทำให้ White Industries กลับสู่สถานการณ์ที่การละเมิด BIT ไม่เกิดขึ้น¹⁴⁵ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าหากไม่มีการละเมิด BIT ดังกล่าว White Industries ก็คงจะได้รับชำระหนี้ตามคำชี้ขาด เพราะไม่มีเหตุที่จะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ทั้งตามอนุสัญญาเวียนอร์กและตามรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการของอินเดีย¹⁴⁶ ดังนั้นค่าสินไหมทดแทนที่ White Industries ควรจะได้รับจึงรวมจำนวนเงินที่ White Industries มีสิทธิที่จะได้รับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC พร้อมด้วยดอกเบี้ย¹⁴⁷

4.7 *Anglia Auto v. Czech Republic*: ศาลภายในไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

คดี *Anglia v. Czech Republic*¹⁴⁸ เป็นข้อพิพาทระหว่างบริษัท Anglia Auto Accessories Ltd. ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรกับรัฐบาลสาธารณรัฐเช็กตามสนธิสัญญาส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหราชอาณาจักรกับสาธารณรัฐเช็กและสโลวาเกีย¹⁴⁹ ผู้ร้องลงทุนในอุตสาหกรรมการผลิตอุปกรณ์ยานยนต์ (automobile accessories) ในสาธารณรัฐเช็กโดยทำธุรกิจร่วมกับ VDI Kyjovan ข้อพิพาทในคดีนี้เกิดจากความล่าช้าในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ที่วินิจฉัยให้ VDI Kyjovan ชำระเงินแก่ Anglia ผู้ร้องอ้างว่าการกระทำของศาลเป็นการเวนคืนขัดต่อข้อ 5 ของ BIT และเป็นการละเมิดพันธกรณีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมตาม BIT ข้อ 2(2)¹⁵⁰

¹⁴² Ibid., paras 7.3.8. and 7.4.5

¹⁴³ Ibid., para 7.4.5.

¹⁴⁴ Ibid., paras 7.6.1-7.6.10.

¹⁴⁵ Ibid., para 14.1.1.

¹⁴⁶ Ibid., para 14.3.6

¹⁴⁷ Ibid., para 16.1.1.

¹⁴⁸ *Anglia Auto Accessories Limited v. Czech Republic*, Final Award, SCC Case No. V. 2014/181, IIC 929 (2017), 10 March 2017 (*Anglia v. Czech Republic*).

¹⁴⁹ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Czech and Slovak Federal Republic for the Promotion and Protection of Investments, signed 10 July 1990, entered into force 26 October 1992.

¹⁵⁰ *Anglia v. Czech Republic*, paras 3-4.

คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เห็นว่า ค่าใช้จ่ายของคณะอนุญาโตตุลาการที่ให้นักลงทุนได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเป็นการลงทุนตามข้อ 1 เพราะเป็นสินทรัพย์ของนักลงทุน (“asset belonging to an investor”) และยังเป็นสิทธิเรียกร้องในหนี้เงินหรือหนี้ที่กระทำตามสัญญาที่มีมูลค่าเป็นตัวเงินตามข้อ 1(a)(iii) ด้วย (“claims to money or to any performance under contract having a financial value”)¹⁵¹

ในส่วนของความรับผิดชอบของสาธารณรัฐเช็กนั้น ผู้ร้องอ้างว่าความล่าช้าในการบังคับตามค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์เป็นการเวนคืนขัดต่อข้อ 5 BIT และเป็นการละเมิดพันธกรณีในการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมตามข้อ 2(2) ของ BIT ระหว่างสหราชอาณาจักรกับสาธารณรัฐเช็ก แต่เนื่องจากข้อ 8 (1) ของ BIT กำหนดไว้ว่า ข้อพิพาทที่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้รวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืน แต่ไม่รวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมด้วย¹⁵² คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องที่ว่า พันธกรณีการประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ที่ยัง สามารถที่จะขยายประเภทของข้อพิพาทที่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนออกไปเพื่อครอบคลุมข้อพิพาทใด ๆ ระหว่างรัฐกับนักลงทุนดังที่กำหนดไว้ในข้อ 8(2)(d) ของ BIT ระหว่างสาธารณรัฐเช็กกับไซปรัส คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ข้อ 8(1) ของ BIT กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าพันธกรณีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมและพันธกรณีการให้ความคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ตามข้อ 2(2) ของ BIT นั้น ไม่อยู่ในขอบเขตที่รัฐภาคีให้ความยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ¹⁵³ นอกจากนี้ ตามข้อ 8(1) ดังกล่าวข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อ 3 พันธกรณีในการประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ที่ยังไม่อาจระงับโดยอนุญาโตตุลาการอีกด้วย¹⁵⁴ ด้วยเหตุนี้ คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมตามข้อ 2(2) ของ BIT

การพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐในคดีนี้จึงเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการเวนคืนเป็นสำคัญ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า กรณีที่จะเป็นการเวนคืนนั้น จะต้องมีการพรากไปซึ่งมูลค่าการลงทุนอย่างถาวรและไม่อาจเพิกถอนได้ (permanent and irreversible deprivation)¹⁵⁵ เมื่อผู้ร้องได้รับการชำระหนี้ส่วนมากไปแล้วโดยผ่านการบังคับคดีกับลูกหนี้ของ VDI Kyjovan และบัญชีธนาคารของ VDI Kyjovan ประมาณร้อยละ 77 ของเงินต้นตามค่าใช้จ่าย จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าผู้ร้องถูกพรากไปซึ่งสิทธิเรียกร้องที่จะได้

¹⁵¹ *Anglia v. Czech Republic*, para 151.

¹⁵² Article 8(1) of the BIT provides: “Disputes between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under Articles 2(3), 4, 5 and 6 of this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of four months from written notification of a claim, be submitted to arbitration under paragraph (2) below if either party to the dispute so wishes.”

¹⁵³ *Anglia v. Czech Republic*, para 190.

¹⁵⁴ *Ibid.*, paras 191-92.

¹⁵⁵ *Ibid.*, para 292.

รับชำระหนี้ตามคำชี้ขาด¹⁵⁶ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า แม้ว่าจะมีความยุ่งยากในการบังคับและถึงแม้ว่าจะใช้เวลายาวนานในการบังคับก็ตาม แต่ไม่อาจถือได้ว่าความบกพร่องในกระบวนการบังคับเกิดจากระบบศาลภายใน เพราะผู้ร้องเองก็มีส่วนทำให้กระบวนการล่าช้าด้วย¹⁵⁷ นอกจากนี้ ความล่าช้าในการบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ของ VDI Kyjovan ก็เกิดขึ้นจาก VDI Kyjovan เองซึ่งไม่ได้เป็นบริษัทที่รัฐเป็นเจ้าของหรือควบคุมอยู่¹⁵⁸ การที่ผู้ร้องประสบความสำเร็จในกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดในศาลสาธารณรัฐเช็กอยู่หลายครั้ง แสดงให้เห็นว่าศาลไม่ได้นิ่งเฉยแต่ได้มีคำวินิจฉัยตามที่ผู้ร้องร้องขอและเยียวยาความบกพร่องในกระบวนการบังคับ¹⁵⁹ คณะอนุญาโตตุลาการจึงปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องว่ามีการเวนคืน

5. วิเคราะห์แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

5.1 เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์

จากคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเกี่ยวข้องกับการที่ศาลกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการที่ศึกษาส่วนที่ 4 จะเห็นว่าประเด็นเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการเป็นประเด็นแรกที่คณะอนุญาโตตุลาการมักจะต้องพิจารณา ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับการตีความขอบเขตการใช้บังคับของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งเกี่ยวข้องกับขอบเขตของความยินยอมของรัฐในการอนุญาโตตุลาการกับนักลงทุน

5.1.1 เขตอำนาจในด้านเวลา (*Jurisdiction Ratione Temporis*)

หลักกฎหมายสนธิสัญญาเมื่ออยู่ว่าสนธิสัญญาจะไม่ใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นหรือสิ้นสุดลงแล้วก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับ หลัก non-retroactivity of the treaties นี้ปรากฏอยู่ในข้อ 28 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา¹⁶⁰ ความตกลงฯ บางฉบับอาจมีข้อบทเกี่ยวกับเวลาที่ความตกลงฯ มีผลไว้อย่างชัดเจน เช่น ข้อ 29 ของความตกลงอาเซียนว่าด้วยการลงทุน¹⁶¹ แต่ถึงแม้ว่าความตกลงฯ จะไม่ได้มีข้อบทเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ คณะอนุญาโตตุลาการก็จะนำหลักกฎหมายสนธิสัญญามาใช้

¹⁵⁶ Ibid., paras 293-94.

¹⁵⁷ Ibid., para 297

¹⁵⁸ Ibid., para 299.

¹⁵⁹ Ibid., paras 301-02.

¹⁶⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980, Article 28:

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

¹⁶¹ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), dated 26 February 2009, entered into force 24 February 2012.

ด้วยเหตุนี้ คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำของศาลอันเกิดขึ้นก่อนที่ความตกลงฯ จะมีผลใช้บังคับ แม้ว่า BIT จะใช้บังคับกับการลงทุนที่สร้างขึ้นก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับก็ตาม ปัญหาสำคัญที่คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาก็คือ ข้อพิพาทเกิดขึ้นเมื่อใด และข้อพิพาทที่เป็นประเด็นในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์กับข้อพิพาทที่เป็นประเด็นในการพิจารณาของศาลภายในเป็นข้อพิพาทเดียวกันหรือไม่ ดังเช่นในคดี *ATA v. Jordan* ที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่อาจพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่ศาลจอร์แดนเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากข้อพิพาทดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนวันที่ BIT จะมีผลบังคับ เพราะคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อพิพาทซึ่งนำมาสู่การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นข้อพิพาทเดียวกับข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการ FIDIC ซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่มีการยื่นหนังสือแสดงความจำนงที่จะเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ FIDIC ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่สามารถรับข้อเรียกร้องทั้งหมดที่เกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้พิจารณาได้เนื่องจากไม่มีเขตอำนาจในด้านเวลา (*jurisdiction ratione temporis*)¹⁶²

5.1.2 เขตอำนาจเหนือประเภทของข้อพิพาท: นิยามการลงทุน

ประเด็นปัญหาสำคัญอีกประการที่คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาเพื่อวินิจฉัยว่ามีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีหรือไม่ ก็คือ ประเด็นที่ว่านักลงทุนได้มีการลงทุนหรือไม่ เพราะหากนักลงทุนจะอ้างความคุ้มครองภายใต้ความตกลงซึ่งรวมถึงกลไกในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามความตกลงฯ นั้น นักลงทุนจะต้องมีการลงทุนในความหมายของความตกลงฯ ที่ต้องการอ้างความคุ้มครองเสียก่อน นอกจากนี้ หากเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนในกรอบของอนุสัญญา ICSID ตามข้อ 25 ซึ่งกำหนดว่าข้อพิพาทจะต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน¹⁶³ ด้วยเหตุนี้ รัฐที่ถูกร้องอาจยกข้อต่อสู้ว่านักลงทุนไม่มีการลงทุนในความหมายของความตกลงฯ เนื่องจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือสิทธิที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการไม่เป็นการลงทุน

แนวทางการพิจารณาว่าคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการเป็นการลงทุนหรือไม่สามารถแบ่งออกแนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการได้สองแนวทาง แนวทางแรก คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาที่มาของข้อพิพาทที่นำไปสู่การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ว่ามาจากกิจกรรมหรือธุรกรรมที่เป็นการลงทุนหรือไม่ เนื่องจากสิทธิตามคำชี้ขาดโดยลำพังไม่ได้เกิดขึ้นจากคำชี้ขาด แต่เกิดจากสัญญาอันเป็นที่มาของข้อพิพาทนั้น ดังที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Saipem v. Bangladesh* กล่าวว่า “The rights embodied in the ICC Award were not created by the Award but arise out of the Contracts. The ICC Award crystallized the parties’ rights and obligations under the original contract.”¹⁶⁴ คดีอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็น *Frontier v. Czech Republic*, *Romak v. Uzbekistan*, *White Industries v. India* มีแนวทางการพิจารณาเช่นเดียวกับคดี Saipem คณะอนุญาโตตุลาการใน

¹⁶² *ATA v. Jordan*, paras 102-3.

¹⁶³ ICSID Convention Article 25(1): “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment ...”.

¹⁶⁴ *Saipem v. Bangladesh*, Decision on Jurisdiction, para 127.

คดี *White Industries* กล่าวว่า “awards made by tribunals arising out of disputes concerning ‘investments’ [...] under BITs represent a continuation or transformation of the ‘original investment’”¹⁶⁵ ดังนั้น ถ้าหากว่ากิจกรรมทางเศรษฐกิจของนักลงทุนอันเป็นที่มาของข้อพิพาทไม่ใช่การลงทุนแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ก็ไม่อาจถือว่าเป็นการลงทุน

แนวทางที่สอง คือการพิจารณาว่าคำชี้ขาดโดยลำพังเป็นการลงทุนหรือไม่ คดีที่สนับสนุนแนวทางนี้ได้แก่ *GEA v. Ukraine* และ *Anglia v. Czech Republic* ในคดี *GEA v. Ukraine* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำชี้ขาดเป็นเพียงเครื่องมือทางกฎหมายสำหรับการจัดการกับสิทธิและหน้าที่อันเกิดขึ้นจากสัญญาที่พิพาทกันเท่านั้น¹⁶⁶ คำชี้ขาดโดยลำพังไม่ได้ก่อให้เกิดกิจกรรมทางเศรษฐกิจใด ๆ จึงไม่อยู่ในนิยามคำว่า “การลงทุน”¹⁶⁷ แนวทางพิจารณาในคดี *GEA* นี้เป็นแนวทางในการตีความคำว่าการลงทุนอย่างแคบ¹⁶⁸ โดยปฏิเสธที่จะพิจารณาที่มาของกิจกรรมทางเศรษฐกิจอันเป็นที่มาของข้อพิพาท ในทางตรงข้าม คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Anglia v. Czech Republic* เห็นว่าคำชี้ขาดโดยลำพังเป็นการลงทุน เนื่องจากผู้ร้องซึ่งชนะคดีในการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีสิทธิที่จะได้ค่าสินไหมทดแทนมีสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับเงิน (claim to money) ทั้งยังอาจถือได้ว่าผู้ร้องมีสิทธิเรียกให้ปฏิบัติการชำระหนี้ภายใต้สัญญาซึ่งมีค่าเป็นตัวเงิน (“claim to ... performance under contract having a financial value”) ด้วย¹⁶⁹

สำหรับประเด็นที่ว่าสิทธิที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (right to arbitrate) เป็น “การลงทุน” หรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *ATA v. Jordan* เห็นว่าสิทธิที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการลงทุนในตัวเอง ตามข้อ I(2)(a)(ii) ของ BIT ซึ่งกำหนดว่าการลงทุนหมายรวมถึง ‘สิทธิเรียกร้อง ที่จะได้รับเงินหรือสิทธิอื่น ๆ ที่จะได้รับการชำระหนี้ที่มีมูลค่าทางการเงินซึ่งเกี่ยวข้องกับการลงทุน’ (“claims to money or any other rights to legitimate performance having financial value related to an investment”) แนวทางการพิจารณาว่าสิทธิในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นการลงทุนในตัวเองเช่นนี้ถูกวิจารณ์เป็นการตีความอย่างกว้างเกินไปและอาจส่งผลให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับเรื่องใด ๆ ก็ตาม ถือเป็นการลงทุนภายใต้ความคุ้มครองของ BIT ทั้งสิ้น¹⁷⁰

¹⁶⁵ *White Industries v. India*, para 7.6.8.

¹⁶⁶ *GEA v Ukraine*, para 161.

¹⁶⁷ *Ibid.*, para 162.

¹⁶⁸ Loukas A. Mistelis, “Awards as an Investment: The Value of an Awards or the Cost of Non-Enforcement,” *ICSID Review* 28, no. 1 (2013): 81.

¹⁶⁹ *Anglia v. Czech Republic*, para 151.

¹⁷⁰ Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 203.

5.1.3 เขตอำนาจเหนือประเภทของข้อพิพาท: Types of breach

ความตกลงฯ อาจจำกัดประเภทของข้อพิพาทที่อาจระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ โดยอาจกำหนดไว้ว่าเฉพาะข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีบางข้อที่ระบุไว้เท่านั้นจึงจะใช้การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้ ดังเช่น BIT ระหว่างอิตาลีกับบังคลาเทศที่ได้รับการพิจารณาในคดี *Saipem v. Bangladesh* ข้อ 9(1) ของ BIT ดังกล่าวกำหนดให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าชดเชยในกรณีที่มีการเวนคืนเท่านั้นที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน

ปัญหาวานักลงทุนจะสามารถอ้างพันธกรณีในการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) เพื่อนำข้อบทเรื่องการระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาอื่นที่รัฐผู้รับการลงทุนทำกับรัฐที่สามมาใช้เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการมีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีที่รัฐไม่ได้ให้ความยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับพันธกรณีดังกล่าวได้หรือไม่ ข้อกล่าวอ้างในลักษณะนี้เป็นประเด็นในคดี *Anglia v. Czech Republic*¹⁷¹ คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องที่ว่าพันธกรณี MFN ตามข้อ 3 ของ BIT สามารถที่จะขยายประเภทของข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนออกไป เพื่อครอบคลุมข้อพิพาทใด ๆ ระหว่างรัฐกับนักลงทุนดังที่กำหนดไว้ใน BIT ที่รัฐทำกับรัฐที่สาม เนื่องจากข้อบทของ BIT ระหว่างสหราชอาณาจักรกับสาธารณรัฐเช็ก กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าพันธกรณีการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมและพันธกรณีการให้ความคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ตามข้อ 2(2) ของ BIT นั้น ไม่อยู่ในขอบเขตที่รัฐภาคีให้ความยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ¹⁷² นอกจากนี้ พันธกรณี MFN ยังเป็นข้อพิพาทที่นักลงทุนไม่สามารถยื่นข้อเรียกร้องให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยได้อีกด้วย¹⁷³

มีข้อน่าพิจารณาว่าถ้าหากสนธิสัญญากำหนดให้นักลงทุนสามารถระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับพันธกรณี MFN แล้วผลการวินิจฉัยจะเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ เพราะหาก BIT กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถรับพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดข้อบท MFN คณะอนุญาโตตุลาการก็จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับการตีความและขอบเขตของข้อบท MFN ซึ่งประเด็นที่ว่านักลงทุนสามารถอ้างพันธกรณี MFN เพื่ออ้างการประติบัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ในความตกลงฯ ฉบับอื่นที่รัฐผู้รับการลงทุนทำกับรัฐที่สามได้หรือไม่เป็นประเด็นที่ถูกถกเถียงกันอย่างกว้างขวาง¹⁷⁴ และ

¹⁷¹ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Czech and Slovak Federal Republic for the Promotion and Protection of Investments, dated 10 July 1990, entered into force 26 October 1992.

¹⁷² *Anglia v. Czech Republic*, para 190.

¹⁷³ *Ibid.*, paras 191-92.

¹⁷⁴ Zachery Douglas, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails,” *Journal of International Dispute Settlement* 2, no. 1 (2011): 97–113; S. Schill, “Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction—A Reply to Zachary Douglas,” *Journal of International Dispute Settlement* 2, no. 2 (2011): 353–71; Patrick Dumbery, “The Importation of the FET Standard through MFN Clauses: An Empirical Study of BITs,” *ICSID Review* 32, no. 1 (2017): 116–37; Facundo Pérez-Aznar, “Menziez Middle East and Africa SA and Aviation Handling Services International Ltd v. Senegal: Consent to International Jurisdiction and the Limits of Most-Favoured-Nation Clauses,” *ICSID Review* 34, no. 1 (2019): 190–95.

แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้ยังคงแตกต่างกัน¹⁷⁵ สำหรับการอ้างพันธกรณี MFN เพื่อขยายเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการดังเช่นในคดี *Anglia v. Czech Republic* นั้น แนวคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการยังไม่สอดคล้องกัน แนวคำวินิจฉัยในคดีส่วนใหญ่เห็นว่านักลงทุนไม่สามารถอ้างข้อบท MFN เพื่อขยายเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการให้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทที่รัฐไม่ได้ให้ความยินยอมที่จะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการโดยอ้างความตกลงกับรัฐที่สามได้ เพราะเห็นว่าเมื่อความตกลงฯ ได้กำหนดข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะแล้ว นักลงทุนไม่อาจหลีกเลี่ยงข้อบทดังกล่าวโดยอ้างข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในความตกลงอื่นโดยอาศัยข้อบท MFN ได้¹⁷⁶ ในขณะที่บางคดี เช่น ในคดี *Rosinvest v. Russia* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การขยายเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการเป็นผลธรรมดาของการปรับใช้ข้อบท MFN¹⁷⁷

5.2 การพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐในการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ

งานวิจัยในส่วนนี้จะได้วิเคราะห์แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐจากการละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนใน 3 เรื่องด้วยกัน คือ การเวนคืน การประติบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม และการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ

5.2.1 การเวนคืน

จากคดีที่ศึกษาส่วนที่ 4 พบว่ามีหลายกรณีที่นักลงทุนกล่าวอ้างว่าการกระทำของศาลที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ละเมิดพันธกรณีของรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเรื่องการคุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืน ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ศาลไม่ยอมรับการมีอยู่ของคำชี้ขาด การเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ การที่ศาลพิพากษาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลง การปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนความล่าช้าในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม มีเพียงสองคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการกระทำที่เป็นการเวนคืน ได้แก่ คดี *Saipem v. Bangladesh* ที่และ *ATA v. Jordan* ซึ่งในสองคดีนี้

¹⁷⁵ *Maffezini v. Spain*, paras 54-56 (MFN ครอบคลุมถึงการระงับข้อพิพาทด้วย); *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1, Award, 22 August 2012, para 239 (ไม่เห็นด้วยกับแนวคำวินิจฉัยในคดี *Maffezini v. Spain*); Suzy H. Nikiema, "The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties," IISD Best Practices Series (International Institute for Sustainable Development, February 2017) <<https://www.iisd.org/publications>>.

¹⁷⁶ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, para 212; *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 16 September 2006, para 92; *Vladimir Berschader and Moise Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case No. 080/2004, Award, 21 April 2006, paras 178-80.

¹⁷⁷ *Rosinvest v. Russia* para 131; *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, para 79.

การกระทำของศาลที่นักลงทุนกล่าวอ้างว่าเป็นการเวนคืนมีความแตกต่างกัน ในคดี *Saipem v. Bangladesh* ศาลไม่ยอมรับความมีอยู่ของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC เนื่องจากศาลได้เพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการแล้ว ดังนั้น คำชี้ขาดจึงเป็นโมฆะ (nullity) เป็นการพรากไปซึ่งสิทธิของ Saipem ที่จะได้รับประโยชน์จากคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ICC¹⁷⁸ ในขณะที่คดี *ATA v. Jordan* นั้น ศาลภายในพิพากษาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลง ทำให้นักลงทุนไม่อาจเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการใหม่ได้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า เป็นการพรากไปซึ่งสิทธิที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นการเวนคืน ในขณะที่คดีอื่นที่นักลงทุนกล่าวอ้างว่าการกระทำของศาลเป็นการเวนคืนนั้น คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างเนื่องจากยังไม่มีกรกระทำที่ถึงขนาดเป็นการพรากไปซึ่งสิทธิ ในคดี *White Industries v. India* แม้ว่าจะมีการพิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดอย่างล่าช้า และศาลได้รับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาด แต่ศาลยังไม่ได้ปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดและยังไม่ได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาด จึงยังไม่เป็นการเวนคืน หรือกรณีที่นักลงทุนได้ชำระหนี้ตามคำชี้ขาดไปส่วนแล้ว ก็ไม่อาจถือว่านักลงทุนได้ถูกพรากไปซึ่งสิทธิทางเศรษฐกิจในการใช้หรือได้รับประโยชน์จากการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ เช่น ในกรณี *Anglia v. Czech Republic* นักลงทุนได้ชำระหนี้ตามคำชี้ขาดไปร้อยละ 77 ของหนี้ตามคำชี้ขาดแล้ว จึงไม่อาจถือได้ว่าการเวนคืน¹⁷⁹

จากแนวคำชี้ขาดดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการได้วางแนวทางในการวินิจฉัยว่าการกระทำของศาลในการกำกับดูแลและสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์เป็นการเวนคืนหรือไม่ ดังนี้

ประการแรก การกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการที่จะเป็นการเวนคืนนั้นต้องเป็นกรณีที่การกระทำของศาลมีผลกระทบเป็นการพรากไปซึ่งสิทธิของนักลงทุนในการใช้หรือได้รับประโยชน์จากการลงทุนอย่างสิ้นเชิงหรืออย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้น ถ้าหากผลกระทบยังไม่ถึงขนาดที่ทำให้นักลงทุนสูญเสียสิทธิในการใช้หรือได้รับประโยชน์จากการลงทุนอย่างสิ้นเชิงหรืออย่างมีนัยสำคัญแล้ว ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเวนคืน อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับผลกระทบกล่าวคือในการพิจารณาผลกระทบนั้น จะต้องคำนึงถึงความเป็นไปได้ที่นักลงทุนจะได้รับการชำระหนี้ตามคำชี้ขาดในต่างประเทศหรือไม่ เนื่องจากอาจมีข้อโต้แย้งว่าถึงแม้ว่าศาลของรัฐคู่พิพาทจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดให้ หรือพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาด นักลงทุนยังมีโอกาสได้รับการชำระหนี้ตามคำชี้ขาดในประเทศอื่นอยู่ คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Saipem v. Bangladesh* ได้ตระหนักถึงปัญหานี้ แต่เห็นว่าไม่กระทบต่อคำวินิจฉัยว่าการกระทำของศาลเป็นการเวนคืน เพราะการบังคับตามคำชี้ขาดในต่างประเทศเป็นไปได้ ในคดีนี้เนื่องจากบังคลาเทศเป็นฝ่ายยอมรับเองว่า Petrobangla ไม่มีทรัพย์สินนอกบังคลาเทศ¹⁸⁰ น่าคิดว่าถ้าหากเป็นกรณีที่นักลงทุนยังคงมีโอกาสบังคับตามคำชี้ขาดในต่างประเทศ การที่ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดจะถือได้ว่าเป็นการเวนคืนหรือไม่

¹⁷⁸ *Saipem v. Bangladesh*, Award, paras 128-29.

¹⁷⁹ *Anglia v. Czech Republic*, paras 293-94.

¹⁸⁰ *Saipem v. Bangladesh*, Award, para 130

ผู้วิจัยเห็นว่า ถ้าเป็นกรณีศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด และรัฐสามารถยกข้อต่อสู้ว่านักลงทุนยังสามารถบังคับตามคำชี้ขาดในต่างประเทศได้เพราะฝ่ายลูกหนี้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการยังมีทรัพย์สินที่อาจถูกบังคับคดีได้ในต่างประเทศ เป็นไปได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาว่าการกระทำของศาลไม่เป็นการเวนคืน แต่การปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรสนับสนุนอาจเป็นการละเมิดพันธกรณีข้ออื่นได้ เช่น พันธกรณีการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม หากเป็นกรณีที่ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และศาลที่เพิกถอนคำชี้ขาดนั้นเป็นศาลในรัฐที่เป็นที่ตั้งของการอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) แล้ว โอกาสที่นักลงทุนจะบังคับตามคำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนแล้วในต่างประเทศเป็นไปได้น้อย เนื่องจากตามอนุสัญญาเวียนอร์ข้อ V(1)(e) ศาลของรัฐต่างประเทศที่เป็นภาคีสัญญาฯ สามารถที่จะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดได้หากคำชี้ขาดถูกเพิกถอนโดยศาลของรัฐที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้น กรณีนี้มีความเป็นไปได้มากกว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะเห็นว่าเป็นการเวนคืน (โดยต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ประการที่สองประกอบด้วย)

ประการที่สอง แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะให้ความสำคัญกับผลกระทบแต่แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่ก็พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของศาลด้วย ในคดี *Saipem v. Bangladesh* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการพิจารณาผลของการกระทำของศาลเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะสรุปว่าการกระทำของศาลเป็นการเวนคืน มิฉะนั้นแล้วการที่ศาลภายในเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็จะเป็นการกระทำที่เป็นการเวนคืนทุกกรณีแม้ว่าจะตัดสินโดยมิเหตุผลที่ชอบธรรมก็ตาม¹⁸¹ แนวคำวินิจฉัยนี้แตกต่างจากคดีอื่น ๆ ที่มีจะให้ความสำคัญกับผลกระทบกับการกระทำมากกว่า (sole-effect doctrine)¹⁸² ปัญหาว่าแนวคำวินิจฉัยนี้แตกต่างกับแนวทางการตีความการกระทำที่เป็นการเวนคืนที่มุ่งพิจารณาผลกระทบเป็นสำคัญโดยไม่พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐหรือไม่ ในคดี *Saipem v. Bangladesh* คณะอนุญาโตตุลาการค่อนข้างระมัดระวังไม่ให้เกิดความเข้าใจว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวทางการพิจารณาการกระทำที่เป็นการเวนคืนขัดกับแนวทาง sole-effect doctrine ประการแรก คณะอนุญาโตตุลาการอ้างความเห็นของคู่กรณีให้เห็นตรงกันว่าการกระทำของรัฐจะต้องไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อที่จะสนับสนุนข้อกล่าวอ้างว่ามีการเวนคืน¹⁸³ ประการที่สอง คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวชัดเจนว่า การวิเคราะห์การเวนคืนในคดีนี้ไม่ได้เป็นการแยกจากแนวทาง sole-effect doctrine เหตุที่ต้องพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในคดีนี้เนื่องจากลักษณะพิเศษของข้อพิพาทและแนวทางต่อสู้คดีของคู่กรณี เห็นว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นปัจจัยสำคัญในการวิเคราะห์ว่าการกระทำของศาลภายในเป็นการเวนคืนหรือไม่¹⁸⁴

¹⁸¹ Ibid., paras 133-34.

¹⁸² *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, paras 71-72.

¹⁸³ *Saipem v. Bangladesh*, Award, para 133.

¹⁸⁴ Ibid., 134.

ความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *GEA v. Ukraine* สนับสนุนแนวทางการพิจารณาการกระทำของศาลที่เป็นการเวนคืนที่พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของศาลประกอบ ไม่เพียงแต่พิจารณาผลกระทบแต่เพียงประการเดียว แม้ว่าในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการจะไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาข้อเรียกร้องของผู้ร้อง แต่ก็ได้ให้ความเห็นในประเด็นที่ว่าศาลปฏิเสหที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นการเวนคืนหรือไม่ เช่นเดียวกับคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Saipem v. Bangladesh* คณะอนุญาโตตุลาการคดี *GEA v. Ukraine* พิจารณาว่าการที่ศาลปฏิเสหที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นคำตัดสินที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และมีข้อบกพร่องที่ร้ายแรงหรือไม่¹⁸⁵ เมื่อผู้ร้องไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องว่าศาลยูเครนใช้กฎหมายอย่างเลือกปฏิบัติเพื่อขัดขวางไม่ให้ผู้ร้องได้รับชำระหนี้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด¹⁸⁶ การปฏิเสหไม่บังคับตามคำชี้ขาดของศาลยูเครนจึงไม่เป็นการเวนคืน

ประการที่สาม ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของศาล คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง¹⁸⁷ เห็นได้จากในคดี *Saipem v. Bangladesh* คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการที่ศาลภายในเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับอำนาจของศาลของรัฐที่เป็นถิ่นที่ตั้งของการอนุญาโตตุลาการในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าคู่พิพาททำการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีการกำหนดองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาคำร้องขอเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการเพิกถอนอำนาจอนุญาโตตุลาการนั้น คณะอนุญาโตตุลาการนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการใช้อำนาจในทางมิชอบ (abuse of right) มาพิจารณา และอนุสัญญาเวียนอร์ค ซึ่งแสดงให้เห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการเพิกถอนอำนาจตามมาตรฐานระหว่างประเทศมากกว่าที่จะพิจารณากฎหมายภายในเท่านั้น แม้ว่าบังคลาเทศจะอ้างว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของบังคลาเทศมาตรา 5 ให้ศาลมีดุลพินิจที่จะเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการหากคาดหมายว่าอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาคดีอย่างไม่เป็นธรรม (miscarriage of justice) ก็ตาม¹⁸⁸ อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับว่าศาลอาจเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้หากมีการประพฤติมิชอบ (misconduct) และศาลภายในมีดุลพินิจอย่างกว้างขวาง (substantial discretion) ในเรื่องนี้ แต่ศาลไม่อาจเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยเหตุผลที่ไม่เกี่ยวข้องกับการประพฤติมิชอบและความเสี่ยงของการกระทำดังกล่าว อันมีผลต่อการระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรม¹⁸⁹ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังพิจารณาความสอดคล้องของการเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการกับพันธกรณีข้อ II ของอนุสัญญาเวียนอร์ค แม้ว่าข้อ II ของ

¹⁸⁵ *GEA v. Ukraine*, paras 232-33.

¹⁸⁶ *Ibid.*, para 236.

¹⁸⁷ สำหรับความเห็นที่ว่ากรวินิจฉัยการเวนคืนโดยการกระทำทางตุลาการควรจะมีข้อพิจารณาแตกต่างจากการกระทำขององค์กรอื่นของรัฐ โปรดดู Prislán, “Judicial Expropriation in International Investment Law,” 165-95.

¹⁸⁸ *Saipem v. Bangladesh*, Award, para 156.

¹⁸⁹ *Ibid.*, para 159.

อนุสัญญาดังกล่าวจะไม่ได้เกี่ยวกับการเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยตรง แต่ได้กำหนดเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีต้องยอมรับและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยการให้คู่สัญญาระงับข้อพิพาทโดยใช้กระบวนการดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าการเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้เป็นการไม่ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยตรง แต่ถ้าการกระทำดังกล่าวมีผลในความเป็นจริงเป็นอุปสรรคไม่ให้มีการอนุญาโตตุลาการตามสัญญา แม้รัฐอาจอ้างว่าคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการยังคงสามารถริเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการใหม่ได้ รัฐก็ยังละเมิดข้อ II อยู่แน่นอนหากการดำเนินดังกล่าวไม่อาจเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ เพราะมีความเสี่ยงเช่นเดิมที่ศาลจะแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ¹⁹⁰

นอกจากนี้ ในคดี *ATA v. Jordan* คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในการที่ศาลมีคำพิพากษาให้สิทธิที่จะอนุญาโตตุลาการระงับลงประกอบการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดพันธกรณีตาม BIT ระหว่างจอร์แดนกับตุรกี ข้อ III เรื่องการเวนคืน และข้อ II การประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง¹⁹¹ แม้ว่าเหตุที่ศาลจอร์แดนพิพากษาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลงเนื่องจากตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของจอร์แดนที่มีผลใช้บังคับในภายหลังจากวันที่มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงหากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกเพิกถอนก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นการละเมิดพันธกรณีตาม BIT ระหว่างจอร์แดนกับตุรกี¹⁹² และไม่สอดคล้องกับข้อ II ของอนุสัญญานิวยอร์กเพราะทำให้คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่อาจอ้างข้อสัญญาดังกล่าวได้เพื่อริเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการใหม่ มีข้อที่น่าสังเกตว่า หากมีข้อเท็จจริงแตกต่างจากคดีนี้ กล่าวคือ ถ้าคู่พิพาทได้ตกลงให้จอร์แดนเป็นที่ตั้งของการอนุญาโตตุลาการและให้กฎหมายจอร์แดนเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งได้รู้ถึงข้อกำหนดของจอร์แดนและยอมรับกฎหมายดังกล่าว ผลของคดีจะต่างกับกรณีนี้หรือไม่ ในคดี *ATA v. Jordan* คณะอนุญาโตตุลาการเปิดประเด็นนี้เอาไว้โดยกล่าวว่าเป็นไปได้ที่กรณีดังกล่าวการกระทำของศาลอาจจะไม่ขัดต่อข้อ II ของอนุสัญญานิวยอร์ก¹⁹³ ทำให้เป็นไปได้ว่าในกรณีดังกล่าวการกระทำของศาลที่ให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลงอาจจะไม่ถือว่าเป็นการเวนคืน

ในคดี *GEA v. Ukraine* ซึ่งนักลงทุนกล่าวหาว่าการที่ศาลยูเครนปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นการเวนคืน จากข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว ศาลภายในไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเนื่องจากเห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการลงนามโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลที่เป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายของยูเครน สัญญาจึงเป็นโมฆะ คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ทบทวนความเหมาะสมของกฎหมายยูเครนที่เกี่ยวข้อง แต่ดูลักษณะการปรับใช้กฎหมายของศาลว่ามีลักษณะบกพร่องร้ายแรงหรือมีการกระทำที่เกินไปกว่าการปรับใช้กฎหมายหรือจงใจขัดขวางไม่ให้ผู้ร้องได้รับชำระหนี้ตามคำชี้ขาดหรือไม่¹⁹⁴ อันที่จริงแล้วคณะอนุญาโตตุลาการสามารถอ้างข้อ V(1)(a) ของอนุสัญญา

¹⁹⁰ Ibid., paras 166-69.

¹⁹¹ *ATA v. Jordan*, paras 81-82.

¹⁹² Ibid., para 126.

¹⁹³ Ibid., para 128.

¹⁹⁴ *GEA v. Ukraine*, para 236.

นิวยอร์ก เพื่อสนับสนุนการวินิจฉัยในประเด็นนี้ได้ ตามข้อ V(1)(a) ศาลอาจปฏิเสธที่จะยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้หากคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการไร้ความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสามารถของคู่สัญญา ปัญหาเรื่องความสามารถของคู่สัญญาในกรณีของนิติบุคคลนั้นอาจรวมถึงกรณีที่บุคคลธรรมดาไม่มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลด้วย¹⁹⁵ จึงอาจถือได้ว่าการปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของศาลยูเครนจึงชอบแล้วตามกฎหมายยูเครนและสอดคล้องกับอนุสัญญานิวยอร์ก

ประการที่ 4 ในกรณีกว่าอ้างว่าการกระทำของศาลเป็นการเวนคืน มีปัญหาดังที่ได้อธิบายมาแล้วส่วนที่ 3 ว่านักลงทุนจะต้องใช้ทางเยียวยาในระบบกฎหมายภายในจนหมดสิ้นหรือไม่จึงจะถือว่าเป็นการเวนคืนอย่างสมบูรณ์ เพราะถ้าหากนักลงทุนยังมีโอกาสที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลได้แล้ว การกระทำของศาลล่างก็เพียงแต่พรวดไปซึ่งสิทธิของนักลงทุนเพียงชั่วคราว สำหรับประเด็นนี้คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Saipem v. Bangladesh* เห็นว่านักลงทุนไม่จำเป็นต้องใช้ทางเยียวยาในระบบกฎหมายภายในจนหมดสิ้นเหมือนเช่นกรณีการปฏิเสธความยุติธรรม แต่คณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงว่าผู้ร้องได้แสวงหาทางเยียวยาในระบบกฎหมายภายในอย่างสมเหตุสมผลแล้วด้วยประกอบด้วย¹⁹⁶ ทำให้อาจสรุปได้ว่าการอ้างว่ามีการกระทำของศาลเป็นการเวนคืน นักลงทุนไม่จำเป็นต้องถึงขนาดต้องใช้ทางเยียวยาตามกฎหมายภายในจนหมดสิ้นแต่ก็ควรต้องแสดงให้เห็นว่าได้มีความพยายามตามสมควรแล้วแต่ไม่เป็นผล

5.2.2 การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม

จากการศึกษาในส่วนที่ 4 พบว่ามีหลายกรณีที่นักลงทุนมักจะอ้างว่าการกระทำศาลในการกำกับดูแลและสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อพันธกรณีให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม ไม่ว่าจะเป็นการที่ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ศาลพิพากษาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลง ความล่าช้าในการพิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และการรับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยนักลงทุนอ้างว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อหลักกฎหมายซึ่งเป็นองค์ประกอบของการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม ไม่ว่าจะเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม การปฏิบัติตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติ หรือการไม่คุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการได้วางแนวการพิจารณาพันธกรณีดังกล่าว โดยมีสาระสำคัญดังนี้

ก. การปฏิเสธความยุติธรรม

กรณีที่นักลงทุนกล่าวหาว่าการกระทำของศาลภายในเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมมีหลายกรณีด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นความล่าช้าในการพิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และความล่าช้าในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งศาลที่รับพิจารณาคำร้องขอเพิกถอน

¹⁹⁵ UNCITRAL Secretariat, *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (United Nations, 2016), 137.

¹⁹⁶ *Saipem v. Bangladesh*, Award, paras 181-83.

คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นประเด็นในคดี *White Industries v. India* หรือการที่ศาลภายในไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดในคดี *GEA v. Ukraine* ซึ่งในคดีนี้แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดว่าไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดี แต่คณะอนุญาโตตุลาการก็ได้วางแนวทางในการพิจารณาประเด็นเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรมไว้ ในทั้งสองคดี คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมคดี *Mondev v. USA* ได้วางไว้ กล่าวคือ การกระทำที่จะเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมและไม่อาจเชื่อถือได้อย่างชัดเจน (clearly improper and discreditable)¹⁹⁷ คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *White Industries v. India* ยังได้อ้างถึงคดี *Chevron v. Ecuador I* ที่วางหลักไว้ว่าการกระทำที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมต้องเป็นการกระทำที่บกพร่องอย่างร้ายแรงและขัดต่อความยุติธรรมอย่างน่าตกใจ (“a particularly serious shortcoming and egregious conduct that shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety”)¹⁹⁸

ในทั้งสองคดี คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ากระทำของศาลที่ผู้ร้องกล่าวอ้างไม่มีข้อบกพร่องที่ร้ายแรงถึงขนาดที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม ในคดี *GEA v. Ukraine* ศาลไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยมีเหตุผลว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะเพราะลงนามโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจลงนามผูกพันซึ่งไม่เป็นไปตามกฎหมายยูเครน แม้ผู้ร้องจะอ้างว่าศาลของยูเครนปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยไม่พิจารณาเหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการ ICC เห็นว่ามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วย เพราะศาลได้พิจารณาประเด็นนี้แล้ว เพียงแต่ศาลไม่ยอมรับความมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเพราะข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการทำขึ้นโดยไม่เป็นไปตามกฎหมายของยูเครน¹⁹⁹ ดังนั้น ข้อกล่าวหาเกี่ยวกับความเหมาะสมของผลของการกระทำทางตุลาการของผู้ร้องจึงฟังไม่ขึ้น เพราะผู้ร้องไม่อาจแสดงได้ว่าคำพิพากษาของศาลยูเครนมีความไม่เหมาะสมและไม่อาจเชื่อถือได้อย่างชัดเจน ถึงขนาดที่ขัดต่อมาตรฐานในการอำนวยความยุติธรรมที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป²⁰⁰

ส่วนในคดี *White Industries v. India* มีประเด็นเรื่องความล่าช้าในการพิจารณาคำร้องของนักลงทุนในการบังคับตามคำชี้ขาด และอุทธรณ์คำสั่งศาลที่รับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดจะเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการได้วางแนวทางในการพิจารณาประเด็นนี้ไว้ว่า ต้องพิจารณาหลายปัจจัยด้วยกัน รวมถึงความซับซ้อนของกระบวนการพิจารณา ความจำเป็นที่ต้องพิจารณาอย่างเร่งด่วน พฤติกรรมของคู่กรณีและศาล ความสำคัญของประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง²⁰¹ ในการนำข้อพิจารณาดังกล่าวมาปรับใช้คดีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการคำนึงถึงสถานการณ์ในรัฐและศาลภายในด้วย เช่น ประเด็นที่ว่าศาลอินเดียสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นนอกอินเดียได้หรือไม่เป็นประเด็น

¹⁹⁷ *Mondev v. USA*, para 127; *White Industries v. India*, para 10.4.6.

¹⁹⁸ *Chevron v. Ecuador I*, para 244 *White Industries v. India*, para 10.4.7.

¹⁹⁹ *GEA v. Ukraine*, paras 315-16.

²⁰⁰ *Ibid.*, para 319.

²⁰¹ *White Industries v India*, paras 10.4.9-10.4.10.

ที่มีความซับซ้อนและมีการถกเถียงกันอย่างมากระหว่าง²⁰² หรือการที่อินเดียเป็นประเทศกำลังพัฒนาที่มีประชากรจำนวนมากและมีคดีค้างอยู่ในศาลจำนวนมาก²⁰³

ข. การไม่คุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุน

การคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม คดี *White industries v. India* วางแนวทางในการพิจารณาความคาดหวังของนักลงทุนในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่นักลงทุนอ้างความคาดหวังอันชอบธรรมจากการที่รัฐเป็นภาคีสัญญานิวยอร์ค ในคดี *White Industries v. India* นี้ผู้ร้องอ้างความคาดหวังว่าอินเดียซึ่งเป็นรัฐภาคีสัญญานิวยอร์คจะใช้อนุสัญญาอย่างเหมาะสมเป็นไปตามมาตรฐานสากล และอินเดียจะให้ความยุติธรรมกับ *White Industries* โดยการบังคับตามคำชี้ขาดที่เป็นธรรมและในเวลาที่เหมาะสม (“in a fair and reasonably timely manner”)²⁰⁴ *White Industries* กล่าวหาว่าการที่ศาลอินเดียรับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยเห็นว่าตนมีอำนาจที่จะพิจารณาคำร้องขอเพิกถอนดังกล่าวเป็นการทำลายความคาดหวังอันชอบธรรมของผู้ร้อง²⁰⁵

คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับแนวการตีความสถานการณ์หรือการกระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดความคาดหวังของนักลงทุนอย่างแคบ กล่าวคือ การกระทำของรัฐที่จะก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมนั้นจะต้องมีลักษณะเฉพาะเจาะจงและไม่คลุมเครือ ต้องเป็นการให้การรับรองอย่างชัดเจนและซ้ำ ๆ อีกทั้งต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะ²⁰⁶ นักลงทุนจึงไม่สามารถอ้างการที่รัฐเป็นภาคีสัญญานิวยอร์คทำให้เกิดความคาดหวังว่าศาลจะบังคับตามคำชี้ขาดในเวลาอันเหมาะสมหรือคาดหวังว่าศาลจะไม่รับพิจารณาคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในรัฐอื่นนอกจากนี้ การพิจารณาความคาดหวังของนักลงทุนยังต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแวดล้อมที่มีอยู่ในตอนที่นักลงทุนทำการลงทุน ด้วยเหตุนี้ ในคดี *White Industries v. India* คณะอนุญาโตตุลาการจึงพิจารณากฎหมายอนุญาโตตุลาการของอินเดียในเวลาที่ทำการลงทุนเพื่อพิจารณาว่าความคาดหวังที่นักลงทุนอ้างมีความสมเหตุสมผลหรือไม่ด้วย เนื่องจาก *White Industries* ยอมรับว่าในเวลาที่ทำการลงทุนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำในต่างประเทศอาจถูกเพิกถอนในศาลอินเดียได้ถ้าหากสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้กฎหมายอินเดีย หรือกรณีที่คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้ตกลงไม่ให้นำกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1940 มาใช้ จึงไม่อาจอ้างความคาดหวังว่าศาลอินเดียจะไม่ยอมรับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ²⁰⁷ นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังพิจารณาข้อเท็จจริงศาลอินเดียมีคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลเป็นจำนวนมาก หากไม่มีคำรับรองอย่างชัดเจนจากอินเดียว่าคำชี้ขาดจะได้รับการบังคับในลักษณะหรือตามกำหนดเวลาอย่างไร *White Industries* จึงไม่อาจอ้างว่ามี ความคาดหวังอันชอบธรรมว่าบังคับตามคำชี้ขาดภายในเวลาที่เหมาะสมดังที่กล่าวอ้าง²⁰⁸

²⁰² Ibid., para 10.4.11.

²⁰³ Ibid., para 10.4.18.

²⁰⁴ Ibid., para 10.3.1.

²⁰⁵ Ibid., paras 4.3.2, 4.3.4, 4.3.19.

²⁰⁶ Ibid., para 10.3.7.

²⁰⁷ Ibid., para 10.3.11.

²⁰⁸ Ibid., paras 10.3.14-10.3.15.

ค. การกระทำตามอำเภอใจหรือการเลือกปฏิบัติ

ในคดี *Frontier Petroleum v. Czech Republic* ผู้ร้องอ้างว่ารัฐละเมิดพันธกรณีในการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมและพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่จากการที่ศาลสาธารณรัฐเช็กไม่ให้การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดทั้งที่เป็นคำชี้ขาดบางส่วน (Interim Award) และคำชี้ขาดสุดท้าย (Final Award) ในกระบวนการล้มละลาย โดยอ้างข้อยกเว้นเรื่องนโยบายสาธารณะตามข้อ V(2)(b) ของอนุสัญญาเวียนอร์ค²⁰⁹ ประเด็นที่น่าสนใจในคดีนี้มีสองประการด้วยกัน *ประการแรก* คือ คณะอนุญาโตตุลาการยืนยันว่าตนมีอำนาจทบทวนการกล่าวอ้างนโยบายสาธารณะของรัฐได้ โดยปฏิเสธข้อต่อสู้ของรัฐที่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ศาลอุทธรณ์ที่จะพิจารณาความถูกต้องของการอ้างข้อยกเว้นที่รัฐอ้างเพื่อปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าตนมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าการอ้างข้อยกเว้นเป็นไปโดยสุจริต มีการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ เป็นไปโดยอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติหรือไม่²¹⁰ *ประการที่สอง* คณะอนุญาโตตุลาการวางแนวทางการตีความคำว่า “นโยบายสาธารณะ (public policy) ตามข้อ V(2)(b) ของอนุสัญญาเวียนอร์ค ว่าหมายถึงนโยบายสาธารณะของสาธารณรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด²¹¹ นโยบายสาธารณะในที่นี้ไม่ได้มีความหมายเช่นเดียวกับนโยบายสาธารณะที่ปรากฏในกฎหมายภายใน แต่หมายถึง นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ (international public policy) โดยต้องคำนึงถึงแนวคิด International public policy ของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดด้วย คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐมีขอบดุลพินิจ (margin of appreciation) ในการกำหนดเรื่องที่เกี่ยวข้องว่าเป็น international public policy ของตนเอง คณะอนุญาโตตุลาการเพียงแต่พิจารณาว่า แนวทางในการตีความข้อยกเว้นเรื่องนโยบายสาธารณะภายใต้อนุสัญญาเวียนอร์คข้อ V(2)(b) นั้นเป็นแนวทางที่เป็นไปได้หรือไม่ กล่าวคือ การตีความดังกล่าวสมเหตุสมผลและเป็นไปโดยสุจริตหรือไม่²¹² แนวปฏิบัติของศาลภายในของต่างประเทศและความเห็นทางวิชาการอาจนำมาพิจารณาเพื่อวินิจฉัยว่านโยบายสาธารณะที่รัฐอ้างนั้นสมเหตุสมผลและเป็นไปโดยสุจริตหรือไม่²¹³

5.2.3 การจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ

พันธกรณีในการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างและบังคับตามสิทธิเป็นประเด็นในคดี *White Industries v. India* คณะอนุญาโตตุลาการนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรฐานของกลไกที่มีประสิทธิภาพ (“effective means”) ตามที่คดี *Chevron v. Ecuador* กำหนดไว้ กล่าวคือ พันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ

²⁰⁹ *Frontier Petroleum v. Czech Petroleum*, para 470.

²¹⁰ *Ibid.*, para 525.

²¹¹ *Ibid.*, para 526.

²¹² *Ibid.*, para 527.

²¹³ *Ibid.*, para 528.

เป็นกฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบต่ำกว่า (less demanding test) กรณีการปฏิเสธความยุติธรรม ดังนั้น การกระทำของศาลที่ไม่ถึงขนาดที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม แต่อาจจะเมิดพันกรณีนี้ได้ พันกรณีนี้กำหนดให้รัฐต้องจัดให้มีระบบกฎหมายและสถาบันทางกฎหมาย ที่ทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพในแต่ละคดี โดยที่ความมีประสิทธิภาพนี้จะต้องวินิจฉัยตามมาตรฐานที่เป็นภาวะวิสัยและสากล (objective, international standard)²¹⁴

ปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาคำร้องขอบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และความล่าช้าในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งของศาลที่รับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นกรณีที่รัฐล้มเหลวในการจัดให้มีวิธีการในการบังคับตามสิทธิหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเหตุผลและปัจจัยต่าง ๆ ที่มีผลต่อความล่าช้าในการบังคับตามคำชี้ขาด เช่น ปริมาณคดีในศาล การเลื่อนการพิจารณาเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่ความหรือที่ปรึกษากฎหมาย โอกาสของคู่กรณีในการต่อสู้คดี พฤติกรรมของนักลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่านักลงทุนได้มีการใช้ทางเยียวยาที่มีในระบบกฎหมายภายในแล้วหรือไม่ ถ้ายังสามารถอุทธรณ์ได้ก็ต้องดำเนินการ มิฉะนั้นจะอ้างว่ารัฐไม่จัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการบังคับตามสิทธิไม่ได้ เว้นแต่นักลงทุนจะสามารถแสดงหลักฐานได้ว่าการอุทธรณ์จะไร้ผล (ineffective or futile)²¹⁵

การศึกษาแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นปัญหาเกี่ยวกับพันกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพและบังคับตามสิทธิ ประการแรก ก็คือ ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างพันกรณีนี้กับการปฏิเสธความยุติธรรม ในคดี *White Industries v. India* แม้คณะอนุญาโตตุลาการจะเห็นว่าพันกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพฯ นี้เป็นกฎหมายเฉพาะและมีหลักเกณฑ์วินิจฉัยความรับผิดชอบต่ำกว่าการปฏิเสธความยุติธรรม ด้วยเหตุนี้ ความล่าช้าของศาลอินเดียในการพิจารณาอุทธรณ์ของ White Industries ซึ่งคัดค้านการที่ศาลรับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แม้จะไม่ถึงขนาดที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมและเป็นกรณีที่รัฐล้มเหลวในการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการพิจารณาข้อกล่าวอ้างของนักลงทุน แต่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้ความชัดเจนว่าหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการละเมิดพันกรณีทั้งสองเรื่องมีความแตกต่างกันอย่างไร

ประการที่สอง ปัญหาเรื่องการกำหนดการเยียวยาที่เหมาะสมโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐละเมิดพันกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพเนื่องมาจากความล่าช้าในการพิจารณาคดีของศาล²¹⁶ ในคดี *White Industries v. India* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า อินเดียไม่ได้ละเมิดพันกรณีเรื่องการเวนคืน ไม่ได้ละเมิดพันกรณีการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม และไม่ได้มีการปฏิเสธความยุติธรรม แต่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าอินเดียละเมิดพันกรณีในการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ โดยกำหนดค่าสินไหมทดแทนความ

²¹⁴ *White Industries v. India*, para 11.3.2.

²¹⁵ *Ibid.*, para 11.4.11.

²¹⁶ Annelise P. Karreman, "Time to Reassess Remedies for Delays Breaking 'Effective Means'," *ICSID Review* 30, no. 1 (2015): 120.

เสียหาย (compensation) เป็นมูลค่าเท่ากับมูลค่าการเยียวยาความเสียหายที่นักลงทุนได้เรียกร้องในกระบวนการในศาลภายใน ซึ่งรวมถึงเงินที่ White Industries มีสิทธิได้รับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC พร้อมดอกเบี้ย²¹⁷ โดยที่ไม่ได้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่ White Industries อาจได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อน (double remedies) เนื่องจากโดยหลักแล้วในกรณีการกล่าวอ้างว่ารัฐละเมิดพันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพเพื่อบังคับตามสิทธิ นักลงทุนไม่จำเป็นต้องใช้ทางเยียวยาตามกฎหมายภายในให้หมดสิ้นเสียก่อนเหมือนกับกรณีที่กำลังกล่าวหาว่ารัฐปฏิเสธความยุติธรรม²¹⁸ ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่มีความล่าช้าในกระบวนการทางศาลซึ่งละเมิดพันธกรณีที่รัฐต้องจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพ ศาลยังไม่ได้มีคำพิพากษาซึ่งท้ายที่สุดแล้วศาลอาจพิพากษาไปในทางที่เป็นคุณแก่นักลงทุนก็ได้ การที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *White Industry v. India* ตัดสินให้ผู้ร้องได้รับค่าสินไหมทดแทนซึ่งรวมถึงจำนวนเงินที่ผู้ร้องจะได้รับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและดอกเบี้ย จึงอาจทำให้นักลงทุนได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อน²¹⁹

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

งานวิจัยนี้ได้ศึกษาพันธกรณีของรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีผลกระทบต่อการทำทางตุลาการ และศึกษาแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามความตกลงฯ ดังกล่าว จากการศึกษาพบว่ามีหลายคดีที่นักลงทุนกล่าวหาว่าการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์นั้นละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นการที่ศาลไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการล่าช้า การสั่งให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลง เป็นต้น จากการศึกษาพบว่ามีคดีส่วนน้อยที่คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่ารัฐได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่า การกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ก็อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐเนื่องจากละเมิดพันธกรณีในการคุ้มครองการลงทุนได้ ในขณะเดียวกันคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะยอมรับดุลพินิจของศาลภายใน ดังนั้น กรณีที่การกระทำของศาลเป็นการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นกรณีที่การกระทำของศาลมีความบกพร่องอย่างร้ายแรงเท่านั้นเช่นที่ปรากฏในคดี *Saipem v. Bangladesh* หรือคดี *ATA v. Jordan*

ในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้วิจัยพบว่าอนุสัญญานิวยอร์กมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาว่าศาลภายในได้กระทำการอันละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหรือไม่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการอ้างถึงข้อบทของอนุสัญญานิวยอร์กในลักษณะที่เป็นมาตรฐานสากลที่ศาลภายในพึงปฏิบัติตามเมื่อต้องใช้อำนาจในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ เพื่อวิเคราะห์ว่าการกระทำของศาลนั้นเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการโดยปกติหรือเป็นการแทรกแซงการลงทุน

²¹⁷ *White Industries v. India*, para 16.1.1.

²¹⁸ Karreman, "Time to Reassess Remedies for Delays Breaking 'Effective Means'," 124-26.

²¹⁹ *Ibid.*, 131.

โดยไม่ชอบ อย่างไรก็ตาม ข้อบทของอนุสัญญาสัญญาเวียนอร์กในบางเรื่องไม่ได้กำหนดเนื้อหาไว้ชัดเจน อีกทั้งบางเรื่องก็เป็นดุลพินิจของรัฐ จึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีบทบาทสำคัญในการตีความและปรับใช้ อนุสัญญาเวียนอร์ก จากการศึกษาพบว่า คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับขอบเขตดุลพินิจของรัฐที่ปรากฏใน อนุสัญญาเวียนอร์ก เช่น การปฏิเสธที่จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผลเรื่องนโยบาย สาธารณะ ซึ่งอนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดเนื้อหาของนโยบายสาธารณะไว้ คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Frontier v. Czech Republic* เห็นว่าเป็นดุลพินิจของรัฐในการกำหนดว่าเรื่องใดเป็นเรื่องที่เป็นนโยบาย สาธารณะของรัฐ หรือในกรณีปัญหาเรื่องความล่าช้าในการพิจารณาคำร้องขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุสัญญาเวียนอร์กไม่ได้กำหนดกรอบเวลาที่ศาลภายในต้องดำเนินการไว้โดยตรง คณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ รวมถึงปริมาณคดีที่ค้างอยู่ในระบบศาล ความซับซ้อนของประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาประกอบด้วย ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการพิจารณา ความรับผิดชอบของรัฐตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ผู้วิจัยจึงเห็นว่า มาตรฐานในการทบทวนการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์นั้นไม่ได้ จำกัดอยู่ภายใต้หลักการเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรมเท่านั้น แต่อยู่ภายใต้มาตรฐานสากลที่เป็นที่ยอมรับ ในระดับนานาชาติซึ่งอนุสัญญาเวียนอร์กสะท้อนเนื้อหาของมาตรฐานดังกล่าว

แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ศึกษาในบทความวิจัยนี้ให้บทเรียนหลายประการต่อการ ปฏิบัติหน้าที่ของศาล ในการทำหน้าที่ของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ ศาลควรต้องปฏิบัติ หน้าที่โดยสุจริต กระบวนการพิจารณาคดีควรเป็นไปตามหลักศุภนิติกระบวนการ (due process) การทำ คำวินิจฉัยตัดสินคดีควรมีเหตุผลสมควรสนับสนุน โดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือ มาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับในระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาเวียนอร์กซึ่งมีบทบาทสำคัญ ในการสร้างมาตรฐานอ้างอิงในการที่ศาลกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ การทำหน้าที่ของศาล ควรต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายทั่วไปด้วย ดังนั้น ศาลควรหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจในทางที่ไม่ชอบ (abuse of rights) หรือการใช้กฎหมายย้อนหลังซึ่งกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนในการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการยังให้บทเรียนสำคัญสำหรับรัฐในการเจรจาทำความตกลงระหว่าง ประเทศว่าด้วยการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดนิยาม “การลงทุน” ให้ชัดเจนว่ารวมถึงคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการหรือสิทธิในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เพื่อหลีกเลี่ยงการตีความ คำว่าการลงทุนอย่างกว้างเช่นในคดี *ATA v. Jordan* ที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าสิทธิที่จะระงับ ข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยลำพังเป็นการลงทุน นอกจากนี้ รัฐควรต้องกำหนดเนื้อหาพันธกรณี การคุ้มครองการลงทุนให้ชัดเจนและรัดกุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งขอบเขตของพันธกรณีการปฏิบัติเยี่ยงชาติ ที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งว่าจะรวมถึงการปฏิบัติติดตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับ อื่นหรือไม่ เพื่อหลีกเลี่ยงการที่นักลงทุนจะอ้างพันธกรณีเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและพันธกรณีการ คุ้มครองการลงทุนตามความตกลงฯ อื่นมาเพื่อขยายเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เช่น ในคดี *Anglia v. Czech Republic* หรือเพื่อเพิ่มความคุ้มครองตามมาตรฐานที่ไม่ปรากฏในความตกลงฯ ของนักลงทุน เช่น ในคดี *White Industries v. India*

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบुरายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ

- 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครอบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงานอย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
- 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 4) อีเมลของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลส่วนตัวหรืออีเมลของหน่วยงานต้นสังกัดได้
- 5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 6) บทคัดย่อ (Abstract) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 300 คำ
- 7) คำสำคัญ (Keywords) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อย่างน้อย 3 คำ

2. รูปแบบผลงาน

- 1) พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยบันทึกเป็นสกุล .doc หรือ .docx
- 2) ตั้งค่าขนาดหน้ากระดาษที่ A4 (21 x 29.4 เซนติเมตร) หน้าเดียว
- 3) กั้นหน้ากระดาษบน-ล่าง อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร) และซ้าย-ขวา อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร)
- 4) พิมพ์เนื้อหาผลงานโดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์
- 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)

3. การอ้างอิง

- 1) การอ้างอิงให้ทำเป็นเชิงบรรณ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์
- 2) ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบ ชิคาโก (Chicago Style Citation) ซึ่งตรงกับรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงบรรณของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เช่น

โสภณ รัตนกร, *คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7th ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

- 3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่
 1. (ภาษาไทย)
<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqpcULRQC33dewPdVjDpCu>
 2. (ภาษาอังกฤษ)
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงบรรณไม่ว่าจะเกิน 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 โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการตรวจแก้ไขข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เขียน และจัดรูปแบบผลงานก่อนการตีพิมพ์ เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบผลงานและรายละเอียดที่วารสารฯ กำหนด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการอาจส่งผลงานคืนไปให้ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมได้ แล้วแต่กรณี

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิ์ในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

ข้อกำหนดอื่น

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม 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 รัตนากร, *คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7th ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

3) For more information, please visit:

1. (Thai)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9IcI4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCu>

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 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. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วัน นับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
3. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง และการเรียงลำดับผู้เขียนร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างผู้เขียนร่วมและสะท้อนสัดส่วนการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง
4. นำเสนอแต่ข้อเท็จจริง
5. ส่งผลงานตามรูปแบบที่กำหนด
6. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่สื่อก้าวไปในทางหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของบุคคลที่สาม
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 (conflicts 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.