

CHULALONGKORN UNIVERSITY LAW JOURNAL

VOLUME 44 ISSUE 1 JANUARY-MARCH 2026

บทความวิชาการ

การบริหารจัดการอวกาศ: บทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอวกาศ
และข้อพิพาทที่เกี่ยวกับอวกาศ | แอนเดรียส เซลา

การปฏิรูปงานแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด: การประเมินผลกระทบจากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจแบบบาง
ส่วนในงานคุมประพฤติของสหราชอาณาจักร | สุภัทร์ ภูพานิชเจริญกุล

ทำไมในความรับผิดชอบของปัญญาประดิษฐ์ถึงควรเปลี่ยนจากทฤษฎีความผิดเป็น
ทฤษฎีความรับผิดชอบขององค์กร | ลดาวัลย์ ไยมนิ

บทความวิจัย

ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในระบบกฎหมายไทย | พระมหาอนุวงศ์ เมอมนะนา

เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์ | คณินิจ ขาวแสง

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545
ในประเทศไทย | สิริภัทร์ อุดาการ

ปกิณกะกฎหมาย

ความเหมาะสมของการนำค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้ในบริบทของประเทศไทย | ศักดา ธนิตกุล

CHULALONGKORN UNIVERSITY LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีที่ 44 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มีนาคม 2569)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑิฐ เอกจริยกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชฌ์ เครื่องาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มันทาภรณ์	รองศาสตราจารย์ธิดิพันธุ์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โหมะโลกุล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(รองศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์)

บรรณาธิการ

รองศาสตราจารย์ ดร.ภาวัฒน์ สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
--	---

รองบรรณาธิการ

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

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
รองศาสตราจารย์ ดร.บุญรัตน์ โชคบัณฑิตชัย	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
ดร.สุพรรณวษา โชติปัญญาณ ถัง	กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
นางสนั่น ดิษยบุตร	สำนักงานอัยการสูงสุด

กองจัดการ

สุพิชา จินฉนวนโส	วรลักษณ์ ทองใบ
วรินทร์ทิพย์ สายมงคลเพชร	

Chulalongkorn University Law Journal

Volume 44 Issue 1 (January-March 2026)

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

Associate 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 จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาที่น่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการด้านนิติศาสตร์และต่อสังคม

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 4 ฉบับ ราย 3 เดือน ดังนี้

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

ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

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

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

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 ท่าน 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 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยฉบับนี้เป็นฉบับประจำปี
ปีที่ 44 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มีนาคม 2569) ในส่วนเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคง
ประกอบไปด้วยผลงานที่น่าสนใจและความหลากหลายทั้งบทความในรูปแบบบทความ
วิชาการและบทความวิจัย ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง “Galactic Governance: The Role of
Arbitration in Space Law and Space-Related Disputes” และได้รับการแปลเป็น
ภาษาไทยโดยใช้ชื่อว่า “การบริหารจัดการอวกาศ: บทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ
ในกฎหมายอวกาศและข้อพิพาทที่เกี่ยวกับอวกาศ” เขียนโดย คุณแอนเดรียส เซลา (Mister
Andreas Seela) นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย

บทความที่สองเป็นบทความวิชาการเรื่อง “Transforming Rehabilitation:
Evaluating the Impact of Part-Privatisation in the Probation Services of the
United Kingdom” และได้รับการแปลเป็นภาษาไทยโดยใช้ชื่อว่า “การปฏิรูปงานแก้ไขฟื้นฟู
ผู้กระทำผิด: การประเมินผลกระทบจากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจแบบบางส่วนในงานคุม
ประพฤติของสหราชอาณาจักร” เขียนโดย คุณสุภัทร์ ภูพานิชเจริญกุล พนักงานคุมประพฤติ
ชำนาญการ กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม

บทความที่สามเป็นบทความวิชาการเรื่อง “Why AI Liability should shift from
fault-based theory to Enterprise Liability” และได้รับการแปลเป็นภาษาไทยโดยใช้
ชื่อว่า “ทำไมในความรับผิดชอบของปัญญาประดิษฐ์ถึงควรเปลี่ยนจากทฤษฎีความผิดเป็นทฤษฎี
ความรับผิดชอบขององค์กร” เขียนโดย คุณดาวาลย์ ไยมณี ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะชั้นต้นใน
ศาลแพ่ง ศาลยุติธรรม

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง “ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในระบบ
กฎหมายไทย” เขียนโดย พระมหา อนุวงศ์ เมอมนะนา นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทความที่ห้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง “เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมาย
ลิขสิทธิ์” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณินิจ ขาวแสง อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในประเทศไทย” เขียนโดย คุณสิริภัทร อดุลการ นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต วิชาเอกกฎหมายธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

บทความที่เจ็ดเป็นปกิณกะกฎหมายเรื่อง “ความเหมาะสมของการนำค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้ในบริบทของประเทศไทย” เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล ภาควิชานิติศาสตร์ สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ สำนักธรรมศาสตร์และการเมือง ราชบัณฑิตยสภา

กองบรรณาธิการหวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อ ๆ ไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

รองศาสตราจารย์ ดร.ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 44 ฉบับที่ 1

(มกราคม-มีนาคม 2569)

สารบัญ

	• บทความวิชาการ
1-32	การบริหารจัดการอวกาศ: บทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอวกาศและข้อพิพาทที่เกี่ยวกับอวกาศ แอนเดรียส เซลา
33-79	การปฏิรูปงานแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด: การประเมินผลกระทบจากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจแบบบางส่วนในงานคุมประพฤติของสหราชอาณาจักร สุภัทร์ ภูพานิชเจริญกุล
80-112	ทำไมในความรับผิดชอบของปัญญาประดิษฐ์ถึงควรเปลี่ยนจากทฤษฎีความผิดเป็นทฤษฎีความรับผิดชอบขององค์กร ลดาวัลย์ ไยมนี
	• บทความวิจัย
114-152	ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในระบบกฎหมายไทย พระมหา อนุวงศ์ เมอมนะนา
153-209	เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์ คณินิจ ขาวแสง
210-236	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในประเทศไทย สิริภัทร์ อุดาการ
	• ปกิณกะกฎหมาย
238-247	ความเหมาะสมของการนำค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้ในบริบทของประเทศไทย ศักดา ธนิตกุล

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

Chulalongkorn University Law Journal

Vol. 44 No. 1

(January-March 2026)

Contents

- *Academic articles*

- 1-32 **Galactic Governance: The Role of Arbitration in Space Law and Space-Related Disputes**
Andreas Seela

- 33-79 **Transforming Rehabilitation: Evaluating the Impact of Part-Privatisation in the Probation Services of the United Kingdom**
Suphat Phoophanichjaroenkul

- 80-112 **Why AI Liability should shift from fault-based theory to Enterprise Liability**
Laddawan Yaimanee

- *Research articles*

- 114-152 **Restrictions on the Rights and Freedoms of Monks in the Legal System of Thailand**
Phramaha Anuwong Mermana

- 153-209 **Freedom of Panorama in Copyright Law**
Khanuengnit Khaosaeng

- 210-236 **Legal Problems in the Implementation of the Arbitration Act B.E. 2545 in Thailand**
Siriphat Udakarn

- *Legal miscellaneous*

- 238-247 **The Appropriateness of Applying Punitive Damages in the Context of Thailand**
Sakda Thanitcul
-

* 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

Galactic Governance: The Role of Arbitration
in Space Law and Space-Related Disputes*
การบริหารจัดการอวกาศ: บทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ
ในกฎหมายอวกาศและข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับอวกาศ

Andreas Seela

แอนเดรียส เซลา

LL.D Candidate

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

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Corresponding author E-mail: andreas.seela@franklegaltax.com

(Received: September 24, 2024; Revised: January 23, 2025; Accepted: April 9, 2025)

Abstract

Space law, an exciting and evolving area of international law, faces unique challenges with the rapid growth of private space activities, including satellite operations, space mining, and space tourism. Historically, space law was shaped by diplomatic and political interactions among states, leading to disputes being resolved through negotiations rather than formal legal mechanisms. However, the increasing involvement of private entities in space activities has shifted the focus toward arbitration as a means of dispute resolution. This article examines the role of arbitration in space-related disputes, highlighting its importance in a legal landscape where traditional methods may no longer suffice.

The discussion begins with an overview of the historical development of space law, including key international treaties such as the Outer Space Treaty, the Liability Convention, and the Moon Treaty. The article then explores the complexities of arbitration in space law, focusing on issues like liability, jurisdiction, enforcement, and confidentiality. Furthermore, it addresses how current arbitration frameworks, such as the Permanent Court of Arbitration's Optional Rules for disputes related to outer space,

* This research article is a part and compiles from Thesis "Legal Regulations of Space Tourism - An Examination of Current Space Law Regulations and Their Application to the Emerging Phenomenon of Commercial Space Travel" LL.D, Faculty of Law, Chulalongkorn University.

might be adapted to meet the demands of the private commercialization of space. The article concludes by discussing potential future approaches, including the establishment of specialized arbitration bodies, to create a more effective dispute resolution framework for the rapidly changing domain of outer space. This research aims to provide insight into whether existing legal mechanisms are sufficient or if a new, unified framework is necessary to address the emerging challenges in space governance.

Keywords: Space Law, Arbitration, ADR, Outer Space Disputes, International Law

บทคัดย่อ

กฎหมายอวกาศอันเป็นกฎหมายที่น่าจับตามองและกำลังพัฒนาในสาขากฎหมายระหว่างประเทศ กำลังเผชิญหน้ากับความท้าทายแปลกใหม่เนื่องด้วยกิจกรรมส่วนบุคคลทางอวกาศ ซึ่งประกอบไปด้วยการปฏิบัติการของดาวเทียม การทำเหมืองอวกาศ และการท่องเที่ยวอวกาศ โดยอดีตนั้นกฎหมายอวกาศถูกพัฒนาจากการมีปฏิสัมพันธ์ทางการทูตและทางการเมืองระหว่างรัฐต่าง ๆ จนนำไปสู่ข้อพิพาทที่ถูกแก้ไขด้วยการเจรจามากกว่าการสร้างกลไกทางกฎหมายขึ้นมาอย่างเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตาม การที่องค์กรเอกชนเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องมากขึ้นในกิจกรรมทางอวกาศส่งผลให้อนุญาโตตุลาการถูกนำมาใช้เป็นกลไกในการระงับข้อพิพาทแทน บทความนี้จะพินิจพิจารณาบทบาทของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับอวกาศโดยเน้นย้ำถึงความสำคัญจากมุมมองทางกฎหมายที่วิธีการระงับข้อพิพาทแบบดั้งเดิมอาจไม่เพียงพออีกต่อไป

ประเด็นถกเถียงจะเริ่มต้นด้วยภาพรวมของพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายอวกาศ รวมถึงสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องหลัก ๆ เช่น สนธิสัญญาอวกาศ อนุสัญญาความรับผิดชอบและอนุสัญญาดวงจันทร์ จากนั้นบทความนี้จะวินิจฉัยความซับซ้อนของการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอวกาศ โดยจะเน้นความสำคัญไปที่ปัญหาต่าง ๆ เช่น ความรับผิดชอบ เขตอำนาจศาล การบังคับใช้ และการรักษาความลับ ยิ่งไปกว่านั้นจะกล่าวไปถึงโครงสร้างอนุญาโตตุลาการที่อาจต้องปรับเปลี่ยนในปัจจุบัน เช่น กฎเกณฑ์เสริมสำหรับการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเกี่ยวกับกิจกรรมทางอวกาศเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของการค้าอวกาศโดยเอกชน และจะสรุปบทความนี้ด้วยการถกเถียงแนวทางที่เป็นไปได้ในอนาคต ซึ่งรวมถึงการจัดตั้งองค์กรอนุญาโตตุลาการเฉพาะทางที่จะสร้างกลไกในลักษณะการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพมากขึ้นสำหรับการเปลี่ยนแปลงที่รวดเร็วในอวกาศ การศึกษาค้นคว้านี้มุ่งที่จะแสดงข้อมูลเชิงลึกในประเด็นของกลไกทางกฎหมายที่มีอยู่นั้นเพียงพอแล้วหรือจำเป็นต้องมีการวางกลไกใหม่ที่มีความเป็นหนึ่งเดียวกันเพื่อรับมือกับความท้าทายที่เกิดขึ้นใหม่ในการบริหารจัดการอวกาศ

คำสำคัญ: กฎหมายอวกาศ, อนุญาโตตุลาการ, การระงับข้อพิพาท, การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับอวกาศ, กฎหมายระหว่างประเทศ

Galactic Governance: The Role of Arbitration in Space and Space Related Disputes

Space law has grown in complexity alongside the developments in space exploration and technology. Since the launch of Sputnik 1 in 1957, space activities have rapidly evolved, expanding into areas such as satellite technology, space tourism, and space mining. With these developments, potential legal disputes in outer space have become increasingly diverse and complex. Especially the increasing involvement of private entities in space operations has shifted the focus toward legal mechanisms for dispute resolution, including arbitration. This article examines the challenges of applying arbitration to space law, exploring whether a new legal framework is necessary or if existing mechanisms can adequately address the demands of outer space commercialization. The analysis begins with an overview of international space law and the mechanisms currently available for dispute resolution, followed by a discussion of emerging legal issues and possible solutions for the future.

Space law is a relatively new area of international law, and therefore, problems that we know from other areas of law are not as settled as we are used to. Given the rapid development of space technologies, we are facing a multitude of different activities. Whether it be satellite technology, which has been around since the launch of Sputnik 1 on 4 October 1957, or current developments, such as space mining and space tourism. Almost all activities in space have the potential for legal disputes, for example, if one satellite crashes into another one. However, due to its historical development, space law is heavily influenced by diplomatic and political interactions among states.¹ It is therefore understandable that because of its history, space conflicts were originally solved by diplomatic rather than by legal proceedings. This might change since we see more and more private actors on the stage of space activities. The question is, how this development will react to a historically underdeveloped area of peaceful settlement of space disputes in international law.

¹ Rossana Deplano, "The Peaceful Settlement of Space Disputes: Prospects and Challenges," in *The Changing Character of International Dispute Settlement*, eds. Russell Buchan, Daniel Franchini, and Nicholas Tsagourias (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2023), 22.

Section A provides an introduction to arbitration in international space law, tracing the development of space law and explaining the role of arbitration in resolving disputes within this framework. Section B discusses specific challenges that arbitration faces in space-related disputes, including confidentiality, liability, jurisdiction, and the political implications of space activities. Section C examines current areas of space-related arbitration, such as satellite disputes, space mining, and space tourism. It also explores the existing state of space arbitration practice, assessing its limitations and potential future developments. Section D proposes approaches for enhancing space arbitration in the future. It evaluates the possibility of creating specialized bodies for space arbitration and considers the role of international institutions like the Permanent Court of Arbitration (PCA) and the International Chamber of Commerce (ICC). Section E offers a summary of the overall discussions, focusing on the increasing complexity of space activities and the need for a robust arbitration framework to manage the rising number of disputes.

A. Introduction to Arbitration in International Space Law

1. A short overview of International Space Law

Space law, as a recent development, has its origins in the soft law of the Cold War era. In 1955, President Dwight D. Eisenhower announced that the USA had set a goal to design a space object and to launch it into Earth's orbit using a rocket.² Two years later, on October 4, 1957, it was the Soviet Union that launched the small satellite Sputnik 1 into Earth's orbit. This 83 kg sphere caused a shock in the USA and was one of the highlights of the so-called 'Space Race.' The USA, by the way, sent their own first satellite into orbit on January 31, 1958.

This led both superpowers to approach the United Nations and each presented proposals for international cooperation in space matters, of course, each according to their own political ideology. On December 13, 1958, the UN General Assembly decided to establish an ad hoc committee for the peaceful uses of outer space.³ Even at this stage, it was already expected that space would be used for peaceful purposes to promote international and scientific coordination. This committee also had the task of reporting on legal issues that might arise in the implementation of space exploration

² Walter Sullivan, *Angriff auf das Unbekannte: Das internationale geophysikalische Jahr* (Frankfurt am Main: Büchergilde Gutenberg, 1962), 423.

³ United Nations General Assembly, Resolution 1348 (XIII), 1958.

programs. In this, the beginning of space law as a legal matter can be recognized.⁴ From this ad hoc committee, the permanent UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space was established in 1959.⁵ They confirmed the fundamental considerations for the peaceful use of outer space, which subsequently led to the permanent establishment of the 'Committee on the Peaceful Uses of Outer Space' (UNCOPUOS).⁶ In the following months, several resolutions were adopted, which ultimately culminated in the Outer Space Treaty (OST), signed on January 27, 1967.

Space law essentially consists of five major international treaties, as well as additional agreements and resolutions. The five major space law treaties are characterized by comprehensive regulations and are mostly interconnected. They are as follows:

- Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, dated January 27, 1967,⁷
- Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts, and the Return of Objects Launched into Outer Space, dated April 22, 1968 ('Rescue Agreement' = RA),⁸
- Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, dated March 29, 1972 ('Liability Convention' = LC),⁹
- Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space, dated January 14, 1975 ('Registration Convention' = RC),¹⁰
- Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, dated December 18, 1979 ('Moon Treaty' = MT).¹¹

⁴ Marcus Schladebach, *Weltraumrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020), 119.

⁵ Ernst Fasan, *Weltraumrecht* (Mainz: Krausskopf-Flugwelt-Verlag, 1965), 25.

⁶ Marcus Schladebach, *Weltraumrecht*, 119.

⁷ United Nations General Assembly, *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*, UNGA Res. 2222 (XXI), 1966.

⁸ United Nations General Assembly, *Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts, and the Return of Objects Launched into Outer Space*, UNGA Res. 2345 (XXII), 1967.

⁹ United Nations General Assembly, *Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*, UNGA Res. 2777 (XXVI), 1971.

¹⁰ United Nations General Assembly, *Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space*, UNGA Res. 3235 (XXIX), 1974.

¹¹ United Nations General Assembly, *Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies*, UNGA Res. 34/68, 1979.

It is generally acknowledged that the OST of 1967 forms the foundation for the legal discipline and is further specified by the subsequent treaties enacted later.¹²

2. Principles of Space Law

The legal status of outer space is established in Article I of the OST and sets the fundamental direction for subsequent regulations. According to Article I, Paragraph 1 of the OST, the exploration and use of outer space, including the moon and other celestial bodies, shall be conducted for the benefit and in the interest of all countries, irrespective of their economic and scientific development status. Outer space is defined as “the province of all mankind,” meaning that it is a common space without sovereignty: it belongs to all states collectively and to no single state. No state may exercise sovereignty over outer space separately. This legal status is also found in other international regulations for areas beyond national jurisdiction, such as Antarctica, the high seas, and the deep seabed. The OST was influenced by the Antarctic Treaty of 1959, which emphasizes in its preamble that Antarctica shall be used exclusively for peaceful purposes.¹³ This concept was also adopted in the MT of 1979 and the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) of 1982. The MT refers to the Moon and its resources as the ‘Common Heritage of Mankind,’ which represents a nuanced shift from the term ‘province’ to ‘heritage.’ Article 4, Paragraph 1 of the MT designates the Moon as the province of all mankind, which can be seen as a reference to the OST.

All states have equal access to outer space. This freedom of access is explicitly addressed in Article I, Paragraph 2, of the OST with regard to the landing on celestial bodies and forms the basis of the general freedom of access to outer space under Article I of the OST: those who are permitted to explore and use outer space must first be able to reach it. This right of access is independent of a state’s technical, economic, or scientific capabilities. The communal principle also ensures access to states that currently lack the capability to travel to outer space. Thus, access is also available to states that are not currently planning space activities. This regulation emphasizes that access to outer space for all countries is granted “irrespective of their economic and scientific development.” This legal position represents freedom of access, but it is not an obligation of the international community to technically and economically enable

¹² Marcus Schladebach, “Schwerpunktbereich – Einführung in das Weltraumrecht,” *Juristische Schulung* no. 3 (2008): 217.

¹³ Antarctic Treaty of 1.12.1959, 402 UNTS 71; BGBl. 1978 II S. 1517, United Nations, 1959.

access for less developed states.¹⁴ The objection that only a few states worldwide can actually make use of this freedom of access is understandable. However, this does not lead to a claim by these states for support in space projects. Such an extensive interpretation of access that would require economic facilitation cannot be derived from Article I of the OST.

Article I of the OST establishes research freedom in outer space at several points. The treaty emphasizes that the primary interest of states is to explore the largely uncharted outer space. Therefore, one of the focuses of the treaty is research: both practical exploration through space activities (Paragraphs 1 and 2) and scientific research (Paragraph 3) are declared to be free. Practical exploration of outer space should be conducted for the benefit and in the interest of all countries, without discrimination, on an equal basis, and in accordance with international law. Research freedom allows for the free decision on the nature, form, and location of space-related research activities.¹⁵ However, the treaty does not provide for specific support measures by the international community, such as funding individual research programs. The authority for free research in outer space is granted to both public and private actors. While, in the early years of spaceflight, only public institutions had the necessary resources for space research, the spectrum has now expanded. Major private space companies like Virgin Galactic, Blue Origin, SpaceX, and the Airbus Group have demonstrated that space research has increasingly shifted to the private sector. Article VI of the OST confirms that non-governmental space entities also have the freedom to conduct research in outer space.

Article I of the OST emphasizes the economic freedom of using outer space, which is granted to both state and private entities. This freedom encompasses all forms of use, including those related to Earth, such as Earth observation and satellite positioning. However, purely Earth-bound activities are excluded. The use of outer space should be for the benefit and in the interest of all countries, which could be interpreted as an obligation to socialize the benefits of use. In practice, however, the use is aimed at self-interest. An obligation to share profits would significantly restrict economic activities in space.¹⁶ A similar concept in the UNCLOS of 1982 led to controversies and a subsequent

¹⁴ Marcus Schladebach, *Weltraumrecht*, 49.

¹⁵ Wolfgang von Kries, *Bernhard Schmidt-Tedd, and Kai-Uwe Schrogl, Grundzüge des Raumfahrtrechts* (München: C. H. Beck, 2002), 18.

¹⁶ Marcus Schladebach, *Weltraumrecht*, 51.

relaxation of the rules on profit distribution from deep-sea mining. The rejection of profit-sharing in the MT and the UNCLOS shows that states are not willing to bear the costs alone and share the benefits.¹⁷ Therefore, Article I of the OST is interpreted in a way that allows for the economic use of outer space for one's own benefit.

According to Article II of the OST, outer space, including the moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation through claims of sovereignty, use, occupation, or any other means. This provision complements Article I of the OST in the realm of sovereignty. The prohibition of national appropriation in Article II has led to significant legal debates, such as whether placing a US flag on the moon constitutes a violation of this prohibition,¹⁸ or whether the collection of lunar rocks, as permitted by the US Commercial Space Launch Competitiveness Act,¹⁹ is legally permissible. The central legal question is whether Article II only prohibits national appropriation or any form of appropriation, including private appropriation.²⁰ Various exceptions to this prohibition are also discussed.²¹

In outer space, it is prohibited to place objects that carry nuclear weapons or other weapons of mass destruction into Earth's orbit. It is argued that this prohibition does not apply if such weapons are not involved or are not placed into orbit.²² For instance, ballistic missiles and so-called orbital bombs are not covered by this restriction. Some of these regulatory gaps have been addressed through arms control agreements with limited duration.²³ According to Article IV, Paragraph 2 of the OST, the moon and other celestial bodies are subject to a prohibition on militarization. The so-called outer space must be used solely for peaceful purposes. However, if a state

¹⁷ Ibid.; Rüdiger Wolfrum, "Hohe See und Tiefseeboden (Gebiet)," in *Handbuch des Seerechts*, ed. Wolfgang Graf Vitzthum (München: C. H. Beck, 2006), Kapitel 4, Mn. 135.

¹⁸ Wolfgang von Kries, *Bernhard Schmidt-Tedd, and Kai-Uwe Schrogl, Grundzüge des Raumfahrtrechts*, 18.

¹⁹ *United States Commercial Space Launch Competitiveness Act*, Public Law No. 114-90, 129 Stat. 704, November 25, U.S. Government Publishing Office, 2015.

²⁰ Stephan Hobe, "Space Traffic Management – Some Conceptual Ideas," *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)* 65, no. 1 (2016): 2f.

²¹ Marcus Schladebach, *Weltraumrecht*, 57; Ricky Lee, "Article II of the Outer Space Treaty: Prohibition of State Sovereignty, Private Property Rights, or Both?," *Australian Journal of International Law* 11 (2004): 129.

²² Marcus Schladebach, "Schwerpunktbereich – Einführung in das Weltraumrecht," 220.

²³ Wolfgang von Kries, *Bernhard Schmidt-Tedd, and Kai-Uwe Schrogl, Grundzüge des Raumfahrtrechts*, 258.

wants to use military personnel for scientific research, this is allowed, and the necessary equipment or facilities may be carried out and utilized.

The principle of rescuing astronauts is written down in the RC. This agreement establishes the obligation of states to assist astronauts in distress and ensure their safe return, reflecting a key humanitarian aspect of space exploration. According to the agreement, any state that becomes aware of an astronaut in distress, whether on the surface of the Moon, other celestial bodies, or in space, is required to provide necessary assistance and facilitate their return to their home country.²⁴ The agreement also extends to the return of space objects, ensuring that objects launched into outer space are returned to their respective states if they land on the territory of another country.²⁵

The legal foundations for state responsibility in space activities derive from general international law. Article IV, Paragraph 1 of the OST states: “The States Parties shall be internationally responsible for national activities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, whether such activities are carried out by governmental or non-governmental entities (...).” In any case, the actions of state organs are attributed to the state, encompassing all individuals and units who act officially on behalf of the state according to domestic law. The specific organizational or operational form is irrelevant; what matters is that the acting individual is officially integrated into the state’s organizational framework and has been granted official authority.²⁶ Article VI, Sentence 1 of the OST extends international responsibility to space activities conducted by non-governmental entities as well. This means that space activities carried out by private companies fall under the international responsibility of the state that is a party to the treaty. There are no exceptions to state responsibility for violations, as the treaty maintains that any potentially unlawful actions are attributed to the contracting state. However, this assumption of international responsibility by the state for private entities cannot be entirely unconditional. The OST also anticipates that international organizations might operate in space. In such cases, Article VI, Sentence 3 of the OST stipulates that both the international organization and the contracting states to that organization are responsible for adhering to the treaty’s provisions.

²⁴ United Nations, *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*, Article V Abs. 1 S. 2. 1967.

²⁵ United Nations, *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*, Article V Abs. 2. 1967.

²⁶ Knut Ipsen, ed., *Völkerrecht*, 7th ed. (München: C. H. Beck, 2018), § 30, Rn. 7.

In addition to states and private actors, international institutions play a crucial role in the application and development of space law. The UNCOPUOS is the central body for discussing fundamental issues related to space.²⁷ Its initial task was to develop an international legal framework for outer space. The committee was mandated “to study the nature of legal problems which may arise from the exploration of outer space,” and its findings were adopted as a UN General Assembly resolution in 1963.²⁸ Another key institution relevant to space law is the International Telecommunication Union (ITU), a specialized agency established under Article 57 of the UN Charter. The ITU is responsible for allocating radio frequency bands and the corresponding orbital positions for satellites. Following the advent of space exploration, UNCOPUOS urged the ITU in 1961 to regulate satellite communications, which was a logical step due to the technical interconnection between satellite positioning (space law) and satellite communications (communications law), leading to an expansion of the ITU’s mandate.²⁹ The European Space Agency (ESA) was established by the ESA Convention on May 30, 1975.³⁰ Its goal is to promote a unified European space policy.³¹

Additionally, there are other space law-related institutions with more limited scopes of responsibility. These include the World Trade Organization (WTO), the World Intellectual Property Organization (WIPO), the International Civil Aviation Organization (ICAO), the International Maritime Organization (IMO), the World Meteorological Organization (WMO), the International Atomic Energy Agency (IAEA), the International Organization for Standardization (ISO), the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), which each have minor interactions with space-related matters.³²

3. What is arbitration?

Arbitration is an alternative form of dispute resolution to litigation which does not require recourse to the courts. It is a consensual process in the sense that it will only apply if the parties agree it should. In summary, arbitration is one of the Alternative

²⁷ Wolfgang von Kries, *Bernhard Schmidt-Tedd, and Kai-Uwe Schrogl, Grundzüge des Raumfahrtrechts*, 31.

²⁸ United Nations General Assembly, Resolution 1962 (XVIII), December 13, 1963.

²⁹ Gabriela Catalano Sgrosso, *International Space Law* (Florence: Logisma Editore, 2011), 434 ff.

³⁰ Outer Space Treaty 1297 UNTS 161, 187; BGBL. 1976 II, 1861, United Nations, 1967.

³¹ Marcus Schladebach, “Schwerpunktbereich – Einführung in das Weltraumrecht,” 218.

³² Marcus Schladebach, *Weltraumrecht*, 123.

Dispute Resolution (ADR) processes where a neutral party is selected to decide, similar to a judge in court. However, the proceeding has a lower cost with less time to proceed, and is more flexible than a court proceeding.

Arbitration awards, meaning the result of the process, are enforceable in over 150 countries worldwide due to the application of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. There are two primary types of arbitration: institutional and ad hoc. Institutional arbitrations are administered by arbitration institutions. Proceedings are typically conducted under arbitration rules selected by the parties, which have been drafted by the chosen institution. Ad hoc arbitrations are arranged solely between the arbitrators and the parties without the administration of an institution. The parties must devise and manage the arbitration procedure themselves under the supervision of the tribunal. They may choose to adopt a pre-existing set of arbitration rules, such as the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Rules of Arbitration, or conduct proceedings according to bespoke rules specifically drawn up for the case.

Arbitration offers several advantages, making it a highly effective method for dispute resolution. Firstly, arbitration allows parties to choose a neutral venue and appoint independent arbitrators, ensuring an unbiased resolution process. Secondly, arbitration provides significant procedural flexibility, permitting parties to agree on the rules and procedures that will govern their arbitration. Thirdly, arbitration can often be quicker and cheaper than traditional court litigation due to its streamlined procedures and the finality of the awards. Moreover, arbitration hearings are conducted in private, and awards are typically not published. There are rules that allow a party to request the arbitral tribunal to restrict access to trade secrets or other confidential information that it submits to the tribunal.

When one would like to view space arbitration as an own category within the international arbitration field, it can be easily defined as a dispute resolution mechanism in relation to space activities or space related activities. As shown below, there are already cases where this becomes a topic, and surely there will be more cases of space arbitration given the rise of space related activities. Arbitration proceedings in this area generally follow the framework of traditional arbitration but are altered to address the challenges posed by space activities. These proceedings begin with the initiation of the arbitration process, where one party (“Claimant”) formally notifies the other party (“Respondent”)

of its intention to arbitrate. This notification includes a description of the dispute, the relief sought, and a reference to the arbitration agreement or clause that governs the dispute. The selection of the arbitral tribunal follows, based on the provisions of the arbitration agreement. Given the specialized nature of space-related disputes, the parties often choose arbitrators with expertise in space law, technology, or industry practices to ensure a tribunal that is knowledgeable and equipped to handle the complexities involved. Once the tribunal is constituted, preliminary steps are undertaken to establish the terms of reference for the arbitration. This involves agreeing on rules, timetables, the seat of arbitration, the language of the proceedings, and the applicable law. A preliminary meeting may be held to discuss these matters and address any concerns or motions, including jurisdictional objections that might arise given the international and often transnational nature of space disputes.

The next phase involves the submission of written statements and the gathering of evidence. The claimant submits a statement of claim, while the respondent provides a statement of defense. These documents outline the factual background of the dispute, the legal arguments, and the evidence each party intends to rely on. Following the submission of these documents, the parties engage in an exchange of relevant evidence, which may include technical data, satellite telemetry, contractual documents, communications, or expert reports. Depending on the procedural rules agreed upon, there may be a discovery process, where each party can request additional information and documents from the other side. The arbitration then proceeds to the hearing stage, where an oral hearing is conducted. During this hearing, both parties present their arguments, examine and cross-examine witnesses, and provide expert testimony. Due to the technical nature of many space disputes, expert witnesses the field of international space law, or orbital mechanics often play a role in the proceedings.³³ Technical demonstrations or simulations may also be presented to illustrate specific points, especially when the dispute involves highly specialized issues like satellite collisions, orbital debris, or launch failures. Following the hearing, the arbitral tribunal enters the deliberation phase, where the arbitrators privately discuss the evidence, arguments, and applicable laws to reach a decision. Once the tribunal reaches a decision, it issues a written arbitral award. This award includes the tribunal's findings of fact, legal conclusions, and any orders for relief, which

³³ Xu Zhihe and Li Tingwei, "The Use of Expert Witness in Arbitration from the Perspective of SHIAC," accessed 8 January 2025, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/29/the-use-of-expert-witness-in-arbitration-from-the-perspective-of-shiac/>.

may involve monetary damages, specific performance, or other remedies. The award also typically addresses the allocation of costs, including arbitration fees and legal expenses.

The final stages of an arbitration proceeding involve the enforcement of the award and the possibility of appeal. The successful party may seek to enforce the award under the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards or other applicable legal frameworks. Given the global nature of space activities, enforcement may involve multiple jurisdictions, particularly if the parties or assets involved are located in different countries. There is also the possibility of challenging the award in the courts of the country where the arbitration took place or where enforcement is sought, although such challenges are generally limited to specific grounds such as procedural irregularities or lack of jurisdiction. The outcomes of space-related arbitration can vary widely depending on the nature of the dispute. Monetary compensation may be awarded for losses incurred due to a contractual breach, satellite collision, or launch failure. In some cases, the tribunal may order specific performance, requiring a party to undertake or refrain from specific actions, such as transferring control of a satellite, de-orbiting a spacecraft, or providing access to certain data.

B. Specific problems of arbitration in space

Space arbitration generally has three features that distinguish it from “normal” arbitration and make national courts, therefore, not optimistically responsible. Firstly, it is a highly technical field, and the arbitrator should have deep technological knowledge about the case, second, it is international since it is not very common for an operator to act alone, and lastly, it is confidential when it comes to dual-use technology, meaning technology, that can be used for civilian and military purposes. International arbitration is quite common in commercial disputes if the parties set up a contract between them that includes arbitration rather than court proceedings.³⁴ Besides this, there are core principles of both space law and international arbitration that are important to observe in space-related disputes.

³⁴ See *General clauses and conditions of the European Space Agency*, especially clause 35(2).

1. Confidentiality

As mentioned above, confidentiality is an important aspect of arbitration in general and is not that specific for space-related disputes. This confidentiality is crucial for all types of contractual disputes within the industry, including those related to satellite purchase agreements or launch services agreements. Typically, details of disputes that advance to arbitration in the space sector are disclosed through press releases issued by the involved companies or through financial statements that address receivables or allowances.³⁵ However, these disclosures are generally broad and designed to meet public disclosure requirements while adhering to contractual confidentiality clauses. Consequently, the specifics of the dispute are usually kept confidential.³⁶ The main exception to this confidentiality occurs when parties seek to challenge or enforce an arbitration award, as in the case of the Devas arbitrations.³⁷ In such instances, the party contesting or seeking to enforce the award must present the award as evidence in court, which makes both the arbitral decision and detailed information about the dispute publicly accessible.

2. Applicable Laws and Jurisdiction

As it can be difficult to define where space starts and what legal system may be applicable to a spacecraft, it can be challenging to define the applicable law, given that space is regarded as the province of mankind. Of course, this problem is simplified when the arbitration is about any contractual agreements that take place on earth and, therefore, help determine the correct jurisdiction. Furthermore, the jurisdiction in those cases is often agreed upon in writing. In any case, export controls may apply since the space industry is highly regulated, and the machines manufactured or used are often of a dual-use nature. Additionally, frequency bands and geostationary orbit slots are allocated by the ITU to states, which are then distributed to private entities according to national regulations. This results in numerous public law provisions affecting contractual relationships within the industry. Consequently, space industry contracts often require one party to secure the necessary export permits and frequency or orbit allocations. This may help with determining the applicable law.

³⁵ Jan Frohloff, "Arbitration in Space Disputes," *Arbitration International* 35, no. 3 (2019): 325.

³⁶ Marlon Meza-Salas, "Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction?," accessed 8 January 2025, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction/>.

³⁷ See below C. 1.a.

3. Politics, Sovereignty, and National Challenges

Space activities are inherently political due to the involvement of states or companies and the strategic interests they represent. This political dimension poses several challenges for arbitration in space, potentially undermining the neutrality and effectiveness of arbitration as a dispute resolution mechanism. Space activities often fall within the purview of national space agencies, which are either state-owned or state-backed. As a result, when disputes arise, they are not purely private matters but rather issues that touch upon national sovereignty and security. States may invoke sovereignty to resist arbitration or refuse to recognize and enforce arbitral awards that they perceive as infringing on their national interests.³⁸ This tension is particularly evident in situations where arbitration may require decisions on matters like the use of space resources, the positioning of satellites, or space traffic management, all of which have strategic implications for state actors. States consider outer space activities as an extension of their sovereignty and national interests, making them cautious of international dispute resolution mechanisms that might limit their autonomy.³⁹ In space arbitration, especially when states or state-owned entities are parties, political considerations can significantly influence the proceedings. Governments may exert pressure on arbitrators, directly or indirectly, to sway the outcome in their favor. A case in point is the MT. It was not widely ratified because states with active space programs viewed its provisions as potentially constraining their national interests. This demonstrates how political considerations can shape international agreements and, by extension, the mechanisms available for dispute resolution in space. In arbitration, similar political dynamics may surface, potentially hindering the effective resolution of space disputes.

4. Liability

Liability is a central issue in space activities, governed by a legal landscape involving international treaties, national laws, and private contracts. Several aspects of liability present problems for effective dispute resolution through arbitration, primarily because of the unique characteristics of space operations and the overlapping jurisdictions and regulations involved. The liability regime in international space law is primarily

³⁸ Stephen Gent, "The Politics of International Arbitration and Adjudication," *Penn State Journal of Law & International Affairs* 2, no. 1 (2013): 66.

³⁹ Nandasiri Jasentuliyana, *International Space Law and the United Nations* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 230.

outlined in the LC. It establishes that states are internationally liable for damages caused by their space objects, both on the surface of the earth and in outer space. Moreover, the LC imposes “absolute liability” on launching states for damage on the Earth’s surface or to aircraft, while “fault-based liability” applies to damage caused in outer space. This distinction introduces complexity into arbitration proceedings, as parties may need to establish fault, especially in space-related incidents involving private entities. Since arbitration typically involves private parties rather than states, aligning liability principles under the treaty with commercial contractual obligations can be problematic. Private space actors often use contracts to outline liability and indemnification terms, which can complicate arbitration. These contracts may include provisions that attempt to allocate risk, limit liability, or mandate indemnification. However, given the high-risk nature of space activities, liability caps, and indemnity clauses in these contracts can lead to disputes over their enforceability in arbitration. For example, if such a contract contains cross-waivers of liability where each party agrees not to claim against others for damage arising from space activities. These cross-waivers are mandated under national laws, such as the U.S. Commercial Space Launch Act, which aims to limit the liability of space operators. However, in an international arbitration context, enforcing these waivers can be complicated by differing national legal frameworks and public policy considerations. This problem is further compounded when third-party damages are involved, as the contracts’ cross-waiver provisions may not extend to third parties, raising questions about how liability should be allocated.⁴⁰ According to the LC, a state bears international responsibility for its national space activities, whether conducted by governmental or non-governmental entities. This state responsibility means that private disputes involving third-party claims can quickly escalate into international matters involving state liability. If a private space company causes damage to a third party on Earth, the injured party might pursue claims against the state under the LC, while the state, in turn, may seek recourse through contractual arbitration clauses with the private entity.⁴¹ This situation creates a web of potential liabilities and multiple forums for dispute resolution, undermining the efficiency of arbitration.

⁴⁰ Tanja Masson-Zwaan, “Liability and Insurance for Suborbital Flights,” in *A Safer Space for a Safer World*, ed. Lodewijk Ouwehand, ESA Special Publication 699 (Noordwijk, The Netherlands: European Space Agency, January 2012), 8.

⁴¹ Ram Jakhu and Joseph Pelton, *Space Safety Regulations and Standards* (Amsterdam: Elsevier, 2017), 47.

5. Investment

Investments in space raise complex economic questions when disputes arise. In the context of arbitration, the resolution of these disputes is complicated by issues related to high-value investments, unpredictable market dynamics, and the legal landscape of space commerce. Space activities require substantial capital investment, with long development cycles and uncertain returns. The significant financial risks involve issues such as financing, intellectual property, licensing, and contract performance. For instance, the cost of launching a satellite can run into hundreds of millions of dollars, and disputes over launch failures, delays, or satellite malfunctions can involve extensive claims for damages or lost revenue. Determining the appropriate compensation or damages in cases involving failed launches, damaged satellites, or unfulfilled service contracts can be challenging, as it often requires expert evaluation of technical and financial factors.⁴²

Many space-related investments are cross-border, involving international partnerships and investments in space infrastructure. Investors often seek protection through bilateral investment treaties or other international investment agreements, which may include provisions for investor-state dispute settlement mechanisms, often conducted through arbitration. However, enforcing these investment protection provisions can be problematic when space activities are involved due to overlapping jurisdictions and the involvement of sovereign states. States may resist arbitration proceedings brought by private investors under bilateral treaties, especially if the dispute touches on sensitive issues like national security, space policy, or strategic economic interests. This resistance may be based on claims of sovereign immunity or arguments that certain space activities fall within the scope of state regulatory powers. For instance, if a state introduces new regulations on satellite spectrum usage that adversely affect a foreign investor, the investor may seek arbitration under a bilateral treaty. However, the state could argue that the regulation is a legitimate exercise of its sovereignty, complicating the arbitration proceedings.⁴³ As highlighted by recent surveys, while existing arbitration frameworks are “adequate,” there remains an “opportunity for players in the arbitration market [...] to develop a reputation for comparative expertise in space-related dispute resolution.”⁴⁴

⁴² See Francis Lyall and Paul B. Larsen, *Space Law: A Treatise*, 2nd ed. (London: Routledge, 2018), 462-465.

⁴³ Magdalena Bas, “Back to Sovereignty? Policy Space in Investor-State Dispute Settlement,” *Revista Brasileira de Política Internacional* 65, no. 2 (2022): 4-6.

⁴⁴ Ben Love and Sagar Gupta, “Investor-State Space Arbitration Rules,” accessed 15 September 2024, <https://space-arbitration.com/investor-state-space-arbitration-rules/>.

6. Enforcement awards

Enforcement of arbitral awards is a central issue in international arbitration. An arbitration award is the final decision made by an arbitral tribunal in a dispute. It is similar to a court judgment and may include rulings on the rights and obligations of the parties, orders for the payment of damages, or other forms of relief.⁴⁵ A significant obstacle in enforcing arbitral awards in space disputes is the intersection of state sovereignty with international commercial interests. Enforcement can become difficult when states invoke sovereignty or diplomatic immunity to resist compliance with an arbitral award, especially in disputes implicating national interests or security.⁴⁶ Current frameworks, such as the PCA Optional Rules attempt to address this by including an automatic waiver of sovereign or other immunity when states or intergovernmental organizations are parties to the arbitration. Arbitral awards in space-related disputes are typically not publicly disclosed, making it difficult to assess how often enforcement issues arise and how they are resolved. This lack of transparency creates challenges for future disputes, as parties have limited precedent to rely upon when arguing for or against enforcement. It also hinders the development of best practices and standards for enforcing awards in the space sector. The effectiveness of current frameworks in addressing enforcement issues remains uncertain. Developing specialized institutions or enhancing the capacity of existing arbitral bodies to handle space-related enforcement could provide a path forward.

C. From Earth to Orbit-Space Disputes

1. Current areas of space-related arbitration

a. Satellites

Currently, the most prominent areas where disputes can arise and give space to arbitration are related to satellites. As of August 2024, there are over 10,000 active satellites currently in orbit around the Earth. Most of these satellites are in Low-Earth orbit, ranging from 400 to 1,200 kilometers above the planet's surface. A significant portion

⁴⁵ Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2004), 442.

⁴⁶ Ylli Dautaj, "Enforcing Arbitral Awards Against States and the Defense of Sovereign Immunity from Execution: A U.S. Perspective," *Penn State Journal of Law & International Affairs* 11, no. 2 (2023): 98–105.

of these active satellites, around two-thirds, belong to SpaceX's Starlink constellation.⁴⁷ Satellites serve various sectors, including television, telecommunications, navigation, scientific research, security, development, and climate and environmental monitoring. Disputes involving satellites may arise over matters such as contracts for satellite launches and deployments, operational and service agreements, or issues related to spectrum allocation and frequency interference, and therefore follow "the whole life cycle of a satellite"⁴⁸, starting with the late delivery of satellites⁴⁹ because the satellite can only make money if it's in space. This is a highly technical and difficult process, and because of that, a financial risk for all parties involved. In most cases, the company that is building the satellite is not the one flying it into space. If the carrying party cannot provide this launching service, it could lead to arbitration.⁵⁰ Another field of arbitration is after the launch when the satellite in space is either not in the correct spot or is not working at all. Even if the manufacturer is contractually ending his liability with the launch, they still would need to prove that the defect is not their fault. In the arbitration of *Thuraya Satellite Communications vs. Boeing Satellite Systems International* for example, Thuraya could not prove that Boeing's manufactured satellite was faulty.⁵¹ Further points of arbitration could cover the sale and purchase of satellites already in orbit, the lease of orbital satellites, and the right to operate the satellite at a specific position.

One special field within the satellites is investment arbitration, meaning a specialized form of arbitration that involves resolving disputes between foreign investors and host states. It is typically used to address conflicts arising from investments made by individuals or companies in a foreign country.⁵² Private companies cannot obtain a spot for satellite launching from the International Telecommunication Union by themselves but have to rely on their state and their national telecommunication regulatory

⁴⁷ SpaceWatch Global, "Look Up: Space Reports More Than 10,000 Active Satellites in Orbit," accessed 26 August 2024, <https://spacewatch.global/2024/06/look-up-space-reports-more-than-10000-active-satellites-in-orbit>.

⁴⁸ Jan Frohloff, "Arbitration in Space Disputes," 309.

⁴⁹ Such as in *Space Communication Ltd. v. Israel Aerospace Industries Ltd.*, discussed in Jan Frohloff, "Arbitration in Space Disputes," 310.

⁵⁰ As in *Avanti Communications Group vs. Space Exploration Technologies*, see *Avanti Communications Group vs. Space Exploration Technologies*, see SpaceNews Staff, "Avanti Wins Arbitration Award Against SpaceX," accessed 26 August 2024, <https://spacenews.com/avanti-wins-arbitration-award-against-spacex/>.

⁵¹ Jan Frohloff, "Arbitration in Space Disputes," 313.

⁵² Andrea K. Bjorklund, "The Emerging Civilization of Investment Arbitration," *Dickinson Law Review* 113, no. 4 (2009): 1269.

authority. Therefore, private actors and states have to work together, which could lead to tensions. One prime example of this practice is the Devas Arbitration, a series of international arbitration cases arising from the termination of a contract between Devas Multimedia, a private Indian company, and Antrix Corporation, the commercial arm of the Indian Space Research Organization. This deal was designed to enable Devas to provide multimedia services across India using a hybrid satellite and terrestrial communication system.⁵³ In 2011, Antrix terminated the contract following a decision by the Indian government, which cited reasons of national security and public interest. Devas claimed that this termination was unjust and initiated arbitration proceedings under the ICC. In 2015, an ICC tribunal ruled in favor of Devas, finding that Antrix had wrongfully terminated the contract and awarding Devas approximately \$562.5 million in damages, plus interest.⁵⁴ Following the ICC award, Devas's investors pursued additional claims under bilateral investment treaties that India had signed with Mauritius and Germany, mainly because of subcontractors. They argued that the actions of the Indian government violated their rights as foreign investors. These disputes were arbitrated under the rules of UNCITRAL.⁵⁵ In 2016, a tribunal under the PCA in Den Haag awarded Devas's Mauritius investors around \$111 million plus interest. Similarly, in 2020, a tribunal under the Germany-India treaty also ruled in favor of Devas's German investors, awarding them compensation. India contested these arbitration awards in various jurisdictions, alleging fraud and corruption in the original Devas-Antrix agreement.⁵⁶ Despite these challenges, Devas and its investors sought to enforce the awards internationally, including efforts to seize Indian state assets abroad to recover the awarded sums. In January 2021, the Indian government initiated proceedings to liquidate Devas Multimedia, accusing the company of fraudulently securing the original agreement with Antrix. In January 2022, the Supreme Court of India upheld the government's decision to wind up Devas, effectively blocking enforcement efforts within India.⁵⁷ This goes to show that arbitration proceedings in relation to space activities are actually happening right now and are quite detailed, and the financial stakes are high.

⁵³ Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. 2022-34, Claimant's Statement of Claim, 8.

⁵⁴ Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. 2022-34, Claimant's Statement of Claim, 2.

⁵⁵ Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. 2022-34, Claimant's Statement of Claim, 1.

⁵⁶ Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. 2022-34, Claimant's Statement of Claim, 122.

⁵⁷ Krishnadas Rajagopal, "Supreme Court Upholds Tribunal Decision to Wind Up Devas," accessed 2 September 2024, <https://www.thehindu.com/news/national/supreme-court-upholds-tribunal-decision-to-wind-up-devas/article38281536.ece>.

b. Space Mining

A second big field is the area of disputes relating to space mining, although not really practiced yet. In 2020, NASA revealed plans to begin lunar mining in collaboration with private companies as part of the Artemis program. Both China and India also have lunar programs with potentially comparable capabilities.⁵⁸ Disputes may arise in this field over mining rights, contracts, and environmental harms. As mentioned before, the OST prohibits any national appropriation. NASA's Artemis Accords, which are non-binding statements, addressing resource extraction and space resource utilization in Section 10. They clarify that these activities must adhere to the OST but emphasize that resource extraction does not automatically equate to national appropriation. They also aim to create safety zones in Article 11, with a view to enabling resource extraction to be carried out without interference by others. Those accords may have their legal failure itself, but at least they try to access the topic. On the other hand, some national laws have recognized the ability to extract celestial resources, such as the National Space Act of the USA mentioned above. However, disputes may arise if private companies take on this mission, whereas under the current legal framework, those parties have to seek national support under the LC. Contractual disputes risks may also arise from the uncertainty of the regulatory landscape, and face their own specific problems, given to the uncertain distances and process involved in the mining itself.

At the international level, States already have obligations to prevent harmful contamination both in space and on Earth, as outlined in the OST and MT. The increasing dispute resolution aimed at attributing liability for climate-related damages caused by terrestrial activities highlights the types of claims we might encounter concerning harmful activities in space that could negatively affect third parties. The distinctive nature of space-based resource extraction may present even greater challenges in determining liability compared to those encountered in climate-related claims. It could be particularly challenging for claimants to prove specific harm if the damage occurs in the space environment rather than on Earth.

⁵⁸ Julia Dreosti et al., *Satellites and Space: Using Arbitration to Resolve Disputes in the New Frontier* (London: Clifford Chance LLP, 2023), accessed 26 August 2024, <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2023/06/satellites-and-space-using-arbitration-to-resolve-disputes-in-the-new-frontier.pdf>.

c. Space tourism

One of the more emerging fields, next to space mining, is the practice of space tourism, where it's evident that disputes arise as well. So far, usually the tourists sign a contract with the operator. In most cases, this is one company with a certain jurisdiction. This normally leads to claims being brought to a national court. However, the problem of jurisdiction can get more and more complex if there are multiple companies working together to bring this experience to their customers. If multiple jurisdictions and countries are involved, for example two companies work jointly together, and launch from a third state, the determination of the legal framework when it comes to damages can be complex. Different countries may have varying regulations and standards for space tourism. Harmonizing these regulations and ensuring compliance can be a challenge for arbitration processes. The current framework of arbitration may have to adapt because of this as well, as discussed below. Contractual disputes in space tourism are often intricate due to the detailed nature of agreements involved. Contracts between space tourism companies and their clients typically cover extensive clauses related to safety, services, and liability. Disagreements over these terms can be complex, necessitating arbitration to interpret and enforce contractual obligations. Moreover, disputes may arise between commercial entities and individual consumers, requiring arbitration to address consumer protection issues in a way that balances the interests of both parties. Environmental and ethical concerns also present challenges. Space tourism can impact the space environment and contribute to space debris, leading to disputes over environmental damage and liability. Arbitration may struggle with these novel issues, which lack established legal precedents. Ethical concerns regarding the commercialization of space and its effects on scientific exploration or cultural values can further complicate the arbitration process, requiring sensitive and balanced decision-making. Procedural challenges also play a role. The logistics of conducting arbitration proceedings involving space tourism parties may require innovative approaches, such as remote hearings and evidence presentation. These procedural issues can add complexity to the arbitration process, potentially impacting its efficiency and effectiveness.

2. The current state of space arbitration practice

The current state of space arbitration practice remains underdeveloped despite the growing need for effective dispute resolution mechanisms. While existing frameworks like the PCA's Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities

provide a starting point, they have not been widely tested. Additionally, there is an ongoing debate about whether the current arbitration mechanisms are sufficient to handle the complexities of space disputes, especially as private entities become more involved in space activities. The development of more specialized institutions or rules tailored specifically for space disputes may be necessary to address these gaps effectively.

a. The Space Treaties

When it comes to arbitration and liability, Articles VI and VII of the OST establish that states are internationally responsible for the activities of their governmental and non-governmental entities in outer space. They also require that non-governmental entities operating in outer space must be authorized and continuously supervised by their respective states. These states are held liable for any damage caused to another contracting state, or its natural or juridical persons, by an object they have launched into outer space. However, the OST does not address what would happen if such liabilities were invoked, and as shown before, private entities are not permitted to bring a claim against a liable government directly.

Since this problem is only implied in the OST, we have to look into the LC, which deepens the topic of Article VI and VII. Article XIV of the LC states, that if no settlement of a claim has arrived through diplomatic negotiations as provided for in Article IX, within one year from the date on which the claimant state notifies the launching state that it has submitted the documentation of its claim, the parties concerned shall establish a claims commission at the request of either party. In reality, however, this process could be very lengthy and difficult to realize. For instance, there are no provisions for default appointments, meaning that if a party fails to nominate a commission member, the claims commission would consist of just one member. This creates the risk that a dispute of significant national and international importance could be decided by a single individual, merely due to a missed deadline. Additionally, there are no modern-day standards ensuring the independence and impartiality of the adjudicators.⁵⁹ Article XI states that a state shall not, however, be entitled to present a claim under this Convention in respect of the same damage for which a claim is being pursued in the courts or administrative tribunals or agencies of a launching state or under another

⁵⁹ Rachael O'Grady, "Star Wars: The Launch of Extranational Arbitration?," *CI Arb Arbitration Journal* 82, no. 4 (2016): 3.

international agreement which is binding on the states concerned. This means the claim cannot be made in national courts and before the commission twice. The process is not binding unless the parties explicitly agree to make it so, and even if they do, the enforceability of a decision by the Claims Commission remains untested, see Article XIX.

b. Approaches of intergovernmental bodies

To address these shortcomings, both the United Nations Office for Outer Space Affairs and the UNCOPUOS held a conference on those topics back in 1996 and suggested that a special chamber should be implemented in the ICC to deal with space-related activities. This means, that the problem of missing dispute resolution methods has been known for almost 30 years now. It is therefore not surprising, that there are multiple attempts today to address this.

Intergovernmental bodies, meaning entities created by a treaty or other formal agreement between two or more sovereign states, such as the International Telecommunications Satellite Organization (ITSO), adopted arbitration in its constitutional agreement.⁶⁰ This is especially helpful since the ITSO is not a state and can, therefore, not rely on the LC without any problems. Arbitration is to be conducted in accordance with Annex A of the ITSO Agreement, which sets out various procedural rules. The European Telecommunications Satellite Organization (EUTELSAT) also stipulates mandatory arbitration for its member states.⁶¹ The ESA Convention also provides for optional arbitration in case of a dispute,⁶² similar to the Constitution of the ITU.⁶³ Additionally, bilateral and multilateral agreements between states often include arbitration clauses, such as the International Space Station Intergovernmental Agreement.⁶⁴ By analyzing those multilateral agreements, it is observable that arbitration clauses are already common in the space industry. Furthermore, there are numerous commercial contracts between industry operators that contain arbitration clauses, some of which have already been utilized.⁶⁵

⁶⁰ Agreement Relating to the International Telecommunications Satellite Organization, Article XVI, 1971.

⁶¹ *EUTELSAT Amended Convention*, Annex B, European Telecommunications Satellite Organization, 2002.

⁶² Convention for the Establishment of a European Space Research Organisation, Article XVII, European Space Agency, 1962.

⁶³ *Constitution of the International Telecommunications Union (ITU)*, Art. 56, International Telecommunication Union, 1992.

⁶⁴ Space Station Agreement Between the United States of America and Other Governments, Art. 23.

⁶⁵ Rachael O'Grady, "Star Wars: The Launch of Extranational Arbitration?," 5.

c. Permanent Court of Arbitration

The PCA and its Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities (PCA Outer Space Rules) are a little bit more public, and therefore more compliant with the space treaties. These rules are based on the UNCITRAL Rules⁶⁶ with specifications for space disputes. The PCA Outer Space Rules already apply whenever two or more parties agree to use them for any disputes arising between them “in respect of a defined legal relationship”, Article 1 PCA Outer Space Rules. The same article clarifies that “the characterization of a dispute as relating to outer space is not necessary for the jurisdiction where parties have agreed to settle a dispute under these rules.” This would solve the potentially problematic uncertainty over what constitutes a dispute related to outer space, making jurisdiction dependent solely on the parties’ agreement and not on the place of action or failure. The rules also explicitly state that by adopting them, parties automatically waive any sovereign or other immunity that might otherwise apply, Article 1 Section 2 PCA Outer Space Rules. This opens the gates that not only states but also the intergovernmental organizations operating in space have access to arbitration, and cannot claim that there are problems with jurisdiction.

The rules also include specific requirements for the notice of arbitration. Claimants are required to identify “any rule, decision, agreement, contract, convention, treaty, constituent instrument of an organization or agency, or relationship” that has given rise to the dispute, Article 3 Section 3 PCA Outer Space Rules. By choosing a rather unspecific language in said article, it is tried to make sure that they can be applied to a variety of cases. Additionally, the rules oblige the Secretary General of the PCA to maintain optional lists of arbitrators and experts in this field, Article 10 Section 4 and Article 29 Section 7 PCA Outer Space Rules. These lists are intended to assist the parties in appointing a tribunal and to provide support for both the parties and the tribunal in selecting any necessary experts. The rules also offer additional features designed to address the unique challenges of space-related arbitration, such as the possibility to request a “non-technical document” from the parties to help them understand “scientific, technical or other specialized information”, Article 27 Section 4 PCA Outer Space Rules. Additionally, a “confidentiality advisor” may be appointed to assist the tribunal in determining whether certain documents, which may be so technically complex

⁶⁶ Fausto Pocar, “An Introduction to the PCA’s Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities,” *Journal of Space Law* 38 (2012): 171.

that they have little relevance to a layperson, should be treated as confidential, Article 17 Section 8 PCA Outer Space Rules.

Another arbitral institution worth mentioning is the ICC and its rules of arbitration, which could be applied to space-related issues as well. In particular, the ICC rules are well-suited for disputes arising from commercial agreements in the space industry, such as satellite launches, procurement contracts, or joint ventures. In these scenarios, parties can agree to resolve their disputes under the ICC Rules, ensuring a neutral, reliable, and enforceable arbitration process. Additionally, the ICC Rules offer flexibility, allowing parties to adapt the proceedings to the specific needs of space law disputes. This flexibility includes selecting arbitrators with expertise in space law, incorporating confidentiality provisions to protect sensitive information, and utilizing specialized procedural rules when necessary. The choice of rules also depends on the types of parties involved. The PCA is particularly well-suited for disputes involving states, intergovernmental organizations, or state entities, given its historical focus on public international law and its ability to address disputes involving public international law principles, such as those found in space treaties. This framework is ideal when disputes involve state responsibility, liability under international treaties (such as the OST or the LC), or issues concerning the regulation of space activities. On the other hand, the ICC is often more suitable for private commercial disputes or those involving private companies and non-governmental organizations. The ICC Arbitration Rules provide a neutral forum for private parties and are designed to handle disputes efficiently, with a strong focus on confidentiality, enforceability, and commercial realities. This makes the ICC a better choice for private entities engaged in space-related activities, such as satellite operators, launch service providers, or manufacturers. Awards rendered under ICC arbitration are generally more widely recognized and enforceable under the New York Convention, which has over 160 signatory states. This makes ICC arbitration particularly attractive for disputes involving private parties or cross-border commercial transactions where enforceability across multiple jurisdictions is critical. While PCA awards can also be enforceable under the New York Convention, the PCA's focus on disputes involving public international law may sometimes lead to challenges in enforceability, especially when state immunity or other public policy considerations are at play. The choice between the ICC Rules of Arbitration and the PCA Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities depends largely on the specific circumstances of the dispute.

In 2021, the Dubai International Finance Centre (DIFC) launched its “Courts of Space” as part of its Courts of the Future initiative. This initiative aims to establish a judicial network to meet modern space exploration’s commercial demands and encourage businesses to use DIFC Courts for resolving space-related disputes. As part of this effort, the DIFC has released two editions of a “Space Dispute Guide”⁶⁷, detailing court procedures and jurisdictional frameworks for handling various types of space disputes.

D. Approaches for the future

Arbitration has proven to be an effective method for resolving disputes and is often regarded as the most promising approach for space-related conflicts. However, it is crucial to remember that arbitration is a voluntary process requiring parties to agree to it, usually through an agreement, treaty, or a special “compromise.” Given that there have been very few publicly known disputes arising from space activities over the last few years, it is reasonable to question whether there is a need to further establish arbitration specifically for space disputes. Additionally, because arbitration is a predominantly confidential process, the extent of its current use in space disputes remains somewhat unclear. However, some scholars argue that the current arbitration system for space disputes is not sufficient, even with the PCA Outer Space rules.⁶⁸ The following will be a short overview of alternative regulations and the question of whether there is a need to develop a legal framework.

a. International space arbitration organization

One option would be the establishment of an own organization for the disputes arising from space arbitration. This would have, of course, the advantage that this is a specialized body with extensive knowledge in one field. The growing involvement of private companies in space activities necessitates a dispute resolution mechanism that is reliable and fair. An international space arbitration organization could assure private entities that their rights and investments will be protected under a well-defined legal

⁶⁷ DIFC Courts, *Space Disputes Guide*, 2nd ed. (Dubai: Dubai International Financial Centre Courts, 2024), accessed 3 September 2024, <https://www.difccourts.ae/media-centre/publications/space-disputes-guide/space-disputes-guide-edition-2>.

⁶⁸ See for example Geraldine Goh, *Dispute Settlement in International Space Law* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007), 139 ff.

framework. Again, space law disputes may fall under different jurisdictions or legal frameworks, leading to inconsistent rulings and uncertainty. An international space arbitration organization could provide a unified legal forum with standardized procedures, leading to more predictable and consistent outcomes. This uniformity could reduce risks for companies and encourage investment in space activities. On the other hand, even with an international space arbitration organization, enforcing arbitration awards could be difficult. Space law involves sovereign states and private entities across various jurisdictions. If a country refuses to recognize or enforce an arbitration award, the effectiveness of such an organization would be limited. This issue exists in current international arbitration practices but might be exacerbated in the context of space disputes.

There have been attempts to establish something similar. In 1996, a colloquium was held focusing on “Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice (ICJ).”⁶⁹ Among the topics discussed was the court’s potential role in handling disputes in the evolving field of international space law. Suggestions during this colloquium included establishing a special chamber within the ICJ to handle space law disputes, similar to existing chambers for environmental law, as discussed below.⁷⁰ The discussion considered whether such a chamber could implement fast-track procedures and provide standing for international organizations.

Later, at the Third United Nations Conference on the Exploration and Peaceful Uses of Outer Space Technical Forum in Vienna in 1999, the need for a new dispute resolution framework for space commercialization was highlighted.⁷¹ The forum emphasized three key points: the current space treaties do not adequately address dispute settlement for the evolving scope of space activities, they mainly focus on inter-state disputes, and there is a need for mechanisms suitable for space activities, particularly involving non-state actors. This led to ongoing discussions about creating a specialized dispute resolution mechanism to handle the complex nature of space law.

⁶⁹ Conny Peck and Roy S. Lee, eds., *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice: Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50th Anniversary of the Court* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997).

⁷⁰ Geraldine Goh, *Dispute Settlement in International Space Law*, 63 f.

⁷¹ United Nations, *Proceedings of the Workshop on Space Law in the Twenty-First Century*, UNISPACE Technical Forum, July 1999, 193.

b. ICJ

Another proposal that was already discussed in 1996 is the involvement the ICJ in the process. Specifically, some have suggested establishing a dedicated chamber within the ICJ for outer-space disputes, similar to the environmental chamber created in 1993.⁷² The primary advantage of such a chamber would be its ability to handle cases with specialized knowledge while retaining the option to refer cases to the full court if necessary. However, the environmental chamber of the ICJ has not yet proven successful, having not published a single case.⁷³ One key reason for this is the lack of a universally accepted body of environmental law under which disputes could be brought. While space law is more agreed upon on a level of what happens in space, the specific process of arbitration in front of the ICJ may be cumbersome due to a specific lack of uniformity at the international or cooperative level, which could reduce the willingness of parties to use this chamber to resolve disputes. Given the current absence of broadly recognized international agreements to facilitate the resolution of space-related disputes, the viability of an ICJ space chamber remains uncertain.⁷⁴ For these reasons, the idea of using the ICJ may not be the preferred option.

c. Multi-Door Courthouse System

The “multi-door courthouse” (MDC) approach is a concept designed to offer multiple avenues for dispute resolution, beyond the traditional court litigation system. The application of this model to space law remains largely theoretical at this point, with scholars exploring its potential as part of the broader conversation on how to develop effective dispute resolution frameworks for the increasingly commercialized and complex domain of outer space.⁷⁵ The origin of this approach can be traced back to Prof. Frank Sander, who had the theory, that instead of a single dispute resolution forum, a settlement center or multi-door courthouse would direct parties to the most suitable mechanism for their case, which could include mediation, arbitration, fact-finding,

⁷² George Khoukaz, “ADR That Is Out of This World: A Regime for the Resolution of Outer-Space Disputes,” *Journal of Dispute Resolution* 2018, no. 1 (2018): 274.

⁷³ Lotta Viikari, “Towards More Effective Settlement of Disputes in the Space Sector,” *Lapland Law Review* 1, no. 1 (2011): 241.

⁷⁴ George Khoukaz, “ADR That Is Out of This World: A Regime for the Resolution of Outer-Space Disputes,” 275.

⁷⁵ See for that especially Geraldine Goh, *Dispute Settlement in International Space Law*, 243 f.

malpractice review panels, superior courts, or an ombudsman.⁷⁶ Sander envisioned a single, large courthouse with multiple “doors” for dispute resolution, where each case would be assessed and directed to the most suitable process. These processes could include conciliation, mediation, arbitration, or social services.⁷⁷ An MDC’s screening and referral process is designed to identify the nature and specifics of the dispute, allowing it to be channeled to the most appropriate dispute resolution mechanism. This system aims to reduce court caseloads, expedite the resolution process, and provide a more accessible and effective means of resolving disputes.

The process begins with an initial case assessment, where the nature of the dispute and the parties’ needs are evaluated. This assessment helps determine the most appropriate dispute resolution method. For example, complex disputes involving technical issues may be better suited to arbitration, while parties willing to negotiate might benefit more from mediation.⁷⁸ Once the appropriate method is identified, the case is referred to that process within the MDC.⁷⁹ Mediation involves a neutral mediator who facilitates discussions between the parties to help them reach a mutually acceptable agreement. In contrast, arbitration involves an arbitrator or a panel of arbitrators who make a binding decision based on the evidence and arguments presented. The system may also include other specialized processes, such as expert determination for technical disputes or negotiation sessions for less formal resolutions. Following the dispute resolution process, the MDC ensures that the outcomes are implemented and monitored. This may involve enforcing agreements, addressing any remaining issues, and providing support to ensure compliance.⁸⁰

The MDC approach could be suitable for arbitration purposes, because the international legal system relies not only on substantive laws but also on procedural rules. This need is amplified in international law, which lacks of legislative and executive branches, unlike national law. Therefore, there is a risk of gaps in international law that

⁷⁶ Frank E. A. Sander, “National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with Administration of Justice,” *Federal Rules Decisions* 70 (1976): 79.

⁷⁷ Geraldine Goh, *Dispute Settlement in International Space Law*, 267.

⁷⁸ *Ibid.*, 275.

⁷⁹ Gladys Kessler and Linda J. Finkelstein, “The Evolution of a Multi-Door Courthouse,” *Catholic University Law Review* 37, no. 3 (1988): 589 f.

⁸⁰ Sarah Cole, Craig McEwen, and Nancy Rogers, *Mediation: Law, Policy, Practice* (New York: Aspen Publishers, 2001), chap. 6, para. 15.

needs to be closed. Traditional dispute resolution methods—such as negotiation, mediation, and arbitration—need to be re-evaluated to address the complexities of modern international space law, especially via the multi-door courthouse model. This model offers a flexible approach to dispute resolution by providing multiple avenues for addressing conflicts.⁸¹ In addition, the system enhances efficiency by integrating both mediatory and adjudicatory models. This dual approach aims to speed up the resolution process while improving the overall quality of the outcomes. By offering various methods, the MDC can effectively address different types of disputes and meet the needs of all parties involved. Moreover, the system includes a crucial connection between dispute resolution and enforcement mechanisms.⁸² This integration ensures that rules are clarified and implemented effectively. In the context of space law, where international cooperation and transnational issues are prominent, the MDC could significantly improve dispute management. It addresses traditional concerns about sovereignty by offering a structured, multi-faceted approach that balances mediation and adjudication, thus fostering a more organized and coherent system for maintaining peace and security in outer space.

E. Summary

As space activities transition from state-sponsored missions to commercial operations, disputes related to space activities are becoming more common and increasingly complex. This article highlighted the growing need for arbitration as an effective mechanism for resolving space-related conflicts, particularly in key areas such as satellite operations, space mining, and space tourism. The discussion outlined how disputes in these fields arise and the unique challenges they pose to existing arbitration frameworks. Moreover, it explores current international treaties' limitations and specialized arbitration bodies' potential role.

Not only can one expect a rise in arbitration claims related to space activities in the future, but such disputes are already taking place. These disputes will be diverse, varying in both subject matter and the resources involved. Private space activities now encompass a much wider range of operations compared to state-sponsored missions,

⁸¹ Karl-Heinz Böckstiegel, "Streitbeilegung bei der kommerziellen Nutzung des Weltraums," in *Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag*, eds. K.-H. Böckstiegel et al. (Cologne: Carl Heymanns Verlag, 1994), 39.

⁸² Geraldine Goh, *Dispute Settlement in International Space Law*, 296.

leading to more intricate legal implications. Today, private space ventures include everything from asteroid mining to sending private citizens on space tourism flights, further complicating the legal landscape. The main challenge in resolving such disputes is that private entities are often bound by a legal framework originally designed for public entities. Although some organizations, such as ESA, have developed their own dispute settlement mechanisms, a detailed analysis of these is beyond the scope of this discussion. However, the question of whether there is an actual need for the development of a unified legal framework specifically tailored to address the complexities of space disputes cannot be answered with certainty. As it was shown, there are already instruments and frameworks in place that are, at least in theory, well-equipped to handle space-related cases. Of course, when they are combined or implemented, the effectiveness may be increased. It needs to be remembered, that arbitration remains a voluntary act. It is in the interest of all relevant space actors to minimize their own financial and legal risk by, for example, clarifying these matters beforehand. By relying on, for example, the PCA Optional rules, the disputes may be already prepared for before they arise. It remains to be seen if, over time, the existing rules are sufficient to cover space arbitration or if it becomes clear that this system needs to be reconsidered.

Transforming Rehabilitation: Evaluating the Impact of
Part-Privatisation in the Probation Services of the United Kingdom
การปฏิรูปงานแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด: การประเมินผลกระทบจากการแปรรูป
รัฐวิสาหกิจแบบบางส่วนในงานคุมประพฤติของสหราชอาณาจักร

Suphat Phoophanichjaroenkul

สุภัทร์ ภูพานิชเจริญกุล

Probation Officer Professional Level

Department of Probation, Ministry of Justice

พนักงานคุมประพฤติชำนาญการ

กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม

Corresponding author E-mail: suphatfu@gmail.com

(Received: May 6, 2025; Revised: July 29, 2025; Accepted: August 15, 2025)

Abstract

This article critically examines the outcomes of Transforming Rehabilitation, a major reform that restructured probation services in the United Kingdom by outsourcing responsibilities to private entities. Designed to reduce recidivism, enhance operational efficiency, and inject innovation into offender management, the reform marked an unprecedented shift from traditionally state-led probation services toward privatization. Low- and medium-risk offenders were assigned to Community Rehabilitation Companies (CRCs), incentivized through contractual mechanisms such as Fee for Service and Payment by Results, while the National Probation Service (NPS) remained responsible for high-risk cases.

Findings reveal that the reform fell short of its goals. Private providers consistently failed to deliver comprehensive resettlement services, leaving offenders without crucial support during reintegration. Probation services suffered from a lack of innovation and diminished quality standards, due in part to insufficient pilot testing and flawed risk assessment processes. Financial pressures led to the collapse of several CRCs, undermining the program's stability and eroding public trust in rehabilitative approaches. This loss of confidence contributed to a growing preference for punitive sentencing over community-based rehabilitation.

The article proposes strategic adjustments to address these shortcomings. These include narrowing the scope of privatization to a supplementary role, reinforcing the NPS as the primary public provider, and reconfiguring financial incentives to encourage voluntary sector participation. Robust pilot programs and stronger regulatory oversight are recommended to ensure accountability, risk mitigation, and service quality. Ultimately, the study underscores the importance of maintaining public integrity in probation services while fostering sustainable partnerships that balance efficiency with rehabilitative outcomes.

Keywords: Transforming Rehabilitation, Privatisation, Probation Services

บทคัดย่อ

บทความนี้วิเคราะห์ผลลัพธ์ของนโยบาย “Transforming Rehabilitation” ซึ่งเป็นการปฏิรูปโครงสร้างงานคุมประพฤติในสหราชอาณาจักรโดยให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงาน ภายใต้ความประสงค์ในการลดอัตราการกระทำผิดซ้ำ เพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน และเสริมสร้างนวัตกรรมในการบริหารจัดการผู้กระทำผิด การปฏิรูปนี้ได้มอบหมายหน้าที่โดยให้บริษัทเอกชนที่เป็นผู้รับผิดชอบในการดูแลผู้กระทำผิดที่มีความเสี่ยงต่ำถึงปานกลางผ่านวิสาหกิจเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดในชุมชน (Community Rehabilitation Companies) ในขณะที่หน่วยงานคุมประพฤติแห่งชาติ (National Probation Service) ยังคงรับผิดชอบผู้กระทำผิดที่มีความเสี่ยงสูง การประยุกต์ใช้เครื่องมือทางการเงิน เช่น “ค่าตอบแทนตามการให้บริการ” และ “การจ่ายเงินตามผลลัพธ์” ถูกนำมาใช้เพื่อดึงดูดการลงทุนจากภาคเอกชนและคาดหวังว่าจะเกิดนวัตกรรมด้านเทคโนโลยี

จากการศึกษาพบว่าผลการดำเนินงานตามแผนปฏิรูปไม่เป็นไปตามเป้าหมายที่กำหนด ผู้ให้บริการเอกชนไม่สามารถจัดทำบริการเพื่อสนับสนุนการกลับคืนสู่สังคมได้อย่างเพียงพอ ส่งผลให้ผู้กระทำผิดที่ได้รับการแก้ไขฟื้นฟูไม่ได้รับความช่วยเหลือ การให้บริการงานคุมประพฤติขาดความคิดริเริ่มใหม่ และมาตรฐานงานและคุณภาพลดลง ซึ่งสาเหตุหลักเกิดจากการขาดการทดลองนำร่องที่เพียงพอก่อนการขยายผล รวมถึงข้อบกพร่องในกระบวนการประเมินความเสี่ยง ปัญหาทางการเงินทำให้วิสาหกิจเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดในชุมชนหลายแห่งล้มละลาย ผลกระทบต่อเสถียรภาพของงานคุมประพฤติและความเชื่อมั่นของประชาชนที่ลดลง จนกลายเป็นปัจจัยให้แนวคิดการลงโทษได้รับความนิยม ขณะที่แนวทางการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดในชุมชนถูกลดบทบาทลง

บทความเสนอแนวทางแก้ไขที่สำคัญ ได้แก่ การจำกัดบทบาทของภาคเอกชนให้เป็นเพียงผู้สนับสนุนงานคุมประพฤติ เสริมสร้างความแข็งแกร่งให้กับหน่วยงานคุมประพฤติแห่งชาติในฐานะผู้ให้บริการในการจัดงานคุมประพฤติ และการออกแบบเครื่องมือทางการเงินใหม่ที่สร้างแรงจูงใจและส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคีเครือข่ายและภาคประชาชน นอกจากนี้ บทความยังเสนอแนะให้มีการนำร่องอย่างเป็นระบบเพื่อให้สามารถประเมินความเสี่ยงได้อย่างแม่นยำ และสร้างกลไกการกำกับดูแลที่มีประสิทธิภาพ เพื่อรักษาคุณภาพบริการและสร้างความเชื่อมั่นต่องานคุมประพฤติอย่างยั่งยืน

คำสำคัญ: การปฏิรูปงานแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด, การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ, คุมประพฤติ

1. CHAPTER I – Introduction

The emergence of the probation system can be attributed to the overreliance on custodial sentences, which were traditionally employed as instruments of deterrence and retribution within criminal justice policy. However, such punitive measures were not conducive to genuine reform. In contemporary criminal policy, there has been a paradigmatic shift toward rehabilitating offenders and fostering behavioural change. Accordingly, imprisonment should primarily serve as a mechanism for reform rather than mere punishment. Probation offers a constructive alternative, allowing offenders to avoid incarceration by complying with structured supervision, such as regular reporting to probation officers and participation in community service programs. This approach promotes self-awareness, encourages behavioural improvement, and mitigates the risk of disproportionate sentencing. Probation serves as both a test and an opportunity for offenders to engage in meaningful change, enabling successful reintegration into society and reducing the likelihood of recidivism.

In 2013, the United Kingdom government introduced a structural reform initiative titled *Transforming Rehabilitation*, which sought to address longstanding challenges within the probation system. Central to this initiative was the extension of post-release supervision to offenders sentenced to less than twelve months, alongside the implementation of “through the gate” resettlement services designed to support reintegration from custody into the community. The plan also called for increased monitoring of short-term offenders and encouraged the inclusion of expertise from voluntary organizations and community stakeholders in the rehabilitation process. The delivery of these reforms was entrusted to private entities known as Community Rehabilitation Companies (CRCs). Despite the initiative’s ambitious objectives, most notably the reduction of reoffending, the program faced significant criticism and was ultimately deemed unsuccessful¹, prompting further reassessment of probation policy and its administration.

Although probation reform was intended to enhance the efficiency of the criminal justice process, its implementation inadvertently contributed to a rise in reoffending among supervised individuals. The failure of the *Transforming Rehabilitation* initiative, driven by part-privatization efforts, underscored the inability of private providers to fulfil

¹ Gwen Robinson, “Can Probation Be Rehabilitated?,” *The Howard Journal of Crime and Justice* 62, no. 2 (2023): 265, accessed 23 July 2025, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/hojo.12504>

the operational expectations set by the Ministry of Justice. Community Rehabilitation Companies (CRCs), entrusted with delivering probation services, were unable to meet contractual obligations or deliver outcomes as promised.

This article examines the probation reform under *Transforming Rehabilitation* as a case study in criminal justice privatization. It explores the historical context that shaped the English probation system, the policy rationale behind the reform, and its actual impact on offender outcomes and institutional coherence. The discussion begins with an overview of probation's conceptual foundations and its place in penal theory. It then critically assesses the design, execution, and consequences of Transforming Rehabilitation, including public-private dynamics and shifts in supervisory practice. The article concludes by reflecting on the broader implications of England's experience with probation privatization, not as a policy model to be exported, but as a cautionary narrative of reform complexities within modern criminal systems.

2. CHAPTER II – Criminal Policy Prior to Proposing of Transforming Rehabilitation

2.1. Change of Penal Policy from Deterrence and Retribution to Rehabilitation

The evolution of punishment in England reveals a profound transformation in criminal justice philosophy. Historically, punitive measures such as torture, pillory, incarceration, and capital punishment were central to penal policy, primarily serving objectives of deterrence and retribution. These practices were rooted in the belief that inflicting physical suffering would discourage criminal behaviour and serve societal revenge.² However, beginning in the 18th and 19th centuries, a shift emerged toward rehabilitative justice. Reformers advocated for more humane treatment of offenders, emphasizing behavioural transformation and social reintegration. This paradigm shift led to the gradual abolition of brutal punitive methods and highlighted the limitations of retributive and deterrent, based policies, which often failed to reduce recidivism and inflicted lasting psychological harm on offenders. The recognition of these shortcomings laid the groundwork for the introduction of probation as an alternative to incarceration and

² Old Bailey Proceedings Online, "Crime and Justice - Punishment Sentences at The Old Bailey - Central Criminal Court," accessed 19 August 2019, <https://www.oldbaileyonline.org/static/Punishment.jsp>

contributed to the abolition of the death penalty. Probation reflected a growing commitment to individualized supervision and support, aiming to restore offenders as functional members of their families and communities.³

2.2. The Beginning of Probation Service in Great Britain

The probation system in England traces its origins to the 10th century, when King Athelstan enacted laws exempting individuals under fifteen from the death penalty. Under Common Law, young offenders were placed under familial supervision and required to promise lawful conduct. As noted by Kearney and Skehill⁴, Athelstan is considered an early figure in probation history. However, these measures were grounded in moral and religious norms rather than legal precedent, distinguishing them from the modern statutory framework of probation.

2.2.1. Reform in the 19th Century

In the 19th century, Matthew Davenport Hill and Mary Carpenter emerged as influential reformers, advocating changes in the criminal justice system and contributing significantly to the establishment of probation services in the UK.⁵ The Youthful Offenders Act of 1854 marked a legislative shift, authorizing courts to impose probationary conditions, such as directing young offenders to educational institutions rather than prisons, aiming to mitigate the adverse effects of incarceration on juvenile development.⁶ A subsequent key development involved the Church of England Temperance Society, a religious charitable organization that actively promoted rehabilitation and moral restoration. In 1876, Frederic Reiner, a church affiliate, addressed concerns over an offender's vulnerability before the court and initiated financial support by donating five shillings for aid in the police court, then part of the summary jurisdiction system with nine branches: Bow Street, Westminster, Marylebone, Marlborough Street, Worship Street, Clerkenwell,

³ UK Parliament, "Reforming Prisons, Reforming Prisoners," accessed 23 July 2025, <https://www.parliament.uk/business/publications/research/olympic-britain/crime-and-defence/reforming-prisons-reforming-prisoners>

⁴ N Kearney and C Skehill, *Social Work in Ireland: Historical Perspectives* (Institute of Public Administration, 2005), 81.

⁵ Aurélie Baudry-Palmer, "Addressing Juvenile Anti-Social Behaviour in Victorian England: Mary Carpenter and the Reformatory Schools," in *Anti-Social Behaviour in Britain: Victorian and Contemporary Perspectives*, ed. Sarah Pickard (Hampshire, England: Palgrave Macmillan, 2014), 115-127

⁶ John Stack, "The Provision of Reformatory Schools, the Landed Class, and the Myth of the Superiority of Rural Life in Mid-Victorian England," *History of Education* 8, no. 1 (1979): 33.

Thames, Tower Bridge, and Lambeth.⁷ In response, the church appointed two missionaries to mediate between the court and offenders, particularly in districts such as Southwark, Lambeth, and the Mansion House. During this period, minor offences like public drunkenness were frequently targeted by church-led efforts to promote moral conduct and encourage social rehabilitation.⁸

Probation was conceptualized and implemented by volunteer missionaries rather than through formal state mechanisms. It lacked the institutional permanence seen today, functioning instead as an unofficial avenue of support. The church played a pivotal role by deploying police court missionaries to assist offenders, particularly those struggling with alcoholism, offering psychological and practical guidance aimed at rehabilitation. This early form of intervention laid the groundwork for the First Offender Probation Act of 1877, which formally recognized probation as an alternative to incarceration.⁹ The value of probation extended beyond mere exemption from imprisonment, encompassing the offender's care, supervision, and reintegration into society through behavioural correction. Despite constraints in time and resources that limited widespread assistance within police courts during that period, the charitable organizations involved exhibited remarkable commitment and efficacy. Their reformatory efforts yielded commendable results that should not be overlooked.¹⁰

Initially, the missionaries were tasked with supporting young offenders, but their role gradually expanded to include adult perpetrators under supervision. Their responsibilities encompassed a range of rehabilitative efforts, including monitoring offenders, mediating marital disputes, and providing assistance within police courts to individuals in custody. Missionaries also supported troubled youth through home visits, maintaining surveillance records, and facilitating employment opportunities for offenders. Over time, accommodations were established for rehabilitated individuals, offering essentials such as shelter, clothing, and tools to encourage a renewed start. Eventually,

⁷ *The Encyclopaedia Britannica*, 11th ed. (New York: Encyclopaedia Britannica, 1911), s.v. "Police Court."

⁸ Guardian, "Timeline: A History of Probation," accessed 27 January 2019, <https://www.theguardian.com/society/2007/may/02/crime.penal>

⁹ David Scott, *Penology* (SAGE Publications, 2008), 136-145, accessed 23 July 2025, <http://sk.sagepub.com/books/penology>

¹⁰ Suphat Phoophanichjaroenkul, "The Role of the Probation Services in the Development of England and Wales' Nineteenth-Century Criminal Justice System," *Thammasat Journal of History* 11, no. 1 (2024): 19-35, accessed 23 July 2025, https://so05.tci-thaijo.org/index.php/thammasat_history/article/view/269553.

police courts acknowledged the missionaries' official function: presenting factual accounts or personal circumstances of the accused, thereby contributing to a more nuanced judicial understanding.¹¹

In 1893, a total of 753 individuals were discharged without punishment, with only 39 cases resulting in prosecution. One notable example is E. Welby Pugin, an architect convicted of a libel offence punishable by a six-month prison term and a fine of £500. Instead of enforcing this penalty, the judge invoked recognizances, requesting Pugin to maintain peace and exhibit good behaviour. This decision was made under the authority of the Summary Jurisdiction Act of 1879. Section 16 of the Act granted judges discretionary power to evaluate the severity of a crime and determine whether formal punishment was warranted. If deemed nonserious, the judge could dismiss the case entirely, release the offender conditionally, with or without sureties, or require the offender to present themselves before the court when summoned and to maintain appropriate conduct.¹²

2.2.2. Reform in the 20th Century

The Probation of Offenders Act 1907 formally recognized the London Police Court Missionaries as court officers, marking their transformation into what would later be known as probation officers. Under the Act, courts were empowered to suspend sentencing and release offenders under Recognisance for a duration ranging from one to three years, on the condition that they remain under the supervision of a probation order.

According to 1913 statistics¹³, 137 individuals were placed on probation, of whom only 17 were returned to prison due to unresolved behavioural issues. A mere 12 individuals awaited sentencing, including just nine women. This framework proved to be highly effective in reducing recidivism, with only a marginal proportion of offenders reoffending during that period.

¹¹ Auerbach S, *Missionaries, Moral Advocacy, and the Transformation of Police Court Procedure in London, 1876-1930* (Studio for Law and Culture, 2010), 18-19.

¹² Ibid.

¹³ Robert Hanser, *Introduction to Corrections* (SAGE Publications, 2018), 213.

Nevertheless, early probation practice was heavily influenced by religious doctrine. Probation officers lacked formal training, and prevailing rehabilitative strategies emphasized church attendance and abstention from alcohol.¹⁴ The cooperation between state institutions and voluntary organizations, notably the Church of England Temperance Society, was central to probation efforts during this era.

Over time, the “advise, assist, and befriend” ethos was introduced¹⁵, fundamentally reshaping the probation officer’s relationship with the offender. This model brought officers closer to the individuals under supervision, forming the foundational philosophy of modern probation services in the UK. It has long been recognized as part of the profession’s ethical and organizational culture. The 1907 rules outlined twelve core responsibilities of probation officers. The twelfth explicitly stated that officers should, when appropriate, “advise, assist, and befriend” the offender.¹⁶ This guiding principle fostered trust and openness, enabling probation officers to engage meaningfully with individuals and address the underlying causes of criminal behaviour.

2.2.3. Reform in the 21st Century

In 2000, the Criminal Justice and Court Services Act restructured the probation system by renaming it the National Probation Service for England and Wales. The reform consolidated 54 probation commissions into 12 local probation boards¹⁷ and placed the organization under the jurisdiction of the Home Office, which assumed responsibility for full funding.¹⁸

A major development followed in 2004 with the formation of the National Offender Management Service (NOMS), a unified body integrating prison and probation services. This reform replaced probation boards with probation trusts¹⁹ and introduced opportunities for private sector involvement in service provision. The intent was to foster

¹⁴ L Gelsthorpe and R Morgan, *Handbook of Probation* (Taylor & Francis, 2013), 30.

¹⁵ Criminal Justice Act 1948, Sch 5 3(5).

¹⁶ Jake Phillips, “Probation Workers’ Practice and Practice Ideals in A Culture of Control,” accessed 13 August 2019, <https://core.ac.uk/download/pdf/42337565.pdf>

¹⁷ Legislation.gov.uk, “Criminal Justice and Court Services Act 2000 Explanatory Notes,” accessed 19 February 2026, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/43/notes/division/5/1?view=plain>

¹⁸ Charles Hanson, “A Short History of the Probation Service,” accessed 13 August 2019, <https://insidetime.org/a-short-history-of-the-probation-service/>

¹⁹ National Probation Service, *Consolidated Accounts of the Local Probation Boards 2008–2009 Presented to the House of Commons Pursuant to Schedule 1, Para 17(5) of the Criminal Justice and Court Services Act 2000* (London: Ministry of Justice, 2019), accessed 18 August 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/247546/0582.pdf

competition and enhance the quality and efficiency of probation-related services. Despite these structural changes, the delivery model of that era remained distinct from the contemporary Transforming Rehabilitation plan. The public sector retained primary accountability for reducing recidivism, while the private sector functioned chiefly as a service provider under state oversight. Subsequently, the Offender Management Act 2007 proposed an end-to-end offender management system, aiming to consolidate probation processes into a unified framework for increased convenience and operational efficiency. This laid the groundwork for later reforms under the Transforming Rehabilitation initiative.²⁰

2.3. Concept of Privatisation

Globalization and the proliferation of borderless information technology have compelled leaders in both public and private sectors to reassess foundational concepts and redesign work processes.²¹ These transformations aim to optimize cost-efficiency, improve quality, enhance service speed, and respond more directly to the evolving needs of clients, or, in the case of government agencies, citizens. Organizations considered forward-thinking must abandon outdated protocols and institutional inertia, instead embracing innovation in operational design. This paradigm shift in management is observable across global contexts.

Within the privatization framework, whether broadly applied or system-specific, three core considerations emerge: business ownership, governmental control, and funding sources. These components intersect with issues of governance, market mechanics, and resource allocation. Fundamentally, the “function” of privatization is to replace certain state roles with market mechanisms, thereby increasing efficiency and responsiveness in resource distribution.²² Importantly, business transformation may occur without altering ownership structures; this is characterized as a functional substitute for privatization, wherein private entities act in lieu of the state. Such arrangements often require regulatory flexibility and promote administrative autonomy alongside market competition.²³

²⁰ House of Commons Justice Committee, “The Role of the Probation Service, HC 519, 2010–12,” accessed 23 July 2025, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmjust/519/51904.htm>.

²¹ Nassima Debab, “Globalization and Privatization: Two Faces...One Coin,” *International Research Journal of Finance and Economics* 74 (2011): 7.

²² Robert e Pool, “Privatization,” accessed 13 August 2019, <https://www.econlib.org/library/Enc/Privatization.html>

²³ Asian Development Bank, “An International Parley on ‘Privatization’,” *The American Journal of Economics and Sociology* 44, no. 3 (1985): 257.

Historical policy expectations have also influenced public sector constraints, administrative processes, fiscal limitations, and human resource inefficiencies frequently hinder adaptation to technological and market shifts. Rapid changes in service and product markets demand agile responses, but some governmental organizations struggle to meet these demands. Moreover, the expansion of governmental responsibilities, such as national defence, public order, education, health, and welfare, imposes a significant burden on fiscal capacity.²⁴ Consequently, governments often find it necessary to offload certain responsibilities by restructuring institutions, diversifying operational models, and exploring alternative funding mechanisms.

Multiple nations have already implemented successful public sector reforms, prompting others to follow suit in order to remain globally competitive. Notable examples include President Bill Clinton's "Reinventing Government" initiative in the United States, Australia's "Reform the Public Service" project, and the United Kingdom's continued efforts to enhance administrative efficiency.

2.3.1. Privatisation in the United Kingdom

Since 1968, the United Kingdom has implemented continuous reforms aimed at enhancing the efficiency of its civil service. Key developments include,²⁵

(1) In 1968, the government adopted the recommendations of the Fulton Committee. These reforms modified the structure of public agencies, introduced systems for administrative inspection, and promoted the development of knowledge and skills among civil servants to match job responsibilities.

(2) In 1979, the Efficiency Unit was established. Its mandate was to monitor agency performance, assess operational costs, and reduce bureaucratic size.

(3) In 1982, the Financial Management Initiative was launched. It required government departments to use budgetary planning as a tool for evaluating effectiveness. Public sector managers at all levels were obligated to define job objectives, set performance indicators, outline scopes of responsibility, provide appropriate training, and ensure sound information management practices.

²⁴ James Ferris and Elizabeth Graddy, "Contracting out: For What? With Whom?," *Public Administration Review* 46, no. 4 (1986): 350.

²⁵ Catherine Haddon, "REFORMING THE CIVIL SERVICE The Efficiency Unit in The Early 1980S and The 1987 Next Steps Report," accessed 13 August 2019, <https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/Efficiency%20Unit%20and%20Next%20Steps.pdf>

(4) In 1988, the Next Steps project was introduced. This reform promoted efficient resource use by allowing ministries to set up Executive Agencies. These agencies were designed to be compact, with administrative autonomy and managerial flexibility. Employees retained their civil servant status, but the agencies operated according to business-oriented principles within ministerial oversight.

(5) In 1991, the Citizen's Charter was implemented. This initiative focused on improving public service delivery. It enabled citizens to file complaints when services failed to meet minimum standards. The Charter also encouraged market testing and allowed private entities to take on roles traditionally performed by the state.

(6) Finally, in 1994, the government introduced the Efficiency Plan. Departments were required to submit budget proposals detailing planned improvements, methods of implementation, and measurable success benchmarks.

2.3.2. Privatisation in the Criminal Justice System

2.3.2.1. Private Finance Initiative

The Private Finance Initiative represents a method of subsidizing public infrastructure projects through a collaboration between the government and the private sector. It enables the government to deliver public services without making substantial upfront investments.²⁶ This approach shifts the financial burden to private entities, aiming to enhance service quality and maintain assets in ways that benefit taxpayers through increased value. This initiative is widely applied in sectors such as education, correctional services, housing, and healthcare. In cases like the National Health Service, private funding is used to cover the initial design, construction, and ongoing maintenance costs. The government repays these costs through annual instalments, effectively treating the private sector's funding as a loan. Private entities manage the infrastructure and generate profits under this arrangement. The United Kingdom has utilized this model for over twenty-five years. Currently, seven hundred active projects collectively hold a value of sixty billion pounds. Of this, thirteen billion pounds are concentrated in healthcare-related investments.²⁷

²⁶ John Appleby, "Making Sense of PFI," accessed 13 August 2019, <https://www.nuffieldtrust.org.uk/resource/making-sense-of-pfi#what-is-pfi>

²⁷ House of Commons Committee of Public Accounts, "Private Finance Initiatives Forty-Sixth Report of Session 2017–19," accessed 13 August 2019, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmpubacc/894/894.pdf>

In criminal justice, the initiative has played a critical role in prison infrastructure development. England, Wales, and Scotland have experienced high crime rates despite efforts to divert offenders through probation and community service. Existing prisons have deteriorated significantly in both hygiene and security, prompting the government to explore alternatives. The cost of constructing new facilities and caring for inmates proved prohibitive, leading to privatization.²⁸ Private prisons in England and Wales began with smaller facilities such as Buckley Hall, which opened in 1992. By 1995, the government approved the use of private finance initiatives for prison development under the Design, Construct, Manage and Finance model, referred to as DCMF Prisons. Contracts granted to private companies operate under the following terms;²⁹

(1) The operational period spans twenty-five years. After this, the government may renew the contract or assign it to a new provider at its discretion.

(2) The private company follows specifications determined solely by the government.

(3) Prisoner treatment must align with judicial decisions and remain under governmental oversight.

(4) Operations are subject to periodic inspections. Unsatisfactory results may lead to contract termination and reassignment, even before the original term expires.

Regarding human rights protection, the government does not impose conditions on private contractors concerning budget, operating expenses, or prison management enhancements. This creates uncertainty about prisoners receiving care that meets established standards, given the private sector's focus on minimizing costs. To ensure operational safety and accountability, the government employs several oversight mechanisms.³⁰

²⁸ Independent Monitoring Boards, "Breaking Point: The Impact of a Crumbling Prison Estate on Prisoners," accessed 23 July 2025, <https://imb.org.uk/news/breaking-point-the-impact-of-a-crumbling-prison-estate-on-prisoners>

²⁹ Peter Gould, "Private Prison Drive," accessed 13 August 2019, http://news.bbc.co.uk/1/hi/in_depth/business/2001/ppp/1529465.stm

³⁰ National Preventive Mechanism, "Protocol Between the Ministry of Justice as the Department and HM Chief Inspector of Prisons," accessed 19 February 2026, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/63298b38e90e07372911c341/hmip-protocol-revised_framework.pdf

(1) The Independent Monitoring Board, formerly known as the Board of Visitors, comprises community representatives appointed by the Home Secretary. These individuals inspect prison welfare and can access facilities barring security or safety concerns. They are invited to observe and assess responses to significant incidents.

(2) The Prison and Probation Ombudsman operates independently and is appointed by the Home Secretary. This entity investigates prisoner complaints and has the authority to access prison records, documents, and external data from relevant organizations, contingent on prisoner consent.

(3) Her Majesty's Chief Inspector of Prisons retains the autonomy to inspect facilities and report directly to the Home Secretary on prisoner treatment, prison conditions, and other assigned matters.

2.3.2.2. Contracting Out

Contracting out refers to the arrangement in which the government engages private entities to deliver services directly to the public. Under this model, government agencies or state enterprises allocate expenditures to private service providers to fulfil designated public functions. In essence, the government hires private contractors to act as producers, and this practice has become increasingly prevalent due to its flexible operational benefits. Furthermore, such contractors need not be private commercial entities; non-profit organizations and foundations may also fulfil these roles. The effectiveness of contracting out depends significantly on transparent procurement processes. Fair bidding and open competition are essential in selecting providers who offer the lowest cost while meeting contractual obligations. When these mechanisms function properly, contracting out can yield substantial benefits to the public sector. Importantly, this approach predates broader privatization efforts. Traditional examples include government contracts for escalator maintenance or training services provided to civil servants by external parties.³¹ In many cases, contracting out involves intermediate services that support the production of final goods or outcomes. For instance, the Department for Transport often contracts private builders to develop highway infrastructure.³² Such arrangements demonstrate that the privatization process can accommodate large-scale production of services historically managed by the state.

³¹ House of Commons Committee of Public Accounts, "Contracting Out Public Services to The Private Sector Forty-Seventh Report of Session 2013–14," accessed 13 August 2019, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmpubacc/777/777.pdf>

³² Gerhard Glomm and Fabio Méndez, "Privatization, Deregulation, and Capital Accumulation," *Southern Economic Journal* 75, no. 4 (2009): 976.

The British criminal justice system adopted contracting out within its probation services through the Transforming Rehabilitation initiative. This initiative began in 2010, when the government proposed a strategy to reform rehabilitation services by enlisting independent providers to help reduce reoffending rates. The Ministry of Justice announced plans to open the probation market, inviting new private sector investment. This move marked an expansion of private involvement in criminal justice, following the earlier privatization of prison operations. The new direction emphasized increased participation from private entities, volunteers, and communities in offender rehabilitation. Compensation for these services would follow the Payment by Results (PbR) model, where payment is tied to performance outcomes.³³

On May 9, 2013, the Ministry of Justice formally launched Transforming Rehabilitation as a reform strategy. The rationale presented by the then-Minister of Justice centred on the rising rate of reoffending and the significant public expenditure associated with probation services. The reforms aimed to enable private sector involvement in public service provision, introduce competition in probation supply chains, and enhance operational efficiency. Five critical elements underpinned the reform;³⁴

(1) **Extension of Rehabilitation Services:** Rehabilitation was expanded to include individuals released after short prison sentences of less than one year. Previously, these offenders were released without supervision or rehabilitative support.

(2) **National Resettlement Network:** A coordinated network of local prison resettlement services was established across the country to assist with reintegration.

³³ Jacqueline Beard, “Contracting Out of Probation Services,” accessed 13 August 2019, <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06894>

³⁴ Ibid.

(3) **Increased Third-Sector Participation:** The reform encouraged the involvement of volunteer organizations, charitable foundations, and private companies with prior experience in criminal justice services. These services included drug rehabilitation, psychological support, and counselling.³⁵ For example, London and Thames Valley Community Rehabilitation Companies had already provided services such as training, accredited behavioural programs, and therapy sessions.³⁶ Following the reforms, these entities transitioned into lead service providers, becoming part of eight Community Rehabilitation Companies operating nationwide. Their scope extended beyond isolated services to include full-scale probation management.

(4) **Payment by Results Model:** Under PbR, service provider compensation depended directly on their ability to reduce reoffending rates. This performance-linked mechanism aimed to foster accountability and incentivize effective service delivery.

(5) **Creation of the National Probation Service:** A new public body, the National Probation Service, was established in each locality to manage high-risk offenders. This agency replaced the former Probation Trusts and worked alongside private providers (**Figure 1**). The Offender Management Act 2007 empowered the Minister to authorize private operation across 21 geographical contract areas in England and Wales (**Figure 2**). Private service providers selected through this process were required to establish entities known as Community Rehabilitation Companies, responsible for managing low, and medium-risk offenders.

³⁵ Cabinet Office, “2010 To 2015 Government Policy: Social Enterprise,” accessed 18 August 2019, <https://www.gov.uk/government/publications/2010-to-2015-government-policy-social-enterprise/2010-to-2015-government-policy-social-enterprise>

³⁶ London Community Rehabilitation Company, “Introducing the London Community Rehabilitation Company,” accessed 19 February 2026, <https://www.minutes.haringey.gov.uk/documents/s58630/Introducing%20the%20London%20Community%20Rehabilitation%20Company.pdf>



Figure 1 Geographic areas of the 7 National Probation Services³⁷

³⁷ National Probation Service, “National Probation Service England and Wales Divisions Map,” accessed 19 August 2019, <https://www.gov.uk/government/publications/national-probation-service-england-and-wales-divisions-map>



Figure 2 Geographic areas of the 21 Community Rehabilitation Companies³⁸

³⁸ National Probation Service, “Community Rehabilitation Company England and Wales Area Map,” accessed 18 August 2019, <https://www.gov.uk/government/publications/community-rehabilitation-company-england-and-wales-area-map>

3. CHAPTER III – Analysing and Evaluating Transforming Rehabilitation

3.1. An Approach

3.1.1. Reducing Reoffending Rates

As previously mentioned, the Ministry of Justice introduced multiple reform measures to enhance the probation system. These included resettlement services “through the prison gate” to assist the transition of prisoners back into society, the oversight of short-term offenders under probation supervision, and the involvement of voluntary sector experts and community organizations in the justice process. However, the primary focus of the reform centred on engaging private service providers to reduce recidivism, considered the core objective of Transforming Rehabilitation.

Private providers were entrusted with the majority of the probation caseload, supervising approximately 70% of all offenders.³⁹ This central role led the Ministry of Justice to develop financial incentives aimed at encouraging these providers to actively pursue reductions in reoffending rates. The payment structure was divided into two principal mechanisms: Payment by Results (PbR) and Fee for Service.

(1) **Payment by Results (PbR):** Under this scheme, service providers were compensated based on their effectiveness in lowering recidivism. The payment amounts varied according to the number of offenders for whom reoffending was successfully reduced. PbR had already been used in other sectors of British public services, such as the National Health Service (NHS).⁴⁰ Within the NHS, PbR became a notable feature of public health policy under privatization frameworks such as the Private Finance Initiative, and it had proven relatively successful in incentivizing performance.

(2) **Fee for Service:** This payment method rewarded service providers for fulfilling contractual obligations and delivering designated services. Compensation was granted if the providers met established minimum standards, thereby ensuring a baseline of service delivery even in cases where performance outcomes were less favourable.

³⁹ Alan Travis, “Two Companies to Run More Than Half of Privatised Probation Services,” accessed 18 August 2019, <https://www.theguardian.com/uk-news/2014/oct/29/justice-probation-contracts-private-companies>

⁴⁰ Louise Marshall, Anita Charlesworth and Jeremy Hurst, “The NHS Payment System: Evolving Policy and Emerging Evidence,” accessed 18 August 2019, <https://www.nuffieldtrust.org.uk/files/2017-01/2014-nhs-payment-research-report-web-final.pdf>

Beyond financial incentives, the Ministry recognized the importance of safeguarding against unintended consequences in service delivery. Specifically, policymakers were concerned that providers might disregard the more challenging cohorts, those with chronic patterns of offending, due to the difficulty of achieving measurable success.⁴¹ To mitigate this, the Ministry linked cohort composition directly to performance evaluation, ensuring that all offenders received equitable treatment and that the interests of victims were upheld.

Nonetheless, despite the good intentions behind these reforms, several unforeseen complications emerged. The structured payment schemes, while designed to motivate service delivery, also introduced risks. If private providers failed to meet targeted outcomes, the repercussions extended beyond corporate performance to the broader criminal justice system. This is particularly critical in public service contexts where societal welfare is at stake.

Further compounding these challenges was the government's overly optimistic projection of the private sector's capacity to curb reoffending. Overestimating this potential led to inflexible contractual frameworks and unrealistic expectations.⁴² Consequently, numerous providers faced financial difficulties, with some experiencing severe losses and ultimately ceasing operations. This had cascading effects, including widespread job layoffs and disruption of offender rehabilitation services.

3.1.2. Offender Management

Historically, the United Kingdom's probation service operated as a highly specialized governmental body, distinct in its function and depth of involvement. Probation officers served as offender managers, providing intensive supervision through comprehensive assessments, structured behavioural monitoring, and well-targeted interventions.⁴³ This end-to-end management encompassed both offenders serving

⁴¹ Alys Brown, "Are the U.K.'s Payment-by-Results Programs Right for U.S. Prisons?," *Emory International Law Review* 33, no. 1 (2018): 191, accessed 19 February 2026, <https://scholarlycommons.law.emory.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1213&context=eilr>

⁴² Carol Hedderman, "Payment by results: Hopes, fears and evidence," accessed 18 August 2019, https://mmuperu.co.uk/bjcj/wp-content/uploads/sites/441/2020/08/BJCJ_11.2-3_Hedderman.pdf

⁴³ Dorothy Newbury-Birch and others, "Alcohol Screening and Brief Interventions for Offenders in the Probation Setting (SIPS Trial): A Pragmatic Multicentre Cluster Randomized Controlled Trial," *Alcohol and Alcoholism* 49, no. 5 (2014): 541.

community sentences and those in custody, including their transition before and after release. Coordination with other government entities formed a critical component of the probation officer's role, ensuring seamless oversight across the criminal justice landscape.

The advent of the Transforming Rehabilitation initiative brought significant changes to this offender management structure, particularly through the bifurcation of services between the public National Probation Service (NPS) and newly established private Community Rehabilitation Companies (CRCs). Under the revised system, the NPS assumed the initial responsibility of assessing offenders' risk levels. Offenders deemed low to medium risk were transferred to CRCs for ongoing supervision, while high-risk individuals remained under the purview of the NPS. This bifurcation altered the flow and continuity of offender management (Figure 3 and 4).

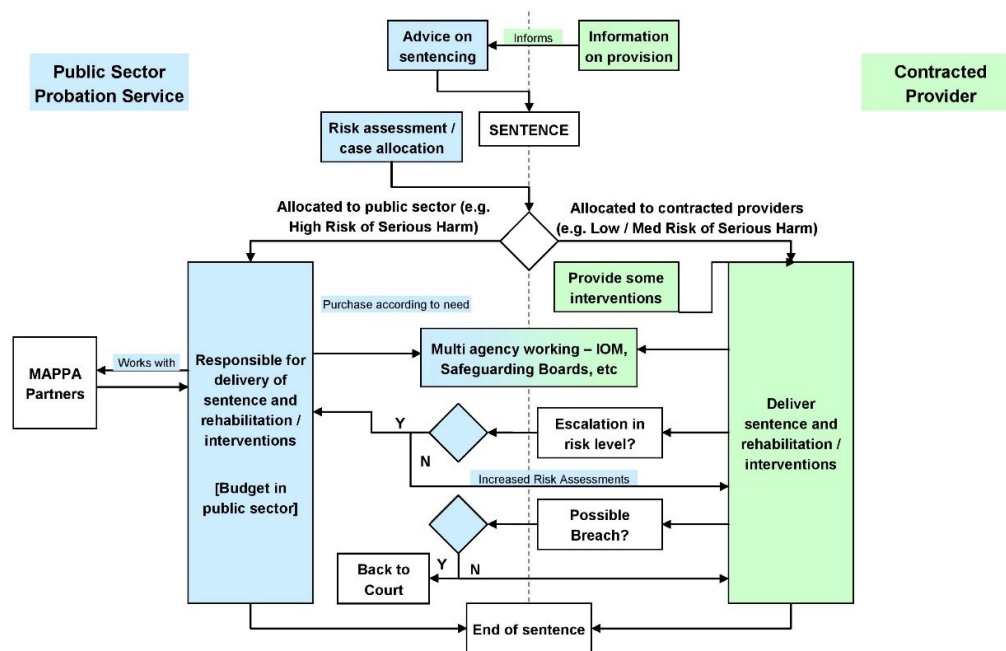


Figure 3 Community Order Offender Management Diagram⁴⁴

⁴⁴ Ministry of Justice, "Transforming Rehabilitation a Strategy for Reform Response to Consultation CP(R)16/2013," accessed 18 August 2019, <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/transforming-rehabilitation/results/transforming-rehabilitation-response.pdf>

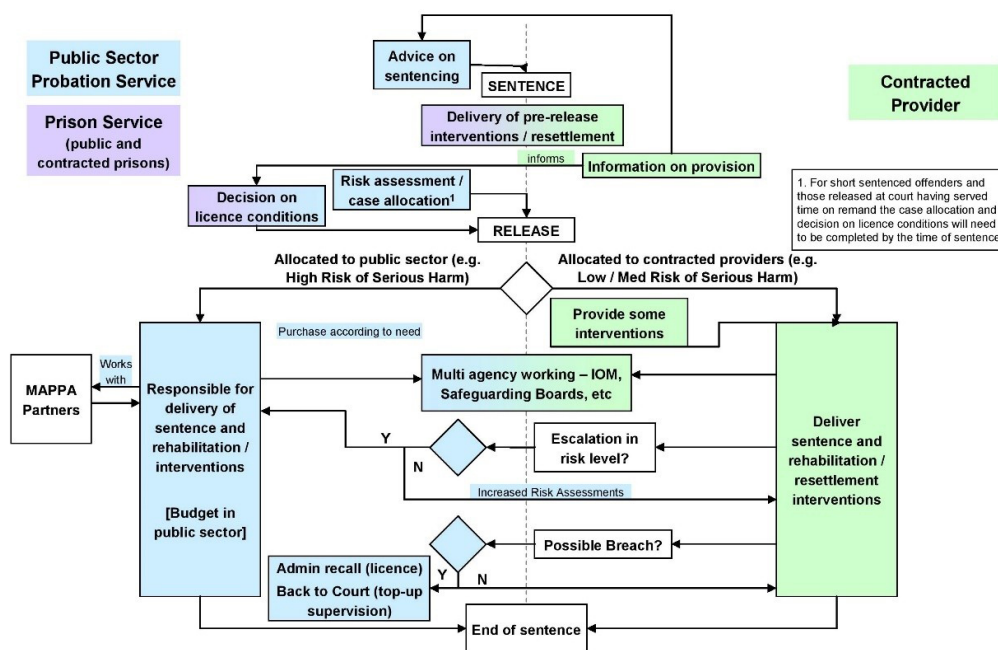


Figure 4 Licence Case Process Offender Management Diagram⁴⁵

According to operational protocols (as referenced in Figures 3 and 4), CRCs were contractually obligated to refer cases back to the NPS if an offender’s behaviour changed substantially or presented an elevated risk of harm. While CRCs managed routine contact and oversight for non-high-risk cases, the escalation mechanism ensured that dangerous developments were reassigned to public sector authorities.⁴⁶

Further responsibilities remained with the NPS, notably its coordination with the Multi-Agency Public Protection Arrangements (MAPPA). MAPPA draws together agencies including the Police, Her Majesty’s Prison and Probation Services to function as the Responsible Authority in each MAPPA Area.⁴⁷ The framework applies to offenders who exhibit specific characteristics warranting enhanced supervision, categorized as follows:⁴⁸

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ministry of Justice, “Multi-Agency Public Protection Arrangements (MAPPA) Annual Report 2017 To 2018,” accessed 18 August 2019, <https://www.gov.uk/government/statistics/multi-agency-public-protection-arrangements-mappa-annual-report-2017-to-2018>

⁴⁸ Home Office, “Guidance on Part 2 of the Sexual Offences Act 2003 (Accessible Version),” accessed 23 July 2025, <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-part-2-of-the-sexual-offences-act-2003/guidance-on-part-2-of-the-sexual-offences-act-2003-accessible-version>

Category 1: Registered Sexual Offenders Individuals convicted of sexual offences who are subject to statutory notification requirements under the Sexual Offences Act 2003. These obligations include regular updates to police authorities regarding personal details, residency, and travel, serving as key mechanisms for public protection and offender monitoring.

Category 2: Violent Offenders and Certain Unregistered Sexual Offenders This group includes individuals sentenced to imprisonment or detention of 12 months or more for violent offences, particularly those listed under Schedule 15 of the Criminal Justice Act 2003, or subject to hospital orders. It also encompasses sexual offenders whose crimes do not trigger registration under the standard notification regime but who nonetheless warrant elevated supervisory attention.

Category 3: Other Dangerous Offenders Comprises individuals who do not fall within Categories 1 or 2 but whose behaviour presents a current and significant risk of serious harm. Qualification for this category requires demonstrable links between previous offending patterns and future threat potential, assessed through professional judgment and often necessitating coordinated multi-agency intervention under frameworks such as MAPPA.

Category 4: Terrorist and Terrorist Risk Offenders Includes persons subject to notification obligations under Part 4 of the Counter-Terrorism Act 2008, as well as those assessed by responsible authorities to pose a credible risk of involvement in terrorism-related activity. Supervision under this category typically involves enhanced scrutiny and may intersect with national security protocols.

In practice, the MAPPA framework's use of Category 3 reflects an important shift in offender management from static labels toward a flexible, behaviour-based model. While Categories 1 and 2 rely on defined legal thresholds, registered sex offenders and violent offenders sentenced to 12 months or more respectively, Category 3 is reserved for individuals who, although not qualifying under statutory criteria, present a demonstrable and current risk of serious harm. This classification is uniquely reliant on dynamic assessment, allowing professionals to intervene early where patterns of behaviour, lifestyle factors, or risk escalation indicate a need for enhanced supervision. This decision-making process hinges on sophisticated risk assessment tools. The Offender Assessment System (OASys), widely used across the UK, evaluates a combination of static and dynamic criminogenic needs. These include accommodation stability,

employment and education status, relationships, mental health, substance use, lifestyle and associates, thinking and behaviour, and attitude toward offending. Importantly, these are modifiable over time and sensitive to context, homelessness, untreated trauma, or unaddressed addiction, for instance, may represent significant risk multipliers in one case but not in another. OASys helps practitioners quantify these influences and craft responsive, individualized supervision plans. Conversely, individuals with low-level or non-violent offenses, such as minor theft or traffic violations, are typically not seen as high risk unless contextual factors (e.g., escalation, unmanaged mental health conditions, repeated breaches) suggest otherwise.

The management of offenders under public protection arrangements is stratified into three levels of supervision, each reflecting the intensity and nature of multi-agency collaboration required to implement effective risk management plans. These levels are not static; individuals may transition between them in response to changing circumstances, risk profiles, or intervention needs.⁴⁹

Level 1: Ordinary Management pertains to offenders who are deemed suitable for supervision by a single agency, typically their supervising officer from probation, prison, or police services. While the level of oversight may be routine, this classification does not exclude information sharing between agencies. Tools such as the Violent and Sex Offender Register (ViSOR) and established communication pathways enable inter-agency updates and ensure continuity in risk awareness across services.

Level 2: Active Multi-agency Management is designated for offenders whose risk profiles necessitate the structured involvement of multiple agencies. These individuals require jointly developed risk management plans, implemented through regularly convened Multi-Agency Public Protection (MAPP) meetings. The emphasis is on coordinated action, allowing professionals from various sectors, such as housing, health, social services, and law enforcement, to contribute to monitoring and support strategies that reduce the likelihood of serious harm.

Level 3: Senior-led Multi-agency Management mirrors the collaborative structure of Level 2 but introduces a higher degree of strategic oversight. These cases typically involve offenders presenting complex or exceptionally high risks, warranting the involvement of senior officials to authorise specialized interventions. Such

⁴⁹ Ibid.

measures may include covert surveillance operations, allocation of secure or specialist accommodation, or direct managerial guidance in critical decision-making. Senior oversight ensures that resources are appropriately scaled and ethically managed in sensitive, high-stakes scenarios.

The restructuring of probation services, from a unified public entity to a dual-sector model, had a direct impact on offender management. Previously, a single organization provided integrated supervision with continuity, speed, and cohesion. After the organizational separation, gaps in coordination between NPS and CRCs began to surface.⁵⁰ A major consequence of Transforming Rehabilitation was a breakdown in communication and data sharing across agencies. Technical failures in ICT systems burdened both the National Probation Service (NPS) and Community Rehabilitation Companies (CRCs), creating duplicated work, missed deadlines, and fragmented case management. For example, Victim Liaison Officers in the NPS had no direct access to victim data held by CRCs, prompting delays and serious safeguarding risks. Senior probation staff reportedly spent extensive time transferring cases and correcting information gaps, reflecting significant inefficiencies.⁵¹

These issues extended beyond NPS and CRC relations, affecting wider criminal justice partnerships. Breach procedures became sluggish and uncoordinated, contributing to a rise in prison recalls. Likewise, transitions from custody into community settings lacked coherence due to fractured management.

Finally, the courts were impacted by a decline in the quality and quantity of pre-sentence reports. Fragmented data from CRCs compromised judicial decision-making, limiting confidence in sentencing options and weakening overall offender oversight. These coordination challenges undermined operational consistency and were among the key factors contributing to inefficiencies in CRC performance.

⁵⁰ Clinks, “Change & Challenge: The Voluntary Sector’s Role in Transforming Rehabilitation,” accessed 18 August 2019, https://www.clinks.org/sites/default/files/2018-10/clinks_track-tr_changechallenge_final-web.pdf

⁵¹ Napo, “The Impact of “Transforming Rehabilitation” on the Probation Service: A Briefing for Parliamentarians,” accessed 28 July 2025, <https://www.napo.org.uk/sites/default/files/BRF06-15%20The%20impact%20of%20TR%20on%20the%20Probation%20Service.pdf>

3.1.3. Establishment of Community Rehabilitation Companies

3.1.3.1. Challenge of Fostering Competition

As part of the Transforming Rehabilitation initiative, two new organizations were formed: The National Probation Service (NPS) and the Community Rehabilitation Companies (CRCs), with offender risk level used as the primary criterion for service allocation. Offenders classified as high-risk made up approximately 30% of the total caseload and remained under the supervision of the public sector, namely the NPS. In contrast, the newly established private entities, the CRCs, were responsible for managing low, and medium-risk offenders, comprising the remaining 70% of the caseload. The NPS was officially established on 31 May 2014, followed by the CRCs on 1 June 2014. Employees of the former Probation Trusts were redistributed between these two agencies.⁵²

When bidding commenced in September 2013, the Ministry of Justice received considerable interest, with more than 800 private organizations⁵³ and 399 voluntary sector entities expressing intent to participate.⁵⁴ Following the first stage of the procurement process, only 30 bidders were shortlisted across 21 geographic contract areas, illustrating the narrowing of the field through stringent assessment procedures.⁵⁵ Upon announcement of the final selection on 18 December 2014, eight bidders were chosen. Of these, seven were private sector firms, and only one, ARCC Voluntary Consortium, represented the voluntary sector (**Figure 5**).⁵⁶

⁵² Napo, "Parliamentary Bulletin 4," accessed 18 August 2019, <https://www.napo.org.uk/parliamentary-bulletin-4>

⁵³ HC Deb 27 February 2018, Vol 636, Cols 260WH.

⁵⁴ David Ainsworth, "Ministry of Justice Announces Bidding Competition for Transforming Rehabilitation Programme," accessed 18 August 2019, <https://www.thirdsector.co.uk/ministry-justice-announces-bidding-competition-transforming-rehabilitation-programme/policy-and-politics/article/1212641>

⁵⁵ National Offender Management Service, "Probation: Landscape Review HC 1100 SESSION 2013-14 5 MARCH 2014," accessed 18 August 2019, <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2014/03/Probation-landscape-review.pdf>

⁵⁶ Comptroller and Auditor General, "Transforming Rehabilitation HC 951 SESSION 2015-16 28 APRIL 2016," accessed 29 July 2019, <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2016/04/Transforming-rehabilitation.pdf>

Despite its deep expertise and longstanding engagement in criminal justice, the voluntary sector played a minimal role in the final outcome of the bidding process. While two major voluntary organizations partnered with CRCs, the majority of the sector was relegated to subcontractor status. As of 2016, there were approximately 1,433 volunteers working within criminal justice organizations across the UK. However, just 11%, or 159 organizations, provided direct services to CRCs as subcontractors.⁵⁷

This limited participation stemmed from financial and structural constraints. The payment frameworks and risk-sharing models were not designed to accommodate smaller firms or voluntary organizations lacking substantial capital or administrative infrastructure. Thus, only large voluntary entities had the capacity to act as lead providers. Small organizations, despite their expertise, were effectively excluded from leadership roles in service delivery due to prohibitive barriers to entry.

Furthermore, evidence suggests that the same private companies secured contracts across multiple regions.⁵⁸ This undermined the initiative's foundational goal of enhancing competition for optimal service quality and efficiency. Even for private firms, entering the bidding process proved challenging unless they possessed substantial financial resources and could absorb the risks inherent in large-scale contractual obligations. Small firms, whether private or voluntary, faced identical obstacles and were largely shut out of the opportunity to participate meaningfully.

⁵⁷ Clinks, "Change & Challenge: The Voluntary Sector's Role in Transforming Rehabilitation."

⁵⁸ Russell Webster, "Limited Competition for New Probation Market," accessed 19 August 2019, <http://www.russellwebster.com/tr-limited-competition/>

Winning bidders for the 21 CRCs

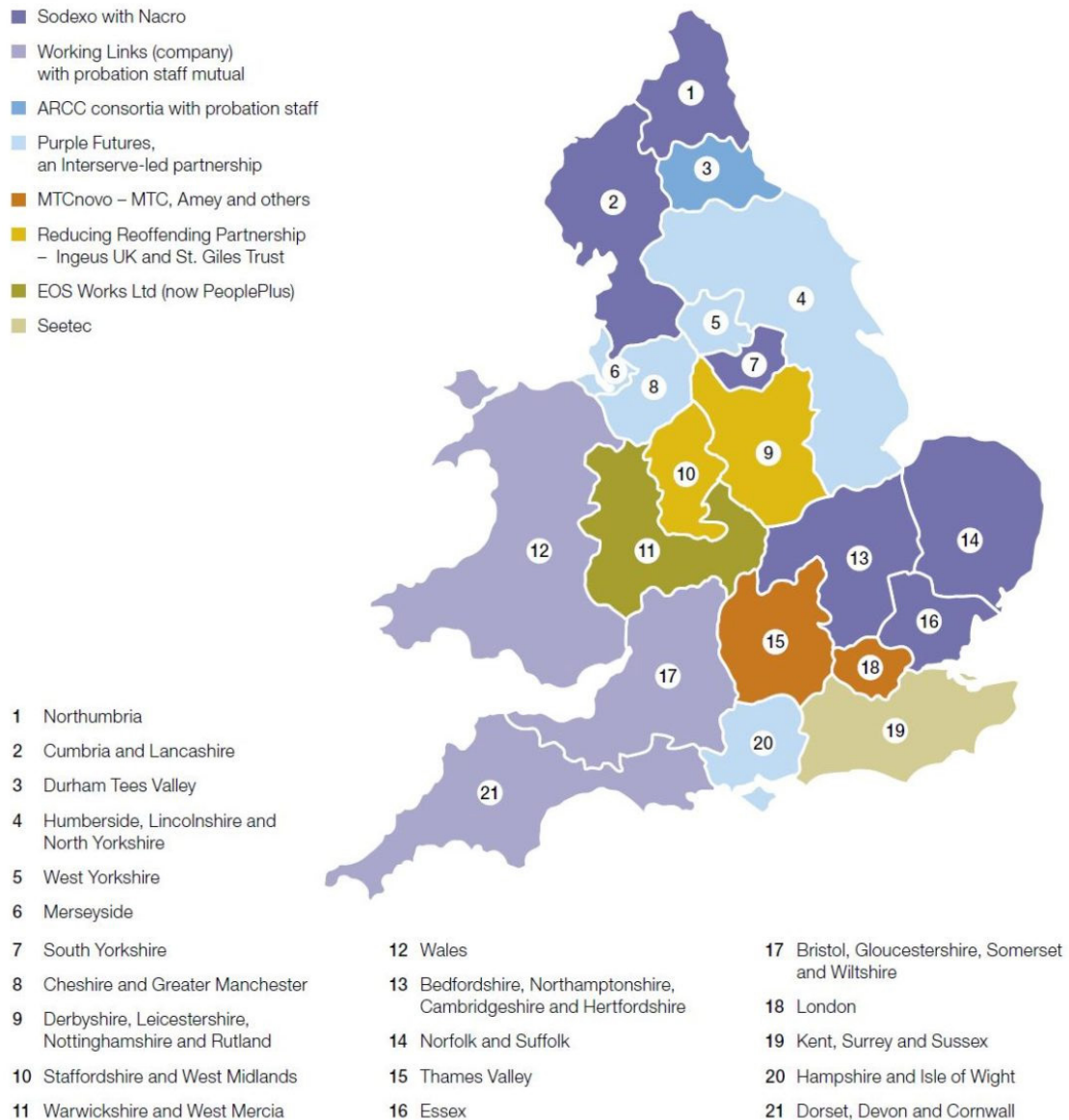


Figure 5 Eight winning bidders for 21 geographical contracted areas⁵⁹

⁵⁹ Russell Webster, "Transforming Rehabilitation Resource Pack," accessed 18 August 2019, <http://www.russellwebster.com/transforming-rehabilitation-resource-pack/>

3.1.3.2. Incentive

Under the contractual framework of Transforming Rehabilitation, payments to Community Rehabilitation Companies (CRCs) were divided into three categories: Fee for Service, Payment by Results, and Fee for Use.⁶⁰

First, Fee for Service represented the primary form of payment. The government disbursed this payment to CRCs for successfully delivering offender-related activities outlined in the rehabilitation program. The Ministry estimated a total allocation of £2.5 billion for this category over the contract period, amounting to approximately 82% of the total value. These services included offender supervision tasks such as training programs and resettlement services. Payment was calculated based on the volume of specific activities, referred to as Offender Supervision Requirements. These requirements entailed duties such as monitoring individuals under community sentences⁶¹ and suspended sentence orders as mandated by the courts. However, despite the volume-based model, Fee for Service payments underperformed due to a consistent decline in the application of community-based sentences. Statistical data from 2015 indicated the issuance of 91,224 community orders, which decreased to 77,810 in 2017, a 15% reduction.⁶² Suspended sentence orders also fell from 46,515 to 42,520, a 9% decline. This downturn was attributed to judicial scepticism toward CRCs' capabilities, which in turn negatively impacted company revenues.⁶³ Moreover, this payment scheme inadvertently altered probation practice by shifting the focus toward contractual compliance, often at the expense of individualized behavioural intervention and relationship-building between probation officers and offenders.

Second, Payment by Results was introduced to shift performance accountability to CRCs. Under this model, providers were compensated based on their demonstrable success in reducing reoffending rates during a two-year post-implementation

⁶⁰ Sam J Cole, "Library Briefing | Probation Services: Reforms and Proposed Future Changes," accessed 18 August 2019, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/LLN-2018-0144/LLN-2018-0144.pdf>

⁶¹ A community sentence, also known as a community order, is a punishment that allows an offender to serve their sentence outside of prison under supervision. It is typically used for less serious crimes and often includes conditions like unpaid work or behavioural programs.

⁶² Comptroller and Auditor General, "Investigation into Changes to Community Rehabilitation Company Contracts HC 676 SESSION 2017–2019 19 DECEMBER 2017," accessed 18 August 2019, <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2017/12/Investigation-into-changes-to-Community-Rehabilitation-Company-contracts.pdf>

⁶³ Ibid.

period. A total of £567 million was allocated to PbR payments across the contract lifecycle, representing 18% of the overall expenditure. Although the design sought to incentivize outcome-focused rehabilitation, most CRCs failed to achieve the anticipated reductions in recidivism. Notably, the effectiveness of PbR was constrained by factors beyond the providers' control. Reoffending is influenced by external support systems such as housing, employment services, psychological care, and drug rehabilitation. Without coordinated access to these public services, CRCs struggled to deliver transformative results.⁶⁴ The PbR model had previously been applied in the National Health Service, where funding was issued per patient depending on the complexity of treatment.⁶⁵ Yet in criminal justice, managing risk through PbR proved more challenging. Accurate risk appetite assessment by government agencies was essential, but relying solely on annual reoffending data was inadequate for calculating reliable payment baselines.

Third, Fee for Use served as a supplementary payment mechanism. It was utilized when CRCs were requested by the National Probation Service to perform services outside their standard remit, such as managing high-risk offenders. This payment category was optional and activated through specific government directives.

Each models carry distinct implications for innovation, accountability, and financial risk. **The Payment by Results (PbR)** model transfers financial risk from the government to service providers by tying payments to predefined outcomes, such as reduced reoffending. While this encourages innovation and accountability, it is complex to administer and risks service gaps if providers fail or prioritize easier cases. For private firms, PbR offers profit incentives for effective delivery but poses significant financial risk due to upfront investment without guaranteed returns. In contrast, **the Fee for Service** model pays providers for delivering specific tasks, regardless of results. It ensures predictable costs and easier oversight but may incentivize quantity over effectiveness, potentially leading to inefficiencies. For providers, it offers revenue stability but little motivation to innovate beyond fulfilling contractual obligations. The less common **Fee of Use** model links payments directly to service usage. It helps governments track utilization and control spending but risks budget overruns if demand spikes unexpectedly.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ NHS Digital, "Payment by Results," accessed 18 August 2019, <https://digital.nhs.uk/data-and-information/data-tools-and-services/data-services/hospital-episode-statistics/payment-by-results>

For providers, revenue aligns with demand and presents low risk per unit, though dependence on user uptake may discourage efficient case resolution. In summary, each payment model presents a unique balance of incentives and risks. PbR champions outcomes but demands robust oversight; Fee for Service ensures delivery but may sacrifice innovation; and Fee of Use aligns compensation with demand while posing budgetary volatility. Choosing the right model requires careful alignment with policy goals, administrative capacity, and the nature of the service in question.

Beyond operational challenges, the PbR system created structural barriers in the marketplace. Conducting probation services across 21 geographic areas required extensive capital and risk tolerance, restricting participation to large companies capable of absorbing financial uncertainties. Consequently, smaller private firms and voluntary organizations, despite possessing domain expertise, were excluded from lead provider roles.⁶⁶ Even when acting as subcontractors, volunteer organizations were often required to absorb portions of the contractual risk, further discouraging involvement. This contractual architecture hindered meaningful participation from qualified yet under-resourced entities, contradicting the reform's original goal of fostering broad stakeholder engagement in reducing reoffending.

3.2. Deconstructing Problems and Evaluating Reform Outcomes

3.2.1. The Incompetence of Community Rehabilitation Companies

3.2.1.1. Failures in Resettlement Services

Under the 2015 Transforming Rehabilitation programme, the Ministry of Justice introduced *Through the Gate*, a resettlement initiative aimed at supporting prisoners upon release. Managed by Community Rehabilitation Companies (CRCs), this service was intended to play a pivotal role in reintegrating ex-offenders into society, particularly those returning to communities that might exhibit initial hostility toward them. The programme's goals centred on behavioural reform and reducing the likelihood of recidivism through structured support.⁶⁷ However, *Through the Gate* fell markedly short

⁶⁶ Clinks, "Change & Challenge: The Voluntary Sector's Role in Transforming Rehabilitation."

⁶⁷ Criminal Justice Joint Inspection, "An Inspection of Through the Gate Resettlement Services for Prisoners Serving 12 Months or More a Joint Inspection by HM Inspectorate of Probation and HM Inspectorate of Prisons," accessed 19 August 2019, <https://cdn.websitebuilder.service.justice.gov.uk/uploads/sites/19/2025/05/Through-the-Gate-phase-2-report.pdf>

of its objectives. CRCs frequently failed to provide meaningful resettlement assistance, prioritizing contractual compliance over genuine rehabilitative engagement. A House of Commons investigation revealed that some prisoners were left without any CRC-provided services for over eight months.⁶⁸ Among 98 cases reviewed, only two individuals received any form of resettlement support under the programme. Such findings underscore the disconnect between policy intent and operational delivery, suggesting that CRCs were ill-equipped to integrate prison-based resettlement into coordinated offender management systems.

The root of this dysfunction lies in the payment structure that governed CRC operations. These companies were financially rewarded only when specific contractual conditions were met⁶⁹, leading them to adopt a risk-averse and box-ticking mentality.⁷⁰ Faced with severe financial pressure, CRCs focused narrowly on fulfilling performance metrics and service quotas rather than addressing the holistic needs of released individuals.⁷¹ This contractual rigidity undermined the rehabilitative spirit of *Through the Gate*, transforming a potentially transformative programme into a bureaucratic exercise in procedural compliance. Personnel workload further compounded the issue. Staff were inundated with administrative obligations, leaving little time or capacity for meaningful engagement with offenders.⁷² In such an environment, frontline workers often chose to focus on contractual tasks to avoid penalties, marginalising efforts to provide tailored support for reintegration. Moreover, CRCs systematically neglected critical components of post-release rehabilitation, such as education, vocational training, and employment assistance. Despite their theoretical role in facilitating access to these services, CRCs made no discernible effort to forge partnerships with local colleges or

⁶⁸ Saville Roberts, L, “Through the Gate Resettlement Services, EDM. 52, 2017-19,” accessed 19 August 2019, <https://edm.parliament.uk/early-day-motion/50513/through-the-gate-resettlement-services>

⁶⁹ Matt Tidmarsh, “*Transforming Rehabilitation*: Probation Practice, Architecture and the Art of Distributions,” *Criminology & Criminal Justice* 21, no. 1 (May 2019): 85, accessed 23 July 2025, <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1748895819848801>

⁷⁰ Alan Travis, “Private Companies Could Pull Out of Probation Contracts Over Costs,” accessed 19 August 2019, <https://www.theguardian.com/society/2017/mar/21/private-companies-could-pull-out-of-probation-contracts-over-costs>

⁷¹ Matt Tidmarsh and Ian D. Marder, “Beyond Marketisation: Towards a Relational Future of Professionalism in Probation After Transforming Rehabilitation,” *British Journal of Community Justice* 17, no. 2 (2021): 30, accessed 28 July 2025, <https://doi.org/10.48411/7azj-az90>

⁷² Jenny Rees, “‘High Workloads’ Affect Probation Staff,” accessed 19 August 2019, <https://www.bbc.co.uk/news/uk-wales-47953931>

educational providers.⁷³ Their failure to implement follow-up mechanisms meant that offenders requiring additional support were left adrift, reducing the likelihood of sustained rehabilitation and increasing the risk of reoffending. An especially concerning omission involved the facilitation of basic banking services for released individuals. Having a bank account is essential for securing employment, yet CRCs failed to assist prisoners in opening accounts, a service that, while basic, is vital for socioeconomic reintegration.⁷⁴ The absence of this support rendered many ex-offenders unable to re-enter the workforce and rebuild their lives, a direct consequence of CRCs' unwillingness to engage in tasks deemed outside their contractual remit.

In sum, the operational failures of CRCs in delivering *Through the Gate* services reflect a systemic flaw in the Transforming Rehabilitation framework: a model where financial incentives trumped rehabilitative intent, and contractual mechanics displaced offender-centred support.

3.2.1.2. Failure to Innovate: Delays in ICT Development

One of the central aims of the Ministry of Justice's Transforming Rehabilitation programme was to incentivise innovation and modernise rehabilitative processes. Private service providers, namely Community Rehabilitation Companies (CRCs), were contractually required to invest in digital infrastructure, including the development of ICT systems and new technologies to facilitate offender management. However, this innovation agenda faltered due to both external delays and internal inertia.

A key impediment was the government's failure to deliver the promised ICT Gateway, a system intended to enable data-sharing and operational connectivity between CRCs and the National Probation Service.⁷⁵ Initially scheduled for completion by June 2015, the Gateway's delivery was delayed by one year and three months. As a result, the Ministry of Justice was forced to compensate private providers with a payment of £23 million across 17 contract areas.⁷⁶ This delay not only eroded confidence in the reform's technological backbone but also disrupted CRCs' ability to fulfil their contractual innovation requirements.

⁷³ Christopher Stacey, "‘Through the Gate’ Services Are Failing to Support People Leaving Prison into Employment," accessed 19 August 2019, <https://www.unlock.org.uk/blog-gate-services-failing/>

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Mark Say, "ICT Delays Contributed to Probation Services Failures," accessed 19 August 2019, <https://www.ukauthority.com/articles/ict-delays-contributed-to-probation-services-failures/>

⁷⁶ Jessica Mullen, "MPs Latest to Criticise Transforming Rehabilitation," accessed 19 August 2019, <https://www.clinks.org/community/blog-posts/mps-latest-criticise-transforming-rehabilitation>

The consequences were both immediate and structural. The technological stagnation deprived CRCs of a framework for integrating offender data, coordinating services, and driving digital reform. Although some companies pursued independent ICT development, only two providers were able to deliver contractual IT innovations. Seven remained mid-process, and most suspended development entirely. This breakdown in innovation uptake led to legal disputes between private providers and the Ministry, with companies seeking recourse for damages incurred through governmental delay.

Financial pressures further constrained the private sector's capacity to innovate. The absence of a functional Gateway inhibited the integration of CRC systems with those of the National Probation Service, creating technical silos and exacerbating operational inefficiencies. Without reliable infrastructure, CRCs struggled to implement new rehabilitative models or digitise core processes. Thus, rather than unlocking transformative practices, the Transforming Rehabilitation programme institutionalised technological inertia, undermining its own premise of incentivised innovation.

3.2.1.3. Poor Quality of Probation Services

Evaluations conducted by HM Inspectorate of Probation revealed that the quality of work delivered by Community Rehabilitation Companies (CRCs) across 21 geographical regions was predominantly average or poor, with a formal classification of “requiring improvement” (**Figure 6**). Dame Glenys Stacey, Chief Inspector of Probation, emphasised that “although there are exceptions, the community rehabilitation companies... are not generally producing good quality work, not at all.”⁷⁷ The inadequacies stemmed largely from insufficient resourcing and staff shortages, which hindered the companies' ability to manage large caseloads effectively.⁷⁸ A widespread practice involved supervising offenders solely by phone, with no face-to-face interaction⁷⁹, resulting in limited behavioural analysis and weak offender engagement.

⁷⁷ Danny Shaw, “Ex-prisoners lack support, says probation head,” accessed 19 August 2019, <https://www.bbc.co.uk/news/uk-41595826>

⁷⁸ Jamie Grierson, “Staff Shortages Leave Probation Service in Crisis, Report Finds” *The Guardian*, accessed 19 February 2026, <https://www.theguardian.com/society/2020/jan/14/probation-sector-in-crisis-report-finds>

⁷⁹ Michael Savage, “Private Probation Firms Fail to Cut Rates of Reoffending,” accessed 19 August 2019, <https://www.theguardian.com/society/2018/feb/03/private-firms-fail-cut-rates-reoffending-low-medium-risk-offenders>

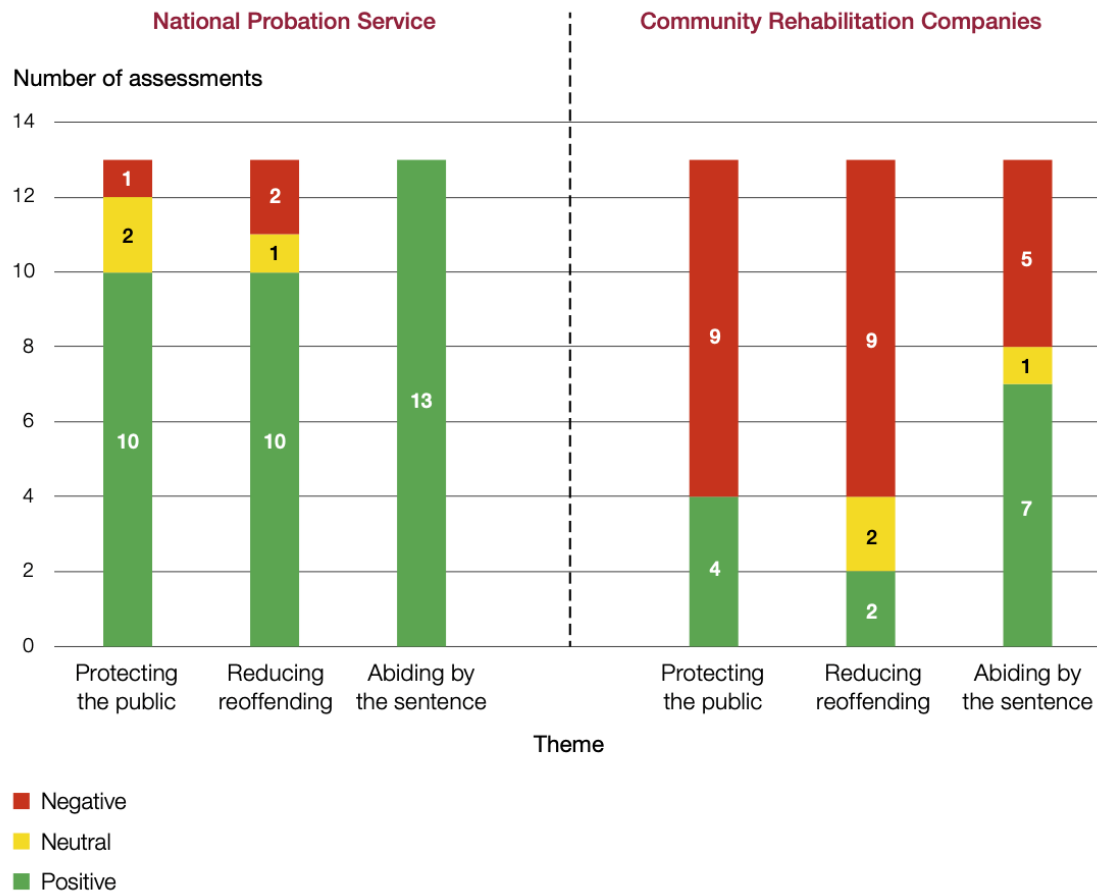


Figure 6 HM Inspectorate of Probation's overall assessment of National Probation Service regions and Community Rehabilitation Companies' performance, December 2016 to March 2018⁸⁰

These operational shortcomings were closely tied to the Ministry of Justice's payment framework. Many CRCs failed to meet the requisite contractual benchmarks⁸¹, leading to withheld payments and contributing to financial instability. Although HM Inspectorate of Probation noted that the payment model was not formally linked to performance outcomes⁸², it remains evident that inadequate financial liquidity, resulting from unmet conditions, impacted the companies' ability to deliver core services. A notable example includes Working Links, the CRC responsible for Bristol, Gloucestershire,

⁸⁰ Comptroller and Auditor General, "Transforming Rehabilitation: Progress Review HC 1986 SESSION 2017–2019 1 MARCH 2019," accessed 29 July 2019, <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2019/02/Transforming-Rehabilitation-Progress-review.pdf>

⁸¹ Ibid.

⁸² Glenys Stacey, "HM Inspectorate of Probation for England and Wales Annual Report 2017," accessed 19 August 2019, https://www.antonioacasella.eu/nume/GlenysStacey_2017.pdf

Somerset, Wiltshire, Dorset, Devon, Cornwall, and Wales (**Figure 7**).⁸³ Despite an urgent need to improve service delivery, the company was unable to comply with contractual obligations and subsequently ceased operations.

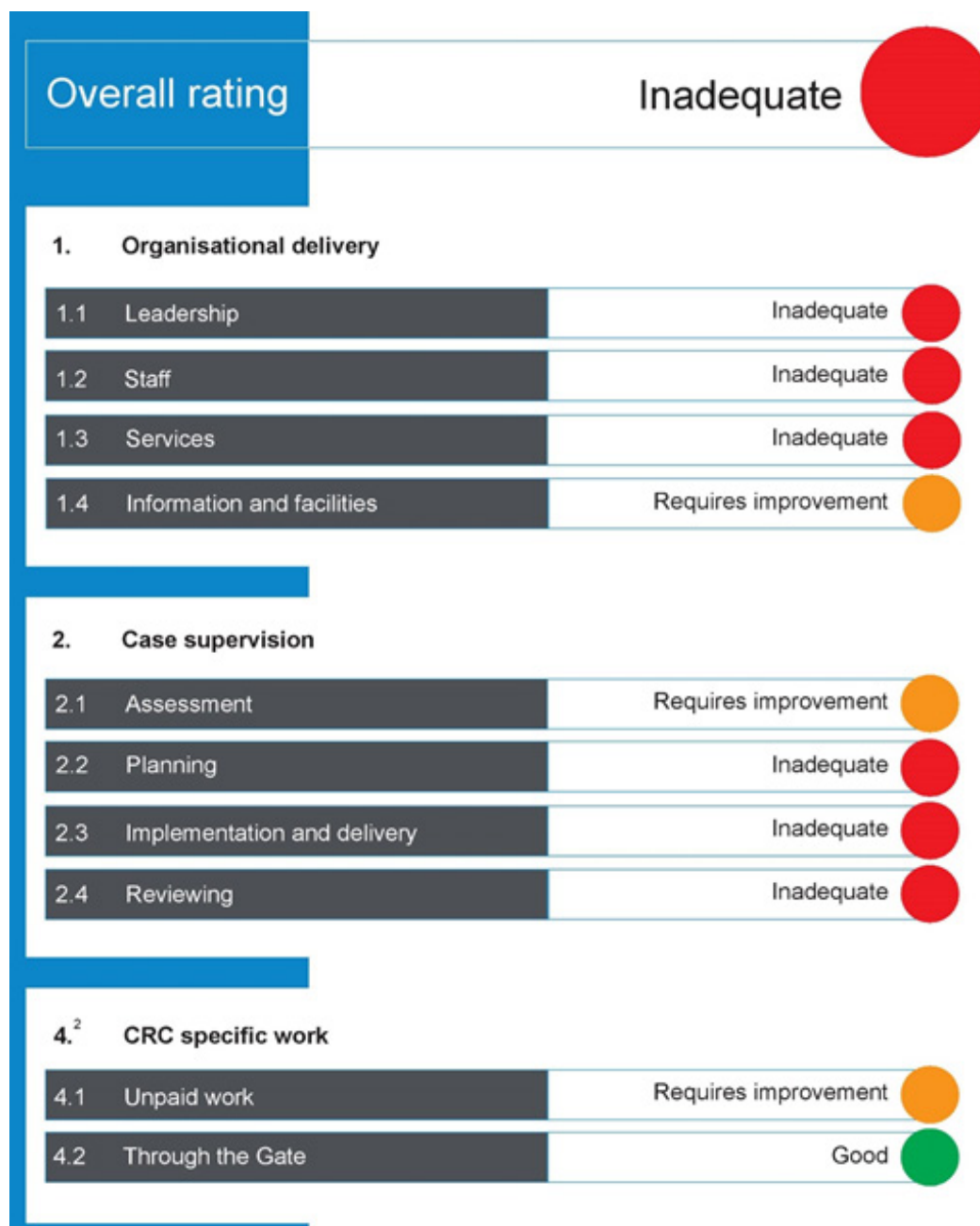


Figure 7 Overall rating of Working Links in Dorset, Devon and Cornwall⁸⁴

⁸³ Russell Webster, "South-West Private Probation Sub-Standard But Improving," accessed 19 February 2026, <https://www.russellwebster.com/hmipbgsw/>

⁸⁴ Ibid.

Further concerns arose regarding CRCs' limited engagement in facilitating essential services such as housing assistance, employment support, and addiction treatment. While some offenders received aid in these areas, they represented only a small subset of the wider offender population. Observations indicated that certain staff members did not invest adequate effort in personalised support or in building rehabilitative relationships with offenders. In many cases, individuals were merely asked to complete and sign forms, without meaningful supervision or follow-up, an approach that significantly undermines the rehabilitative goals of probation.⁸⁵

3.2.2. Insufficient Piloting

Although the Transforming Rehabilitation initiative represented a significant and well-intentioned overhaul of the probation service, its implementation was critically undermined by inadequate piloting of the Payment by Results (PbR) model. This model, intended to incentivise service providers through financial rewards tied to performance outcomes, was not tested sufficiently prior to national rollout.

According to findings from the Social Market Foundation, Her Majesty's Prison and Probation Service (formerly the National Offender Management Service)⁸⁶ conducted limited pilot programmes in only two locations, Doncaster and Peterborough. These pilots were designed to evaluate the interplay between financial incentives and services offered under the new Offender Rehabilitation Act 2014.

Originally, the Ministry of Justice had planned to expand piloting efforts across multiple cities. However, this expansion was curtailed when the financial model failed to attract sufficient private sector investment. The pilots were discontinued prematurely⁸⁷, and full-scale implementation of Transforming Rehabilitation proceeded before any comprehensive assessment could be completed.⁸⁸

When final evaluations were eventually published, results indicated that the PbR model failed to deliver the anticipated reduction in reoffending rates. This revelation

⁸⁵ Glenys Stacey, "HM Inspectorate of Probation for England and Wales Annual Report 2017."

⁸⁶ Ian Mulheirn, "Paying for Results? Rethinking Probation Reform," accessed 31 July 2019, <http://www.smf.co.uk/wp-content/uploads/2013/08/Publication-Briefing-Paying-for-Results-Rethinking-probation-reform.pdf>

⁸⁷ Max Chambers, "Expanding Payment-By-Results Strategic Choices and Recommendations," accessed 18 August 2019, <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2016/09/expanding-payment-by-results.pdf>

⁸⁸ House of Commons Justice Committee, "Transforming Rehabilitation Ninth Report of Session 2017–19 HC 482," accessed 29 July 2019, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmjust/482/482.pdf>

came too late, as the Ministry had already embedded the model into probation services nationwide. Given its complexity and novelty, the PbR system lacked a robust procurement strategy and an operational roadmap, elements vital for any reform of such scale.

The private sector's reluctance to participate in the pilot was attributable to the unclear and financially risky nature of the scheme. In Leeds, for example, pilot efforts collapsed due to market failure.⁸⁹ Service providers withdrew from the initiative, citing disproportionate risk and lack of operational autonomy, highlighting structural flaws that should have been addressed during a more rigorous piloting phase.

3.2.3. Financial Pressures and Reduced Willingness Among Private Providers

A central flaw in the Payment by Results (PbR) model was its failure to appeal to private investors, resulting in considerable financial strain on service providers. The King's Fund report highlighted that the financial framework was both inflexible and unreasonable.⁹⁰ Under the Ministry of Justice's guidelines, payments were strictly conditional: providers would only receive government funds if they met predefined reductions in reoffending rates. For example, a 5% reduction would yield a £1 million payment, whereas a marginally lower outcome, such as 4.9%, would result in zero compensation. This punitive model ignored partial success and failed to accommodate the complexities of offender rehabilitation, rendering the incentive structure commercially unattractive (Figure 8).⁹¹

Reoffending Reduction	Payment Provider	Profit/Loss
4.8%	£0	-£900,000
4.9%	£0	-£900,000
5.0%	£1,000,000	+£100,000
5.1%	£1,000,000	+£200,000

Figure 8 Example of a commercial model⁹²

⁸⁹ Max Chambers, "Expanding Payment-By-Results Strategic Choices and Recommendations."

⁹⁰ John Appleby and others, "Payment by Results How Can Payment Systems Help to Deliver Better Care?," accessed 31 July 2019, https://assets.kingsfund.org.uk/f/256914/x/a024b91a9b/payment_by_results_report_november_2012.pdf

⁹¹ Max Chambers, "Expanding Payment-By-Results Strategic Choices and Recommendations."

⁹² Ibid.

In practice, this rigid system led to low market confidence and deterred many providers from entering or continuing within the sector. Crucially, no private provider had previously achieved the reoffending reduction targets set by the Ministry of Justice, and no flexibility mechanisms were offered to adjust expectations or mitigate financial losses.⁹³ This absence of adaptability and performance scaling not only discouraged investment but also highlighted a disconnect between policy ambition and operational reality. The PbR model's shortcomings were particularly evident in pilot regions such as Leeds, where market failure occurred. Here, private organisations withdrew entirely, citing excessive risk and lack of operational control. Without a viable financial safety net or shared accountability structure, many providers found the model untenable. The Ministry's emphasis on binary outcomes, reward or no reward, ignored the incremental progress that probation services often require. This misalignment ultimately weakened the prospects for sustainable reform and undermined the effectiveness of rehabilitation initiatives intended under Transforming Rehabilitation.

3.2.4. Public Confidence, Policy Regression, and the Rise of Retributive Criminal Justice

The failure of the Transforming Rehabilitation initiative precipitated a significant decline in public confidence toward probation services in England and Wales. Community orders issued under the guidance of probation officers were increasingly viewed as inadequate in preventing recidivism. This scepticism extended to magistrates, many of whom reverted to custodial sentencing rather than utilising rehabilitative measures such as community orders.⁹⁴ Public distrust of privatised probation services thus began to reshape broader sentencing behaviours within the criminal justice system.

One major contributor to this erosion of trust stemmed from the impact privatisation had on probation staff themselves. Following the split, employees reported diminished perceptions of legitimacy and a loss of faith in the professional capabilities of colleagues who transitioned into Community Rehabilitation Companies (CRCs). Historically, probation officers had taken pride in serving the public through a respected institution. Many joined the profession from a genuine desire to contribute to the public

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Owen Bowcott, "Decline in Community Sentencing Blamed on Probation Privatisation," accessed 19 August 2019, <https://www.theguardian.com/law/2018/dec/28/decline-in-community-sentencing-blamed-on-probation-privatisation-courts-trust-justice>

good. Post-reform research, however, reveals a growing disillusionment, not only with their professional roles but also with the government that instigated these changes. This breakdown prompted nearly a third of CRC staff (28.9%) to actively seek alternative employment, further destabilising probation service delivery.⁹⁵

The prevailing narrative painted Community Rehabilitation Companies (CRCs) as incapable of genuine reform, reinforcing the belief that imprisonment remained the most reliable deterrent against crime.⁹⁶ Such perceptions run counter to modern penal philosophy, which advocates imprisonment as a last resort. The continued reliance on incarceration risks reversing decades of progressive criminal justice development, potentially regressing the system by a century.

Furthermore, operational inefficiencies plagued both CRCs and the National Probation Service. A stark example cited by the Bromley Briefings Prison Factfile (2018) revealed that 1,762 female offenders under supervision were recalled to custody, underscoring systemic failures in monitoring and support. These recall figures reflect the inability of probation mechanisms to fulfil their rehabilitative purpose and further contributed to public disillusionment.⁹⁷

This erosion of public trust also influenced criminal policy discourse. On 11 August 2019, Former Prime Minister Boris Johnson publicly committed to expanding custodial capacity by 10,000 prison places and expressed concerns that offenders were being released prematurely.⁹⁸ His remarks, arguably more populist than evidence-led, were aimed at reassuring the public but risked entrenching punitive attitudes over sustainable reform.

⁹⁵ Sam Cooper, "A Failed Social Experiment: Damaged Professional Identity Post 'Transforming Rehabilitation'," *British Journal of Community Justice* 17, no. 2 (2021): 47, accessed 23 July 2025, https://mmuperu.co.uk/bjcn/wp-content/uploads/sites/441/2021/09/Cooper.Final_.Publish.pdf

⁹⁶ BBC, "Probation Services Face Radical Overhaul," accessed 19 August 2019, <https://www.bbc.co.uk/news/uk-wales-44975222>

⁹⁷ PRISON REFORM TRUST, "Bromley Briefings Prison Factfile," accessed 9 April 2019, <http://www.prisonreformtrust.org.uk/Publications/Factfile>

⁹⁸ Robert Wright, "Johnson Orders 'Urgent' Review of Sentencing Policy," accessed 19 August 2019, <https://www.ft.com/content/48fe1ed0-bc18-11e9-89e2-41e555e96722>

International comparisons further highlight the policy misalignment. The UK reportedly imposes more life sentences than Germany, France, or Italy, yet offence rates remain unchanged. Notably, the National Audit Office found no demonstrable link between incarceration levels and crime reduction,⁹⁹ suggesting that enhanced punishment does not yield greater public safety.

Imprisonment serves as a cornerstone of public protection by physically removing individuals assessed as dangerous from society. It fulfils key penal objectives including punishment, retribution, and deterrence, and may provide a structured setting for rehabilitation. Nevertheless, its limitations are considerable. The financial cost is significant, exceeding £50,000 per prisoner annually.¹⁰⁰ Moreover, short custodial sentences are often associated with high rates of recidivism, raising questions about their long-term efficacy. The broader social implications include disruption of family structures, economic marginalisation, and the erosion of productive capacity due to the exclusion of working-age individuals from the labour force. Additionally, prison overcrowding can further undermine rehabilitative efforts by limiting access to tailored interventions and support services.

In contrast, probation and community-based sentences present a more integrated approach to offender management for individuals assessed as posing low to medium risk. Costing approximately £4,500 per person annually,¹⁰¹ these options offer substantial savings while preserving community ties, employment continuity, and familial relationships. They enable rehabilitation within natural social environments through bespoke support programs that address the underlying causes of offending behaviour. Evidence suggests that, for suitably screened individuals, these measures can be more effective at reducing reoffending than short-term incarceration. Importantly, they also safeguard human capital by keeping individuals economically active.

⁹⁹ Owen Jones, “Boris Johnson’s Crackdown on Crime Is Just the Latest Ruse in The Tories’ Class War,” accessed 19 August 2019, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/aug/15/boris-johnson-crime-tories-class-war-bankers-white-collar-crime>

¹⁰⁰ Nacro, “Nacro Responds to New Data on the Rising Costs of Prisons in England and Wales,” accessed 23 July 2025, <https://www.nacro.org.uk/news/nacro-responds-to-new-data-on-the-rising-costs-of-prisons-in-england-and-wales>

¹⁰¹ UK Parliament, “Written Question 3546: Prisoners – Per Capita Costs, tabled August 30, 2024, answered September 9, 2024,” accessed 23 July 2025, <https://questions-statements.parliament.uk/written-questions/detail/2024-08-30/3546>

However, probationary models are not without challenges. They frequently encounter public scepticism, often perceived as lenient or insufficiently punitive. This can lead to diminished confidence in the justice system if communication about their effectiveness is lacking. Additionally, community supervision relies heavily on adequate resourcing and inter-agency coordination. Compliance monitoring can be complex, particularly for individuals with overlapping needs in mental health, substance misuse, and housing stability. Resource constraints in probation services may compromise the integrity and consistency of interventions if not appropriately addressed.

3.2.5. The Expansion of Prisons and the Drift from Rehabilitative Justice

Amid growing concerns over offender management, the UK government has increasingly prioritised prison construction over investing in rehabilitation services. Prison population statistics from 2024¹⁰² illustrate the national landscape: England and Wales held 170 prisoners per 100,000 residents, Scotland 177, and Northern Ireland 126, ranking in the top half of listed countries, while it was in the bottom half for Northern Ireland. While not the highest in Europe, the prisoner count has shown a consistent upward trajectory. According to the All-Party Parliamentary Group (APPG)¹⁰³, this surge was exacerbated by the failure of the Transforming Rehabilitation initiative, which was intended to reduce recidivism through improved probation mechanisms.

Historically, the UK criminal justice system evolved from punitive measures such as corporal and capital punishment towards more humane frameworks centred on offender supervision. This reformist shift laid the foundations for a rehabilitative model that prioritised reintegration over isolation. However, the recent policy trend, marked by government investment in new prison infrastructure, signals a reversal of that philosophy.¹⁰⁴ Superficially, prison expansion may appear to be a logistical response to overcrowding. A deeper analysis reveals that limited budget allocations and diminished public trust in probation services have likely skewed policy preferences toward incarceration.¹⁰⁵

¹⁰² Shadi Danechi and Francesca Cooney, “Prison Population Statistics,” accessed 19 February 2026, <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN04334/SN04334.pdf>

¹⁰³ Howard League for Penal Reform, “Sentencers and Sentenced: Exploring Knowledge, Agency and Sentencing Women to Prison,” accessed 6 April 2019, <https://howardleague.org/wp-content/uploads/2018/10/APPG-report-on-sentencing-31-October-2018.pdf>

¹⁰⁴ Robert Wright, “Half-Empty Super Prison Is ‘On Track’, Says UK Government,” accessed 19 August 2019, <https://www.ft.com/content/93eb41c8-79fe-11e8-8e67-1e1a0846c475>

¹⁰⁵ Prison Reform Trust, *Prison Reform Trust Response to the Independent Sentencing Review 2024 to 2025*, (London: Prison Reform Trust, 2025), 33, accessed 23 July 2025, <https://prisonreformtrust.org.uk/wp-content/uploads/2025/01/Prison-Reform-Trust-evidence-to-the-Independent-Sentencing-Review-2024-to-2025.pdf>

Although the construction of prisons continues, imprisonment still faces numerous ongoing issues. A major concern is the quality of life for inmates, which remains problematic even today. Many prisoners still lack access to basic necessities, and this long-standing neglect contributes to deeper consequences. Placing first-time offenders in the same environment as seasoned criminals can have severe psychological impacts, often leading to the development of criminal skills and behaviours.¹⁰⁶ Such exposure risks turning minor offenders into repeat or professional criminals. In addition, the punishment itself often causes a lasting social stigma. When prisoners are released, they frequently struggle to reintegrate into society, facing rejection and prejudice. Former inmates are commonly perceived as lifelong criminals, making it difficult for them to adapt and live harmoniously within their communities again.

The plight of female prisoners is especially troubling. Despite formal compliance with international standards, such as the United Nations, the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Mandela Rules) and the United Nations Rules for Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (Bangkok Rules)¹⁰⁷, many women in UK prisons encounter inadequate support, discriminatory practices, and neglect. Pregnant women, mothers with caregiving responsibilities, and those requiring specialised treatment frequently lack access to tailored interventions, compounding their vulnerability.¹⁰⁸

Importantly, widespread public scepticism about probation services has fostered support for imprisonment, despite evidence that incarceration does not effectively reduce reoffending. This punitive sentiment reflects a retributive and deterrence-oriented mindset. Rather than serving as a rehabilitative mechanism, poor prison conditions are perceived as fitting punishment, an outlook that undermines both offender welfare and systemic reform.

¹⁰⁶ Jarryd Bartle, "We Know That Prison Doesn't Work. So, What Are the Alternatives?," accessed 19 August 2019, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/aug/16/we-know-that-prison-doesnt-work-so-what-are-the-alternatives>

¹⁰⁷ Sofia Gullberg, "The UN Bangkok Rules for Women Offenders and Prisoners and Their Application in The UK," accessed 19 August 2019, <https://www.penalreform.org/blog/women-in-the-criminal-justice-system-and-international/>

¹⁰⁸ HM Inspectorate of Prisons, "Frustrations about a Lack of Basic Care Lead Women in Prison to Self-Harm," accessed 23 July 2025, <https://hmiprisons.justiceinspectorates.gov.uk/news/frustrations-about-a-lack-of-basic-care-leads-women-in-prison-to-self-harm/>

3.2.6. Failure to Reduce Reoffending by the Levels Expected

Despite continued efforts to reform probation services, the initial goal of significantly reducing reoffending rates remains unmet. As previously outlined, the reforms introduced a bifurcated supervisory model: high-risk offenders were placed under the National Probation Service, while low, and medium-risk offenders were overseen by Community Rehabilitation Companies.¹⁰⁹ Within this framework, the Minister mandated statutory supervision for all low-risk offenders, meaning those serving custodial sentences of less than one year would be subject to post-release monitoring.

Prior to these changes, such offenders were not typically supervised by probation services. Following the policy shift, the probation caseload expanded by 17%, with approximately 37,000 additional individuals being monitored between early 2015 and September 2018. This surge substantially increased the burden on probation officers, which in turn raised concerns about the adequacy and effectiveness of the supervision provided. Statistics from August 2015 indicated that 10,000 newly supervised offenders were added without a corresponding support plan.¹¹⁰ According to the National Audit Office, the Ministry of Justice lacked sufficient administrative data and mechanisms to evaluate service efficiency, outcomes, or tailored behavioural interventions for this cohort, suggesting a limited understanding of how to manage them effectively.¹¹¹

Compounding these issues was a rise in the number of recalled offenders, which directly contradicts the aim of lowering reoffending rates. A House of Commons report from the Justice Committee revealed that from 2015 to September 2018, recall cases increased by 47%, from 4,240 to 6,240. Particularly concerning was the escalation in recalls of low-risk offenders, from just 3% to 36%.¹¹² Many of these individuals, especially those sentenced to less than 12 months, found it difficult to adhere to supervision terms due to complex personal challenges such as homelessness, poor

¹⁰⁹ “EXPLANATORY MEMORANDUM TO THE OFFENDER REHABILITATION ACT 2014 (INCIDENTAL PROVISION) ORDER 2015 2015 No. 774,” accessed 19 August 2019, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/774/pdfs/uksiem_20150774_en.pdf

¹¹⁰ Comptroller and Auditor General, “Transforming Rehabilitation HC 951 SESSION 2015-16 28 APRIL 2016.”

¹¹¹ Comptroller and Auditor General, “Transforming Rehabilitation: Progress Review HC 1986 SESSION 2017-2019 1 MARCH 2019.”

¹¹² House of Commons Justice Committee, “Transforming Rehabilitation Ninth Report of Session 2017-19 HC 482.”

mental health, and substance dependency. These trends highlight the absence of a comprehensive support framework addressing the root causes of offending.¹¹³ Probation strategies must reflect proportionality and suitability; when supervision fails to meet these conditions, it risks transforming into a punitive measure rather than upholding the rehabilitative intent of the policy.

4. CHAPTER IV – Preventive Measures for Sustainable Reform Implementation

4.1. Appropriate Piloting Before the Launch of Operation

The failure of the probation service reform was largely rooted in the Ministry of Justice's flawed risk assessment, primarily due to insufficient piloting prior to implementation. As previously discussed, only two areas, Doncaster and Peterborough, were designated as pilot locations for testing the operational dynamics of Transforming Rehabilitation. Critically, the Ministry chose to press ahead with the nationwide reform without waiting for conclusive pilot outcomes, which prevented it from recognising systemic weaknesses early on. As a result, challenges such as poor performance in reducing recidivism and inadequacies in resettlement services provided by private providers went unaddressed until full implementation was already underway.

A key contributor to this failure was the overestimation of private providers' capabilities and the absence of a comprehensive pre-launch trial. To avoid repeating such missteps, future public sector reforms, whether related to probation services or other domains, must be preceded by robust, carefully structured piloting phases. The government should ensure that these pilot programmes are fully developed and run to completion, allowing for the identification of practical challenges, such as coordination between the National Probation Service and contracted providers, delivery gaps in resettlement services, and the operational roles and responsibilities of frontline staff.

Moreover, the pilot phase should span one to two years to permit the collection of meaningful evaluation data. This period would allow policymakers to analyse the trajectory of service outcomes and determine whether the intended direction is viable. A thorough risk assessment must accompany this process to anticipate potential setbacks

¹¹³ Nacro, "Short Prison Sentences," accessed 23 July 2025, <https://www.nacro.org.uk/news-views/policy-research/our-policy-work-in-justice/short-prison-sentences/>

and incorporate safeguards into contractual design. Ultimately, piloting serves not only as a testing ground but as a critical tool for shaping fair, effective, and adaptive public service contracts that best serve both the system and the individuals it aims to rehabilitate.

4.2. Integrating Community Rehabilitation Companies into the National Probation Service Framework

A key factor contributing to the failure of probation service reform has been the operational and philosophical disconnect between private service providers and the foundational principles of probation. Specifically, many Community Rehabilitation Companies (CRCs) lacked a sufficient understanding of the ethical ethos long embedded in probation practice, summarised by the guiding principle to “advise, assist, and befriend” the offender. Unlike the former Probation Trusts, or the current National Probation Service (NPS), CRCs, motivated primarily by profit margins, tended to prioritise contractual compliance and financial returns over the behavioural and rehabilitative needs of offenders. By contrast, the NPS, as a public-sector agency, operates without profit motive and retains institutional experience and professional expertise in offender supervision and rehabilitation, having long served as the principal body for reducing reoffending.

Another persistent challenge has been the lack of seamless coordination between the NPS and private service providers. This fragmentation has resulted in inconsistent supervision and breakdowns in service continuity. To resolve such inefficiencies, a clearer structural delineation of responsibilities is essential. Offender management, regardless of risk level, should be consolidated under the singular authority of the National Probation Service. This centralisation would ensure greater consistency, accountability, and service quality, by placing offender supervision in the hands of those with specialised training and deeper familiarity with criminal justice frameworks.

At the same time, excluding the private sector entirely would risk losing opportunities for innovation and service diversification. Rather than leading offender management, private organisations should adopt a complementary role, operating solely as providers of resettlement services. These services might include the provision of housing, employment support, vocational training, and psychological or addiction therapies, functions that support reintegration but do not require custodial supervision authority. By repositioning CRCs as strategic partners rather than service leaders, probation delivery can benefit from targeted expertise without compromising ethical and rehabilitative standards.

4.3. Designing a New Payment Mechanism

Restricting the role of private sector actors to resettlement services necessitates a sustainable and predictable payment framework. Under this revised model, private providers would receive compensation through a Fee-for-Service mechanism. To prevent the financial instability previously experienced, often resulting in reduced operational efficiency and disruptions across the criminal justice system, the Ministry must ensure greater contractual flexibility and support for service providers. Without such safeguards, fiscal pressures on private entities may compromise service quality and undermine the broader rehabilitative mission.

To address this, the Fee-for-Service model should be bifurcated into two components: 50% of the fee should be disbursed as a fixed rate, securing baseline income regardless of demand fluctuations; the remaining 50% should be performance-linked, based on the quantity and scope of resettlement services actually provided to offenders. This dual-structure payment mechanism reflects the observed annual decline in community orders, which makes it difficult to forecast future service volumes and corresponding income. By ensuring financial liquidity through partial fixed funding, the private sector would be better positioned to fulfil contractual obligations without succumbing to unstable income cycles.

Additionally, historical barriers have excluded small enterprises and voluntary organisations from participating in probation service delivery, primarily due to large contract sizes and significant capital requirements. To democratise participation and harness the specialised knowledge of smaller actors, the new system should adopt geographical restructuring. Probation areas must be subdivided into smaller, more manageable zones with proportionate resource requirements, thereby lowering the threshold for entry and incentivising expert-driven, community-based contributions. Such reforms would diversify service provision, inject innovation, and deepen local engagement in offender rehabilitation.

5. CHAPTER V – Conclusion

Transforming Rehabilitation was launched with commendable intentions: to reduce reoffending, enhance operational efficiency, and introduce an unprecedented level of private sector involvement in the UK's probation services. Historically, volunteer organisations played a significant role in shaping probation practice in the 19th and 20th centuries, laying the foundation for community-based rehabilitation. However, their influence remained largely spiritual and supportive, while the responsibility for offender management and reducing recidivism continued to reside within the public sector. With the broader wave of privatisation in the late 20th century, many public services, including post offices and hospitals, shifted toward private management to improve efficiency and reduce government expenditure. This ideology eventually permeated the criminal justice system, beginning with privately operated prisons and culminating in the probation reform under Transforming Rehabilitation.

The reform introduced Community Rehabilitation Companies (CRCs) to supervise low, and medium-risk offenders, while the newly established National Probation Service retained oversight of high-risk cases. Financial incentives such as Fee for Service and Payment by Results were employed to attract private investment, with the expectation that market-driven innovation would enhance probation outcomes. However, the reform faced multiple structural failures. Private providers underperformed in resettlement delivery, failed to introduce meaningful innovations, and often fell short of quality benchmarks. The absence of adequate piloting led to poor risk assessment, while financial instability, compounded by unpredictable demand, resulted in insolvency and diminished service efficiency. Public confidence eroded, and the shift in sentiment toward punitive imprisonment undermined rehabilitative justice policies.

To remediate these shortcomings, three corrective measures are essential. First, pilot programmes must precede any systemic changes, enabling proper risk evaluation and targeted implementation. Second, the private sector's role should be redefined to support rather than lead probation delivery, leaving offender management in the hands of the public agency most equipped for it. Finally, a redesigned financial mechanism, balancing fixed and performance-based payments, should encourage voluntary and small-scale organisations to participate through a more inclusive, geographically distributed model.

Why AI Liability should shift from
fault-based theory to Enterprise Liability*
ทำไมในความรับผิดของปัญญาประดิษฐ์ถึงควรเปลี่ยนจาก
ทฤษฎีความผิดเป็นทฤษฎีความรับผิดขององค์กร

Laddawan Yaimanee

ลดาวัลย์ ไยมนี

Presiding Judge of the Civil Court, Court of Justice
55 Ratchadaphisek Rd., Chom Phon, Chatuchak, Bangkok 10900

ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะชั้นต้นในศาลแพ่ง, ศาลยุติธรรม
เลขที่ 55 ถนนรัชดาภิเษก แขวงจอมพล เขตจตุจักร กรุงเทพฯ 10900

Corresponding author E-mail: ruk21us@yahoo.com

(Received: May 27, 2025; Revised: October 10, 2025; Accepted: October 10, 2025)

Abstract

Artificial Intelligence (AI) now plays a significant role in individuals' daily lives, resulting in legal challenges concerning liability for defects in AI systems. Due to AI's complex characteristics and its autonomy from human control, the application of fault-based liability, focusing on identifying a culpable individual, is no longer appropriate. Traditional fault-based theory requires the claimant to establish that harm was caused intentionally or negligently, emphasising the responsibility of the individual wrongdoer. This imposes an undue burden on the injured party, who must establish fault before the court, even though the technological complexity of AI makes it exceedingly difficult to demonstrate a clear causal link between the AI's conduct or decisions and the resulting damage. Accordingly, it is necessary to adopt the theory of enterprise liability, whereby manufacturers of AI systems are held liable for defects regardless of fault. Under this model, liability arises directly from the defective condition of the AI system itself. The burden on the injured party is limited to proving that the AI was defective and that the defect caused the harm. Enterprise liability focuses on the distribution of risk and

* This paper is part of the research "AI Liability Under Enterprise Liability in Thailand: A Comparative Study" The sponsorship is by the Court of Justice, Thailand.

the internalisation of production costs within the organisation. This approach enables manufacturers to anticipate and calculate the cost of potential harm in advance, allowing them to distribute the risk among stakeholders or consumers in the market, rather than bearing the entire burden alone. As such, enterprise liability imposes strict liability on manufacturers, which is a more suitable and effective legal framework for addressing harms caused by AI than traditional fault-based liability.

Keywords: AI, Artificial Intelligence, AI Liability, Fault-based Theory, Enterprise Liability

บทคัดย่อ

ปัญญาประดิษฐ์เข้ามามีบทบาทต่อการดำเนินชีวิตของบุคคลอย่างมาก ทำให้เกิดปัญหาความรับผิดจากความบกพร่องของปัญญาประดิษฐ์ จากคุณสมบัติเฉพาะที่มีความซับซ้อนและความเป็นอิสระจากการควบคุมของมนุษย์ ทำให้การใช้ทฤษฎีความผิดที่มุ่งหาตัวผู้กระทำผิดมารับผิดชอบต่อความบกพร่องของปัญญาประดิษฐ์นั้นไม่เหมาะสมอีกต่อไป เนื่องจากทฤษฎีความผิดมุ่งหาผู้กระทำความผิดโดยเจตนาหรือประมาท โดยมุ่งเน้นที่ตัวบุคคลผู้กระทำความผิด ทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความเป็นธรรม ต้องพิสูจน์ต่อศาลว่ามีการกระทำความผิดโดยเจตนาหรือประมาทเกิดขึ้น ทั้งที่โดยคุณสมบัติของปัญญาประดิษฐ์นั้นมีความซับซ้อนทางเทคโนโลยี ผู้เสียหายไม่อาจพิสูจน์ความผิดหรือความเกี่ยวข้องระหว่างเหตุและผลของการกระทำและการตัดสินใจของปัญญาประดิษฐ์ได้ง่าย ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องนำทฤษฎีความรับผิดขององค์กรมาใช้ เพื่อให้ผู้ผลิตปัญญาประดิษฐ์รับผิดชอบต่อบกพร่องของปัญญาประดิษฐ์แม้ไม่มีความผิดเกิดขึ้นก็ตาม โดยเป็นการรับผิดในความบกพร่องชำรุดของปัญญาประดิษฐ์โดยตรง ทั้งนี้ผู้เสียหายจะมีภาระการพิสูจน์เพียงว่าปัญญาประดิษฐ์นั้นมีความชำรุดบกพร่องและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายเท่านั้น ซึ่งหลักทฤษฎีความรับผิดขององค์กรมุ่งเน้นที่การกระจายความเสี่ยงและการกระตุ้นทุนการผลิตภายในองค์กร หลักการนี้จะทำให้ผู้ผลิตสามารถคำนวณต้นทุนความเสียหายได้ล่วงหน้าและสามารถกระจายความเสี่ยงไปยังผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้บริโภคในตลาด ไม่จำเป็นต้องแบกรับภาระของต้นทุนสินค้าและความเสียหายแต่เพียงผู้เดียว ความรับผิดขององค์กรจึงเป็นความรับผิดเด็ดขาดของผู้ผลิต ซึ่งมีความเหมาะสมกับปัญญาประดิษฐ์มากกว่าการใช้ทฤษฎีความผิดแบบดั้งเดิม

คำสำคัญ: เอไอ, ปัญญาประดิษฐ์, ทฤษฎีความผิด, ทฤษฎีความรับผิดขององค์กร, ความรับผิดของปัญญาประดิษฐ์

Introduction

Numerous elements of most people's lives utilise AI technologies, including search engines, video games, robotic assistance in the hospitality industry, robot-assisted surgery, autonomous vehicles, and software. People are particularly familiar with AI in everyday objects like laptops, smartphones, vacuum cleaners, and restaurant robot servers.¹ It can be said that the development of AI technology is ongoing, resulting in a wide array of AI products and services. This ongoing evolution creates challenges for legal systems that have never been encountered before. In this context, this article will present an example: determining liability for the harms resulting from AI usage and compensating victims when AI operates as a complex, opaque system that obscures the source of errors in its processes. When we are unable to identify the error in the AI process, how can we ascertain who will be liable for the fault?

The traditional view of fault tends to focus on individual blame. However, this conventional perspective fails to adequately address the complex nature of AI technology in the event of an accident. It is important to note that AI technology demonstrates advanced intelligence. Unlike simple machines, AI is more challenging to regulate due to its ability to autonomously generate outputs based on input data analysis, without requiring human involvement, and make decisions independently regarding task outcomes. Beckers and Teubner propose that AI's algorithmic autonomy gives rise to a new phenomenon termed 'active digital agency.'² This concept identifies the strength of AI, as it possesses greater autonomy; however, due to its strength, it becomes increasingly difficult to connect human decision-making to outcomes and to hold any specific individual accountable. This situation can create liability gaps in tort law because of the multiple stakeholders involved in the creation of an AI system. Numerous parties, including individuals or groups, contribute to the development of AI products or services. As a result, identifying the decision-maker responsible for accidents caused by these AI systems proves to be challenging.

¹ Jonas Knetsch, "Are Existing Tort Theories Ready for AI?: A Continental European Perspective," in *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, eds. Cristina Poncibò and Michel Cannarsa Larry A DiMatteo (Cambridge University Press, 2022), 99.

² Anna Beckers and Gunther Teubner, *Three liability regimes for artificial intelligence: Algorithmic actants, hybrids, crowds* (Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney: Hart Publishing, 2022), 92.

When discussions arise about who should be liable for the complexity of AI systems involving multiple stakeholders, it becomes increasingly difficult for consumers or specific victims to identify responsible parties. It seems more equitable to assign liability primarily to manufacturers, as creators and technical experts. This does not mean other actors are exempt from responsibility, but implementing strict liability in the form of enterprise liability for manufacturers can support consumer claims and simplify responsibility attribution. The essential aspect of enterprise liability for manufacturers is that the law does not enforce absolute liability; rather, under proportionality, claims can target specific actors.

Although it may not be necessary to identify one particular organisation to bear the costs, it is crucial to ensure that manufacturers are held liable for the defects of AI.

1. The Purpose of Tort Law: The transition from an individual's fault to enterprise liability

This section will initially explore the importance of tort law and its key role in the discussion at hand. This issue raises significant debate about liability and determining who should be held legally accountable.

Grey proposes that tort law encompasses the area of law concerned with private liability for interpersonal harm, particularly, though not exclusively, physical harm to individuals or property.³ Grey's perspective draws on the importance of tort law and liability between individuals. Not only does he think this way, but Perry also indicates that tort law aims to establish legal liability for individuals who have interfered with the legally protected interests of others in specific manners.⁴ Consequently, the wrongdoer may be obligated to compensate for the losses incurred by the affected parties as a result of their actions.⁵ Perry's emphasis on compensation and victims' damages is noteworthy. From Perry's perspective, he argues that it is not enough to just focus on liability; the goal of tort law should focus on 'a compensation of victims.' The wrongdoer is the person who is responsible for his actions.

³ Christopher Berry Gray, *The philosophy of law: an encyclopedia* (Garland, 1999), 863.

⁴ Stephen R. Perry, "Tort law," in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Dennis M. Patterson (Blackwell, 1996), 64.

⁵ Ibid.

Perry's perspective aligns with the fundamental principles of tort law, specifically liability and compensation; however, he continues to concentrate on a person who should be responsible for their actions. Weinrib shares this perspective, yet his view is more pragmatic regarding the compensation process necessary for achieving the goal of victim compensation.⁶ He argues that it is crucial to allocate responsibility to individuals with adequate financial resources to manage it.⁷ From Weinrib's perspective, identifying possible individuals liable for damages to the victim would strengthen the argument. This concept is essential, as tort law encompasses more than merely the interactions between private parties. Certain scholars, including Cane, contend that tort law functions as a mechanism for victim compensation and societal responsibility.⁸ It addresses harm caused by wrongdoers, thereby benefiting both victims and society at large.⁹ From this perspective, an individual should not be perceived as a potential entity responsible for sustaining such damage.

The issue of identifying the most appropriate entity to compensate for losses has emerged globally. Historical evidence indicates that some domains of tort law, like vicarious liability, rooted in the doctrine of respondeat superior, regulate this matter by attributing responsibility to the master for the misconduct of their slaves, a notion that evolved within the framework of enterprise liability.¹⁰ This is apparent in the shift from individual accountability to business accountability. The Workmen's Compensation Act in the United States, initiated in the early 20th century, reformed the conventional fault-based approach of the common law system to safeguard injured workers amid rising industrialisation.¹¹

Keating, a scholar who delves into enterprise liability across various literature, argues that individuals or entities that benefit from the imposition of risk ought to be responsible for the costs associated with accidents that accompany their profits.¹² His argument is consistent with the ideas put forth by other scholars of tort law that were

⁶ Ernest J Weinrib, *The Idea of Private Law* (Oxford University Press, 2013), 3.

⁷ Ibid.

⁸ Peter Cane, "Distributive justice and tort law," *New Zealand Law Review* 4 (2001): 403.

⁹ Ibid.

¹⁰ Rory Van Loo, "The Revival of Respondeat Superior and Expansion of Gatekeeper Liability," *Georgetown Law Journal* 109, no. 141 (2020): 150.

¹¹ Gregory C. Keating, "The Idea of Fairness in the Law of Enterprise Liability," *Michigan Law Review* 95, no. 5 (1997): 1360.

¹² Ibid., 1269.

discussed earlier. The existing liability frameworks do not align with the true centres of authority and profitability. The theory of risk-based arguments helps strengthen the argument. This theory centres on the concept of benefit and profits that an individual who endangers others to achieve a profit or benefit should be held accountable for the resulting harm.¹³ This theory warrants examination from two distinct perspectives.

Initially, it emphasises economic profit, taking into account responsibility for defective products or industrial disturbances. Meanwhile, the second aspect emphasises that the risk-benefit analysis extends beyond mere financial gain, incorporating non-monetary benefits, such as the happiness derived from having pets.¹⁴ The internal logic of this theory clearly indicates that the system of tort law ought to concentrate on the accountability of the individual who stands to gain the most from such risks. In the realm of modernisation, manufacturers emerge as the most viable choice.

The evolution of legal doctrine during industrialisation marks a shift from a fault-based theory centred on individual responsibility to a framework of product liability that emphasises the accountability of manufacturers, enterprise liability. The manufacturer is the entity that derives advantages from social activities through the sale of their products. The notion of product liability has emerged across different jurisdictions when the new technology arrives to make its presence known once more.

AI technology has emerged as a pivotal force in the global landscape today. The complex issue arises regarding how tort law will adapt to this type of technology. From the author's legal perspective, supported by scholars and historical facts, it is clear that traditional tort law with a fault-based theory is inadequate in addressing the new wave of technology. Consequently, product liability in enterprise liability is poised to become the dominant framework in tort law, supplanting the fault-based approach.

2. Fault-Based Liability: Limits in the AI Context

2.1 A Fault-Based Liability

This section will provide a thorough examination of the legal philosophy that supports the fault-based theory. The concept in question relates to the philosophy of corrective justice. In the following discussion, this article will examine the rationale for discarding the fault-based theory in the context of AI, grounded in the principles of tort law.

¹³ Marco Cappelletti, *Justifying Strict Liability: A Comparative Analysis in Legal Reasoning* (Oxford University Press, 2022), 81.

¹⁴ *Ibid.*, 81-82.

It is universally accepted that corrective justice represents a bilateral relationship, establishing the basis of tort law according to Aristotle's ideals- a viewpoint supported by Beever, who argues that corrective justice promotes fairness in interpersonal interactions. From Beever's standpoint, corrective justice aligns with the concept of bipolar justice in a fault-based framework.¹⁵ Tilley's argument reinforces this by indicating that bilaterality is crucial in both intentional torts and torts of negligence,¹⁶ as it maintains a balance of individual interests.

The fault-based theory has dominated tort law since its inception. Rooted in the philosophy of corrective justice, which focuses on bilateral relationships, it underscores the relationships between individuals. The European Parliamentary Research Service describes it as a framework demanding evidence of harm by concentrating on the liable party's fault and the connection between that fault and the damage.¹⁷ In instances involving intentional torts, it is imperative for the claimant to establish the defendant's intent within the pertinent context. Similarly, in negligence claims, the claimant is responsible for demonstrating the defendant's duty of care as outlined by common law or the appropriate standard of care under civil law. This indicates that, irrespective of the various interpretations existing within legal frameworks, the claimant inevitably bears the burden of proof. This approach leads to ambiguity in situations where intricate technologies, such as AI, pose challenges in the cases being examined. Consequently, the burden of proof concerning fault will increasingly rest upon the claimant.

2.2 A Fault-Based Liability Applying with AI

The scholars previously referenced demonstrate that fault-based liability is grounded in the principle of corrective justice. This principle seeks to restore an equilibrium between the parties involved by recognising and addressing wrongful actions. It assumes a direct causal link between a claimant's harm and an individual's fault.

However, a fault-based theory relies heavily on a contested fault by a claimant; AI systems complicate fault-based liability by adding layers of complexity, autonomy, and opacity that obscure human fault. This example illustrates the potential for AI products to create confusion among humans.

¹⁵ Allan Beever, "Corrective Justice and Personal Responsibility in Tort Law," *Oxford Journal of Legal Studies* 28, no. 3 (2008): 476-477.

¹⁶ Cristina Tilley, "Just Strict Liability," *Cardozo Law Review* 2022-23 (2022): 2354.

¹⁷ Tambiana Madiega, "Briefing EU Legislation in Progress: New Product Liability Directive," accessed 19 May 2025, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739341/EPRS_BRI\(2023\)739341_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739341/EPRS_BRI(2023)739341_EN.pdf).

In the following example, a scenario will be presented that illustrates the complex issue between machines and humans.

For many years, vehicles have been developed with systems and technologies that assist drivers, such as power steering, cruise control, adaptive cruise control, electronic stability control (ESC), and anti-lock braking systems (ABS). As automated driving systems assume more driving responsibilities, human error may no longer be the primary cause of accidents; instead, flaws in these systems could be to blame.¹⁸

The main issue revolves around how to determine liability in the event of an accident, specifically whether it was caused by a human driver or an automated system. The filing of a negligence lawsuit by a victim against either the driver or the manufacturer constitutes a fault-based argument. The claimant is charged with establishing whether a duty of care exists on the part of the manufacturer or the human driver. In the context of fault-based theory within common law jurisdictions, it is essential for the claimant to demonstrate the manufacturer's duty of care. This necessitates a thorough examination of the technical and scientific knowledge that was accessible during the vehicle's production and distribution phases. A significant inquiry emerges: how can an accident victim or user exhibit this technical and scientific proficiency in the absence of expert support? It is essential to acknowledge that the company is deepening its knowledge of autonomous vehicles. The manufacturer clearly demonstrates a profound understanding of customer insights, indicating that a fault-based approach may be inadequate for effectively addressing AI liability.

3. What is Enterprise Liability?

The concept of enterprise liability has emerged in modern society, as Holmes suggested that the law evolves through the logic of experience, rather than abstract reasoning.¹⁹ When technology advances and industrial activities generate profits or benefits for manufacturers, their responsibility expands to include both their activities and their products. This analysis indicates that a fault-based theory is inadequate for addressing liability in the context of AI, considering the technology's novelty. Nonetheless, there exists a scholarly discourse regarding the necessity for a novel theoretical framework to address the complexities of AI liability.

¹⁸ Owen Hayford, "Self-driving cars: Who's liable when the car is driving itself?," accessed 10 June 2023, <https://www5.austlii.edu.au/au/journals/PrecedentAULA/2017/21.html>.

¹⁹ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005), 82.

3.1 The Enterprise Liability and Distributive Justice: What is the philosophy behind it?

Distributive justice provides the philosophical foundation of enterprise liability by framing liability not as a matter of bilateral fairness, but as a question of how benefits and burdens should be shared across society. Aristotle first articulated distributive justice as the apportionment of goods in proportion to need and merit, embedding it within the very idea of a just political community.²⁰ Modern accounts extend this principle to the distribution of risks and responsibilities. Fleischacker, for example, argues that distributive justice entails a moral obligation of the state to intervene in markets, ensuring that property and rights are not left solely to the domain of private exchange.²¹ In this view, tort law cannot be confined to interactions between individuals but must also reflect society's responsibility to allocate burdens fairly.

Judicial and scholarly perspectives reinforce this broader orientation. Steyn's reasoning demonstrates that distributive concerns are embedded in judicial practice, where judges balance the positions of claimants and defendants to prevent unjust outcomes.²² Steyn's perspective converges with Sheinman's functionalist view that tort law's primary purpose is preventative rather than remedial.²³ Both highlight that law should not only rectify past wrongs but also proactively allocate risks and burdens in ways that protect social welfare. These accounts illustrate that distributive justice is not an external add-on to tort law but an internal principle that shapes its evolution.

Steyn's concept is significant and views tort law as a system, where both corrective justice and distributive justice are fundamental elements and central concepts in tort law. Nevertheless, when applying these principles to specific cases, it is vital to select the system that is most effective and reliable. This argument aims to demonstrate that the philosophy of distributive justice, which serves as the foundation for enterprise liability, has a well-established history within the legal domain. Nevertheless, it encounters difficulties in affirming its significance in light of the dominant paradigms of corrective justice and fault-based theory, a condition that continues until societal transformations take place, as noted by Holmes.²⁴ While contemporary technology

²⁰ Samuel Fleischacker, *A Short History of Distributive Justice* (Harvard University Press, 2004), 1-2.

²¹ Ibid., 4-5.

²² Lord Steyn, "Perspectives of Corrective and Distributive Justice in Tort Law," *Irish Jurist* 37 (2002): 5-6.

²³ Hanoch Sheinman, "Tort Law and Corrective Justice," *Law and Philosophy* 22, no. 1 (2003): 30-32.

²⁴ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, 3.

generates conflicts that the current framework of corrective justice and fault-based theory fails to address, alternative perspectives persist in applying traditional theories.

Enterprise liability exemplifies this distributive philosophy in practice. While Calabresi, Rabin and Keating are often cited for their doctrinal contributions, their arguments also express a distributive logic: Calabresi's insistence on spreading costs,²⁵ Rabin's focus on safety enhancement,²⁶ and Keating's fairnessbased requirement that enterprises internalise risks all illustrate the law's commitment to allocating burdens to those best placed to bear them.²⁷ Their accounts collectively demonstrate how distributive justice underpins enterprise liability, moving tort law beyond individual fault and towards systemic responsibility.

For these reasons, distributive justice must serve as the philosophical foundation of enterprise liability in AI liability. By reallocating risks to manufacturers and enterprises that profit from AI technologies, distributive justice ensures both fairness and efficiency. It also bridges the gap left by corrective justice, enabling tort law to respond to the systemic and futureoriented risks that characterise intelligent technologies.

3.2 The Definition of Enterprise Liability

The definition of enterprise liability is sometimes not explicitly defined. Cain argues that it can be clearer when related to strict liability, vicarious liability, and loss spreading.²⁸ These ideas are central to understanding how tort law allocates responsibility and costs, often reflecting principles that go beyond individual fault.

Cain not only suggests vicarious liability as a form of strict liability, but also presents product liability under statutes like the Consumer Protection Act 1987 of the UK as a type of strict liability for defective products.²⁹ He argues that it is a hybrid of relationship-based and outcome-based strict liability. This implicitly places the burden on the manufacturer or, often, a commercial enterprise for harms caused by their products, regardless of fault in the traditional sense.³⁰

²⁵ Rabin L. Robert, "Some Thoughts on the Ideology of Enterprise Liability," *Maryland Law Review* 55, no. 4 (1996): 1204.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Gregory C. Keating, "The Idea of Fairness in the Law of Enterprise Liability," 1270.

²⁸ Peter Cane, *The Anatomy of Tort Law* (Oxford: Hart Publishing, 1997), 46.

²⁹ *Ibid.*, 48-49.

³⁰ *Ibid.*

In Cain's arguments, he mentions strict liability but does not address it directly. Keating, however, is among the scholars who discuss enterprise liability explicitly. He also agrees that enterprise liability constitutes a form of strict liability.³¹ It tends to encourage a more effective and widespread reduction of risks, while also distributing the costs of realised risks more evenly.³² From his perspective, this is particularly true when sufficient liability insurance markets are available for participants. It spreads the costs of non-negligent accidents among all parties who benefit from participating in large-scale, systematically organised risky activities.³³

Different types of enterprise liability vary depending on the specific issue; in this article, the focus will be solely on product liability, as discussed above by Cain and Keating. Therefore, future discussions will be confined to product liability law.

3.3 Enterprise Liability and Its Core

At the early stage of the development of enterprise liability, Rabin believed that product liability was a significant indicator of enterprise liability. He believes that society continues to change from a corrective justice philosophy.³⁴ This is important because existing fault-based theory leaves significant legal gaps. The supporting idea can be seen from the views of Cappelletti and Keating that the concept of enterprise liability involves distributing the costs of accidents among those who benefit from taking on such risks. It is evident that society has shifted from a corrective to a distributive justice, where the rule of society aims to establish a new paradigm of liability for individuals within it.

Enterprise liability creates fairness among parties because it does not require consumers to prove that manufacturers or producers have caused them harm. Consumers only need to demonstrate that manufacturers create risks or gain benefits or profits from their activities, which is sufficient evidence to hold manufacturers accountable for compensating consumers for such harm. Meanwhile, manufacturers have a responsibility as individuals who create risks and gain profits. When they benefit from selling their products, it is fair to require them to be responsible for their products' defects. This is called the principle of no-fault liability.

³¹ Gregory C. Keating, "A Social Contract Conception of the Tort Law of Accidents," in *Philosophy and the Law of Torts*, ed. Gerald J. Postema, Cambridge Studies in Philosophy and Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), 30.

³² Ibid., 41.

³³ Ibid., 39.

³⁴ Rabin L. Robert., "Some Thoughts on the Ideology of Enterprise Liability," 1204.

For the factors of the enterprise liability. Rabin is the scholar who, through his research, confirmed that the standpoint of enterprise liability, in the form of product liability, involves risk spreading and safety enhancement. He commented that these two components represent the ideology of enterprise liability.³⁵ The conceptual basis of this argument is similar to what Calabresi refers to as enterprise liability in his work. He defines enterprise liability as ‘places losses on people who are most likely to insure and places losses on those who are in a position to pass part of the loss on to purchasers of their products or to factors employed in the production of their products.’³⁶ The discourse of Calabresi became a universal agreement. Under this system, it is pivotal to distribute risks—the costs of accidents—to other actors, such as purchasers of products; this is known as loss allocation or spreading loss to consumers.³⁷

Priest is another significant scholar in enterprise liability; he also states that enterprise liability applies when a business is held responsible for damages resulting from the products it places on the market. He believes that the theory addresses the relationship between manufacturers and consumers.³⁸ His idea is that enterprise liability, like product liability, can prevent losses. It plays a role in internalising costs to influence accident levels. It represents the most efficient method for allocating the remaining risks of loss.³⁹

From the scholars’ perspective, the conceptual basis of enterprise liability is developed. It is acceptable that enterprise liability concludes with three factors. The first is no-fault liability. The second is cost internalisation, which induces an appropriate level of accident prevention.⁴⁰ If manufacturers are held liable for their defective products without fault, it ensures that they will implement the most effective solutions to prevent harm from their products. The third benefit is the distribution of risk, as manufacturers can add a small price to their products to spread the costs of accidents, meaning that many people bear the cost of accidents.⁴¹

³⁵ Ibid.

³⁶ Guido Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (New Haven, United States: Yale University Press, 1970), 50-51.

³⁷ Ibid.

³⁸ George L. Priest, “The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law,” *Journal of Legal Studies* 14, no. 3 (1985): 463.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Gregory C. Keating, “Enterprise Liability: Collective Responsibility and Commutative Justice,” in *Reasonableness and Risk: Right and Responsibility in the Law of Torts* (Oxford University Press, 2022), 273.

⁴¹ Ibid.

It is significant that no-fault liability, internalisation and risk distribution can be seen as the core idea of enterprise liability

4. What is AI?

In previous sections, both fault-based theory and enterprise liability were discussed, along with the philosophy behind them. In the following section, a thorough analysis of AI will be provided, including the reasons why fault-based theory cannot be applied to it, based on the characteristics and harm that AI can cause.

4.1 Definitions of AI: Why should we discuss this specifically?

The main point this article wishes to highlight is the significance of grasping the idea of AI. It seems that many individuals frequently use this term in everyday discussions without fully comprehending its true meaning. The response indicates that understanding AI definitions requires a specific comprehension of its capabilities and the different classifications involved. Individuals frequently envision AI as a cyborg or a menacing robot, akin to representations found in science fiction films. However, this article shall clarify these misconceptions and establish a precise comprehension of what AI genuinely constitutes in reality.

Over time, numerous interpretations of AI have emerged. Academics uphold distinct definitions, while contemporary perspectives on AI are shaped by technological advancements and individual viewpoints. The concept of AI is articulated with clarity, presenting a range of interpretations for its recognition. While it may not be feasible to encompass every definition, this article has selected several noteworthy interpretations to enhance understanding.

According to Calo, he argues that there is no straightforward, consensus definition of AI because AI is best understood as a set of techniques aimed at approximating some aspects of human or animal cognition using machines.⁴² Calo presents a typical perspective on AI by aligning it with the cognitive abilities of both humans and animals. His definition lacks a specific term or any characteristic of AI. In contrast to Dignum, who emphasises the intent behind AI, defining it as a system that processes information to achieve a specific goal.⁴³ In this definition, AI is a tool to process meaningful work.

⁴² Ryan Calo, "Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap," *University of California, Davis, Law Review* 51 (2017): 404.

⁴³ Virginia Dignum, *Responsible Artificial Intelligence How to Develop and Use AI in a Responsible Way* (Springer, 2019), 9.

Whereas in the classic Proposal for the *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, the founding document that established the field of AI in 1955,⁴⁴ McCarthy, Minsky, Rochester, and Shannon emphasise a more compelling explanation that the AI problem is taken to be that of making a machine behave in ways that would be called intelligent if a human were so behaving.⁴⁵ This definition offers a clearer understanding of AI and the appropriate methods for its development. They assess AI as a machine possessing human-like intelligence. This perspective, while commonly embraced, is facing growing scrutiny in the realm of AI technology. Bostrom, a leading expert in AI, aligns with the prevailing view on the current state of AI. He asserts that AI is advancing towards achieving human-level intelligence. It is indeed accurate to say that we are approaching a point where our computing power will be adequate to replicate the evolutionary processes that give rise to human intelligence.⁴⁶

The definitions of AI exhibit notable similarities, highlighting that AI serves as an efficient and exceptionally capable tool. Although AI researchers assert that their objective is to develop AI with human-level intelligence, this notion raises questions about the complexity of AI, which may ultimately surpass human understanding. The prospects for AI to develop in the future are noteworthy. This notion represents a core fundamental principle of AI that is broadly acknowledged by specialists, and in discussions about AI, we refer to modern technologies that exemplify these qualities.

4.2 Types of AI: Does it exist?

The following question is whether a hierarchy of capabilities exists within AI. When we discuss AI, numerous types are present in daily life, such as smartwatches, self-driving cars, AI chatbots, and robots. This raises the debate about whether we should categorise AI as a specific type for control. In light of these arguments, this article recommends a classification of AI in the academic realm. This knowledge is important because it can help researchers focus on the current state of AI technology.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ John McCarthy et al., "A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence: August 31, 1955," *AI Magazine* 27, no. 4 (2006): 11.

⁴⁶ Nick Bostrom, *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies* (United Kingdom: Oxford University Press, 2014), 29.

Calo,⁴⁷ Dignum⁴⁸ or Tegmark⁴⁹ indicates that in this milestone, AI may be classified into two primary categories: AGI and ANI. Numerous justifications exist for the legal distinction between AGI and ANI. Tegmark, a physicist and machine learning researcher, asserts that AGI is the objective that scientists globally value.⁵⁰ Nonetheless, he believes that this form of AI is an ambition of utopians and may not be realised easily.⁵¹

The notion of AI is unambiguous: all instances of AI encountered in our everyday lives pertain to ANI, or narrow AI. We shall remain cautious against being misled by information in discussions concerning AI within the realm of science fiction. It is broadly recognised that AGI may materialise at an unspecified time in the future. It is not currently taking place. The present academic discourse is solely concentrated on ANI.

In conclusion, at present, human capabilities are limited to the production of a second category known as ANI, or ‘Narrow AI,’ often referred to as ‘Weak AI.’⁵² In actuality, the term ‘Weak’ is a misnomer, as humans employ such AI technologies in their daily lives; for instance, in applications such as speech recognition, natural language processing, machine learning, facial recognition, and robotics.⁵³ Self-driving cars are primarily focused on the task of driving and are not engineered for a variety of functions, categorising them as Artificial Narrow Intelligence (ANI). AI chatbots are designed to engage in communication with users. While these systems are capable of addressing a range of enquiries, their responses are limited to screen displays, thereby categorising them as Artificial Narrow Intelligence (ANI).

4.3 Fundamental characteristics of AI: Why do we have to understand them?

Understanding the potential impact of AI liability on legal accountability necessitates a comprehensive understanding of AI’s operational mechanisms and distinct

⁴⁷ Ryan Calo, “Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap,” 405.

⁴⁸ Virginia Dignum, *Responsible Artificial Intelligence How to Develop and Use AI in a Responsible Way*, 12.

⁴⁹ Max Tegmark, *Life 3.0 Being Human in the Age of Artificial Intelligence* (Great Britain: Penguin Books, 2017), 43.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Adam Riccoboni, *THE AI AGE* (Critical Future Publishing, 2020), 93.

⁵³ Ibid.

characteristics, which diverge from those of conventional technology. This article posits that a fault-based theory is considered “inappropriate” for AI liability. The term “inappropriate” is employed here to underscore the notion that AI’s characteristics markedly differ from traditional products within the conventional framework. This article maintains that these characteristics are essential factors in discussions surrounding AI liability among legal academics. This section will address these challenges by delineating core principles of AI, which will subsequently inform the ensuing debate regarding the harms associated with AI in the following section.

What are the main characteristics of AI?

There are some connections between different academics. For example, the EU AI High-Level Expert Group Report determines that the key concepts of AI are complexity, opacity, openness, autonomy, predictability, data-drivenness, and vulnerability.⁵⁴ Meanwhile, Buiten, Streel, and Peitz suggest that AI’s unique characteristics include complexity, opaqueness, and autonomy.⁵⁵ In contrast, Dignum proposes that AI characteristics include autonomy, adaptability, and interactivity.⁵⁶ It is evident that a consensus and agreement regarding the primary characteristics are particularly absent. Nevertheless, a common perspective within the academic discussion, as defined by various scholars, proposes that the characteristics of AI encompass complexity, opacity, and autonomy. Additional elements may be integrated into these three characteristics.

All three are features of AI, so in this article, we will clarify and examine them here.

4.3.1 Complexity

To begin with, the complexities of AI involve a variety of stakeholders engaged in the development of AI software. This includes various programs that may be interconnected with a single hardware component,⁵⁷ exemplified by self-driving vehicles.

⁵⁴ The Expert Group on Liability and New Technologies, “LIABILITY FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND OTHER EMERGING DIGITAL TECHNOLOGIES (European Commission, 2019),” p.32, accessed 27 October 2024, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2020/01-09/AI-report_EN.pdf.

⁵⁵ Miriam Buiten, Alexandre de Streel, and Martin Peitz, “The law and economics of AI liability,” *Computer Law & Security Review* 48 (2023): 5.

⁵⁶ Virginia Dignum, *Responsible Artificial Intelligence How to Develop and Use AI in a Responsible Way*, 17.

⁵⁷ Miriam Buiten, Alexandre de Streel, and Martin Peitz, “The law and economics of AI liability,” 6.

Self-driving vehicles engage with an array of hardware and software systems, encompassing road infrastructure and diverse cloud services. The determination of the cause of an incident following an accident presents significant challenges.⁵⁸ This results in complicated challenges when AI systems experience malfunctions, which will be examined in the following sections.

4.3.2 Opacity

The subsequent concern relates to the opacity and lack of transparency inherent in the operation of an AI system. The phenomenon may be attributed to advancements in AI technology, particularly in the realm of machine learning. Consequently, predicting the outcome becomes more challenging.⁵⁹ The report from the EU AI High-Level Expert Group suggests that the functionality of AI will transcend straightforward comprehension as mere code, evolving instead into a complex black box phenomenon. At this juncture, it does not imply that it will transcend human comprehension; however, the incomprehensibility of certain outputs complicates matters for both parties involved in the lawsuit,⁶⁰ especially for the party responsible for bearing the burden of proof in the litigation. Throughout the litigation process, there will be a greater pressure on the party responsible for the burden of proof to demonstrate the fault of the opposing party. This scenario is particularly troubling for consumers who do not fully understand the AI process.

4.3.3 Autonomy

The final characteristic is autonomy, which appears to be the most significant concern, as the autonomy of AI highlights the accountability of its manufacturers. If manufacturers are unable to anticipate the decisions or outcomes generated by AI, what basis exists for holding them accountable for those actions or results?

In a fault-based system, it is clear that individuals are accountable for their own actions. This principle is distinctly articulated within the realm of tort law, particularly in relation to the tort of negligence. The autonomy of AI prompts an

⁵⁸ The Expert Group on Liability and New Technologies, “LIABILITY FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND OTHER EMERGING DIGITAL TECHNOLOGIES (European Commission, 2019),” 33.

⁵⁹ Miriam Buiten, Alexandre de Streel, and Martin Peitz, “The law and economics of AI liability,” 6.

⁶⁰ The Expert Group on Liability and New Technologies, “LIABILITY FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND OTHER EMERGING DIGITAL TECHNOLOGIES (European Commission, 2019),” 3.

examination of whether it possesses inherent faults or merely mirrors the intentions and limitations of its creators. In actuality, AI does not qualify as either a human or a legal entity, thereby rendering it clear that AI cannot be attributed with faults. Accountability for the actions of AI necessitates the attribution of liability to a human or another entity. The ensuing technical challenges pertain to the mechanisms through which victims may recognise such individuals.

The subsequent focus relates to the legal procedure involved in the presentation of evidence during court hearings. In the lack of substantiating evidence that attributes responsibility for the AI's error to the manufacturer, consumers encounter significant difficulties in ascertaining accountability. It may be the case that manufacturers bear no responsibility for this error. This outcome presents complexities that result in inequitable legal proceedings regarding the burden of proof. This illustrates the operational framework of a fault-based theory within the context of litigation.

At this point, it would have been more useful to analyse how AI can enable autonomous decision-making,⁶¹ and how machine learning can allow the AI system to make decisions independently.

4.4 What is Machine Learning? How can it produce unfair results in litigation?

Regarding machine learning, it can be explained in simpler terms as a method of data analysis that automates analytical model building. It uses algorithms to identify patterns in data and then attempts to generate the output.⁶² This means that AI with machine learning employs data for analysis, but data alone is not useful. Machine learning can analyse patterns in data through algorithms, and these patterns can be used to make predictions.⁶³ Dignum offers a valuable perspective that the role of machine learning is to train AI until it can produce output without human intervention, making it autonomous.⁶⁴ It compares AI to mere machines, whose capabilities or intelligence can be predicted when they enter the market, but the final capabilities of AI cannot be anticipated due to machine learning. This milestone highlights that the definitions of

⁶¹ Miriam Buiten, Alexandre de Streel, and Martin Peitz, "The law and economics of AI liability," 6.

⁶² Adam Riccoboni, *THE AI AGE*, 93.

⁶³ *Ibid.*, 94.

⁶⁴ Virginia Dignum, *Responsible Artificial Intelligence How to Develop and Use AI in a Responsible Way*,

machine learning indicate the limitations of human ability to foresee all decisions made by AI.⁶⁵ This perspective, while widely accepted, is increasingly challenged by technicians. In contemporary society, a diverse array of products and services employs machine learning technologies. These include facial recognition systems, video recommendation algorithms, search engine functionalities, customer service solutions, email spam filters, malware detection alerts, virtual personal assistants, and systems designed for crime and fraud detection, in addition to applications in medical diagnosis.⁶⁶

Is it feasible to envision a scenario where a machine learning system produces unpredictable results in AI products or services, while consumers are still required to provide evidence for their claims? This situation is likely to lead to an inequitable outcome.

5. Adverse Effects of Artificial Intelligence

5.1 AI's harm: How can AI harm humans?

It is now widely recognised that AI presents distinct characteristics that distinguish it from traditional technology. The investigation now focuses on the ways in which these characteristics may inflict particular harm and negative consequences on human beings. The intricate framework of AI encompasses elements of complexity, opacity, and autonomy. The issues may originate from them, and what implications do they hold for us as human users?

The European Commission suggests that problems can arise in four ways.⁶⁷

5.1.1 Malfunction

First, the AI may have malfunctioned. Nevertheless, the manifestation of a malfunction can differ from that of other technologies. For instance, AI may function as designed; however, it can produce unintended consequences due to its self-learning capabilities and its ability to adjust its behaviour to new obstacles. It is sometimes

⁶⁵ It can be argued that humans cannot easily intuit how AI has come to a decision, but we might be able to design AI systems in such a way that we can interpret. However, in this article, I will not focus on this argument.

⁶⁶ Adam Riccoboni, *THE AI AGE*, 95.

⁶⁷ Ernst Karner, Bernhard Koch, and Mark Geistfeld, *Comparative law study on civil liability for artificial intelligence* (Publications Office, 2021), 23.

unpredictable, making it challenging to associate adverse results with human wrongdoing.⁶⁸ In summary, it is a separate point that the AI is working as it should but has the capacity to develop emergent behaviour outside of human control, or at least without human intervention. More specifically, misconduct may involve the flawed initial design of the algorithm and/or its interplay with sensors or external data, or the failure to pre-define boundaries for the self-development of the AI system.⁶⁹

An instance of AI misconduct attributable to the design of the algorithm, as well as its sensors or external data, was observed in 2022. During a chess tournament, an incident occurred in which an AI robot engaged in competition with a child, resulting in the robot seizing and subsequently fracturing the child's finger amidst the match. The incident occurred as a result of the child's rapid movement following the robot's turn, which did not allow the robot sufficient time to respond or process the action effectively.⁷⁰ If AI robots are considered regular products, it is essential to investigate whether the issues arise from manufacturing defects or design defects. Furthermore, in this context, it is crucial to revisit the notion of how the machine learning process governs the movements of these robots. The action must be understood in the context of machine learning systems, which affect the movement of AI robots.

5.1.2 Hardware

The next concern relates to the relationship between AI and hardware. The potential for AI to inflict harm arises from inherent flaws within the hardware or its features, which may subsequently result in malfunctions of the AI system itself.⁷¹ Identifying the specific aspect that is detrimental to a user presents a considerable challenge. For example, once the software is integrated into the television, it may prove challenging to ascertain which specific component is responsible for the issues encountered.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid., 23-24.

⁷⁰ AI Gone Wrong, "Hilarious & Horrifying Artificial Intelligence Fails," accessed 31 May 2024, <https://www.privateinternetaccess.com/blog/ai-gone-wrong/#::~:~:text=In%202022%2C%20an%20AI%20robot,respond%20or%20process%20the%20action.>

⁷¹ Ernst Karner, Bernhard Koch, and Mark Geistfeld, *Comparative law study on civil liability for artificial intelligence*, 24.

5.1.3 Bias

Thirdly, the functioning of AI is subject to the influence of human actions, encompassing users, content providers, manufacturers, producers of software or hardware components, and various third parties. The significance of this lies in the fact that an increased number of participants enhances the impact on the final ‘behaviour’ of the AI system.⁷²

This situation arises when developers determine the weighting of specific data points or negotiate the trade-offs inherent in their decisions. For instance, the application of the AI technique referred to as the Harm Assessment Risk technique (HART) enabled Durham Constabulary to assess more than 12,000 individuals from 2016 to 2021. The process of detaining an individual on suspicion of criminal activity involves an AI system that assesses the likelihood of future offences. This assessment categorises the individual into high, medium, or low risk classifications, which subsequently informs the decision to either pursue charges or enrol them in a Checkpoint rehabilitation programme. Consequently, individuals classified as being at ‘medium’ risk may participate in the Checkpoint rehabilitation programme, and upon successful completion, they would be exempt from facing charges or legal repercussions. Individuals classified as being at ‘high’ risk, however, did not meet the criteria for prosecution diversion. The design of the tool was deliberately oriented towards assigning greater significance to outputs that indicate an individual is classified as high risk, thereby preventing the release on bail of those categorised as ‘high-risk’ arrestees.⁷³

This system demonstrates a wider trend in the application of AI within the field of criminal justice. It presents a significant approach to utilising AI for risk assessment; however, it is potentially constrained by the biases inherent in the individuals involved in the data set compilation for the AI.⁷⁴ Scholars argue that there is a potential for biased output that could lead to discriminatory outcomes. Algorithms are developed using historical data, which may reflect existing biases in policing decisions, social trends, and priorities. This may result in the potential continuation or intensification

⁷² Ibid.

⁷³ Fair trials, “FOI reveals over 12,000 people profiled by flawed Durham police predictive AI tool,” accessed 15 April 2024, <https://www.fairtrials.org/articles/news/foi-reveals-over-12000-people-profiled-by-flawed-durham-police-predictive-ai-tool/>.

⁷⁴ Marion Oswald et al., “Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and ‘Experimental’ proportionality,” *Information & Communications Technology Law* 27, no. 2 (2018): 234.

of established patterns of criminal behaviour. The use of postcode as a predictive factor introduces the possibility of a feedback loop that may intensify existing patterns of offending behaviour.⁷⁵ It may prove impractical to concurrently fulfil various interpretations of fairness.⁷⁶ Data analysts should strive to recognise and address biases inherent in existing datasets. The argument regarding the risk assessment of HART clearly emphasises the bias that exists in the individuals who input the data.⁷⁷ While technological advancements may occur, human influence on data remains significant.

5.1.4 Interaction with other technologies

Finally, the implementation of AI systems often interacts with other technologies. This complicates the identification of the ultimate causes of the victim's harm, as there may be multiple contributing factors.⁷⁸ Reframing the issue through the lens of professionalism offers a clearer understanding of the real problem. Terranova, Cestonaro, Fava, and Cinquetti illustrated that AI in healthcare collaborates effectively with medical practitioners. This type of AI utilises extensive data analytics to facilitate the rapid and precise identification of diseases, expedite and enhance medication research, and monitor patients through virtual nursing assistants. Moreover, it integrates with various technologies, including human determination and other diagnostic instruments.⁷⁹

Additional instances can be identified across a range of technologies; for example, AI-driven transport systems, including self-driving cars, rely on additional AI travel planners and traffic management systems. This highlights the potential of a single event concerning AI to engage a wide range of participants. This framework relies heavily on the contentious collaboration among diverse technologies, encompassing both the practitioner and the AI tool. The error may arise in a multitude of contexts, and at times, it becomes difficult to identify the party accountable for it.

Among the many challenges posed by AI, evidence indicates that upcoming issues will be more intricate than those we faced with simple machines. Utilising a fault-based approach to assess the intent or negligence of manufacturers is not

⁷⁵ Ibid., 228.

⁷⁶ Ibid., 231-232.

⁷⁷ Ibid., 241-242.

⁷⁸ Fair trials, "FOI reveals over 12,000 people profiled by flawed Durham police predictive AI tool."

⁷⁹ Claudio Terranova et al., "AI and professional liability assessment in healthcare. A revolution in legal medicine?," accessed 31 May 2024, <https://doi.org/10.3389/fmed.2023.1337335>.

suitable. This underscores the need for enterprise liability. The next section will summarise the shortcomings of the fault-based theory.

5.2 How does AI create legal gaps within a traditional fault-based framework?

This section examines the ways in which AI may contribute to the emergence of gaps within the framework of traditional fault-based liability. This viewpoint arises from a legal framework that emphasises a fault-based theory rather than enterprise liability. Buiten, Streel, and Peitz provide a valuable analysis regarding the challenges of adapting AI liability to contemporary tort law; however, their emphasis on economic theory may constrain the breadth of their argument.⁸⁰

5.2.1 To Establish a Fault

The central assertion regarding the determination of fault is that this matter holds significance across all jurisdictions, especially in relation to the tort of negligence. In instances where a claimant is required to establish a breach of the duty of care, which strategies can be employed to achieve this when AI functions independently via machine learning?⁸¹ Furthermore, the process of determining fault and allocating responsibility among the involved parties can present significant complexities. Given the multifaceted nature of AI development involving numerous stakeholders, the question arises regarding the determination of liability when manufacturers introduce AI products and other entities supply complementary software. This complexity necessitates a thorough examination of the legal frameworks and accountability mechanisms in place. Furthermore, the question arises as to who bears responsibility for incidents involving AI when multiple stakeholders are involved.

5.2.2 Causality

Secondly, one might reasonably ask whether it is possible to prove causality. The intricate and often opaque nature of AI renders the demonstration of a causal link between an action and its subsequent outcomes a challenging endeavour.⁸² An AI chatbot, for instance, can be trained to produce independent outputs that

⁸⁰ Miriam Buiten, Alexandre de Streel, and Martin Peitz, “The law and economics of AI liability,” 7.

⁸¹ Ibid., 7-8.

⁸² Ibid., 8.

developers might not anticipate. In what manner can a claimant demonstrate the causal relationship among the data sets, the training methods employed by the developers, and the resultant outcomes of the AI chatbots? The absence of transparency in AI products or services results in a scenario where the outcomes are left unaccounted for. This situation presents challenges when consumers lack the requisite expertise to analyse the source code and understand the algorithmic foundations of AI; how can they establish causality in legal proceedings?

5.2.3 Types of Damage

Thirdly, it is essential to examine whether tort law adequately acknowledges the various forms of damage attributable to AI.⁸³ The applicability of tort laws to all harm caused by AI tools in the jurisdictions under review remains uncertain. For example, in the context of product liability, the definition of ‘products’ may not include all varieties of products or services, especially certain forms of AI, such as chatbots. This concern initiated a series of discussions regarding the legal definition of software.

In light of the challenges previously discussed, it is crucial to acknowledge the forthcoming analysis. In the subsequent section, the limitations of a fault-based theory will be identified. Building upon the concept of no-fault liability, which will be analysed in the following sections, Enterprise Liability presents a compelling framework for addressing these issues.

6. Thai product liability law and the enterprise liability regime

The enterprise liability regime became the central concept of product liability when the key ideas of no-fault liability, internalisation and risk distribution gained prominence in the law. In Thailand, it is undeniable that the Liability for Damages Arising from Unsafe Products Act 2008 (the Unsafe Products Act 2008) represents a modern development of product liability, shaped by the concepts of enterprise liability, no-fault liability, internalisation, and risk distribution.

The legislators clarified their stance in the final notes. These notes reveal concerns regarding enterprise liability, emphasising that the evidentiary burden on consumers in lawsuits exacerbates the problem. Customers often need to prove factors that are beyond their knowledge or control, such as technical faults in products or internal business

⁸³ Ibid.

processes. Moreover, the substantial costs linked to litigation place a considerable burden on consumers' disadvantage.⁸⁴

The Unsafe Products Act primarily serves as a robust tool for consumer protection through enterprise liability. Unlike the traditional fault-based theory applied in tort of negligence in the Civil and Commercial Code, several factors in the legislators' notes raise concerns regarding the concept of enterprise liability. It is concerning that the concept of strict liability is applied in this Act since the Unsafe Products Act entails no fault liability. This marks a legal innovation, evolving the traditional concept into a modern framework of enterprise liability.

The Act introduces intriguing ideas, beginning with its definition of entrepreneurs. This definition encompasses various stakeholders, including manufacturers, importers, and sellers, who are unable to clarify the origin of unsafe products. Under this Act, consumers are not required to prove the fault of entrepreneurs; they only need to demonstrate that the damage arose from the normal use or storage of the product. Nevertheless, the issue of causality remains unresolved, as consumers still bear the burden of establishing a direct link between the harm suffered and the use of the product. In addition, the statute empowers the court to shift the burden of proof from consumers to manufacturers. These significant changes mark a clear departure from the conventional fault-based negligence theory in tort law, a concept similarly recognised in both the US and the EU.

Conversely, to reconcile party interests with social equity, the Act incorporates a defence clause for manufacturers. For instance, these clauses allow for demonstrating that the product is safe or that consumers lacked knowledge about safety due to vague warnings. Although punitive damages can be pursued, they are infrequently awarded. Such provisions apply only in cases where the entrepreneur, exhibiting gross negligence, purposefully neglects to address concerns tied to an unsafe product.

When applying AI liability under this Act, enterprise liability governs it; however, certain aspects of the Act do not safeguard all consumers of AI tools. For instance, the Act's product definition excludes AI agents, covering only tangible AI products like self-driving cars. This issue will be analysed in the following section.

⁸⁴ The legislators' note at the end of the Unsafe Products Act 2008.

7. Analytical Framework for Evaluation of Thai Product Liability Law

This article examines two foundational models of tort liability—fault-based liability and enterprise liability, in the context of harm caused by AI. Its core objective is to evaluate which model provides a more appropriate, fair, and effective legal response to the novel risks posed by autonomous and complex AI systems. To this end, the study employs a structured analytical framework consisting of six critical dimensions, each aligned with the Unsafe Products Act 2008. The framework is designed to assess both the effectiveness of the Act and its capacity to address liability for AI-related harm.

7.1 Principle of Justice in Liability Systems

This dimension examines the underlying theory of justice informing each liability regime. Fault-based liability is typically grounded in corrective justice, which emphasises moral accountability, individual fault, and restitution by the wrongdoer. In contrast, enterprise liability reflects distributive justice, aiming to allocate the burden of harm to those best positioned to prevent, insure against, or absorb such risks, most notably manufacturers.

7.2 Principle of Responsibility

This dimension explores how different liability models define and assign legal responsibility for harm. In a fault-based system, responsibility is closely linked to individual conduct, which can leave victims without compensation if causation is unclear or fault is hard to prove. Conversely, enterprise or no-fault liability models expand responsibility to include manufacturers that benefit from, control, or are best suited to manage the risks of emerging technologies.

7.3 Burden of Proof

This dimension considers how evidentiary burdens are distributed between claimants and defendants. Under fault-based regimes, injured parties must typically prove the existence of duty, breach, causation, and damage. In AI contexts, this burden becomes especially onerous due to algorithmic complexity and information asymmetry. Enterprise liability models may alleviate this burden by establishing presumptions or modifying evidentiary standards, thereby enhancing access to justice.

7.4 Causality Requirement

This dimension evaluates how each regime approaches causal attribution in tort law. Fault-based liability demands clear, traceable links between a defendant's actions and the resulting harm. However, the autonomous, probabilistic, and opaque nature of AI systems complicates this requirement. Enterprise liability may mitigate this challenge by de-emphasising strict causality and permitting presumptions or alternative standards of proof, especially when harms are embedded within complex algorithmic processes.

7.5 Scope of Protection

This dimension interrogates whether existing liability regimes are suitable for addressing AI-related harms. It considers whether the legal framework extends to non-traditional products and agents, such as software, algorithms, autonomous vehicles, and digital assistants. Fault-based models may be constrained by conventional legal categories rooted in physical products and human agency. In contrast, enterprise liability offers greater flexibility to broaden the definition of actionable harm and the entities subject to responsibility, thereby providing more comprehensive protection in AI-driven contexts.

7.6 Institutional Flexibility

This final dimension assesses the adaptability of legal institutions: courts, legislatures, and regulatory bodies in responding to technological evolution. It considers whether each liability model allows for interpretive innovation, prompt legal reform, or administrative adjustment. In dynamic AI landscapes, the institutional agility of a legal system may determine its long-term fairness, responsiveness, and effectiveness in ensuring accountability and compensation.

8. Evaluation of the Thai Product Liability Law with Enterprise Liability

This section evaluates the Thai product liability regime through the framework of enterprise liability to assess its capacity to address AI-related harm. Building on the three core concepts outlined in Section 3.3, the analysis examines the Unsafe Products Act 2008 to determine the extent to which it reflects the foundational principles of enterprise liability. The six analytical dimensions set out in Section 7 provide the evaluative framework.

8.1 The Principle of Liability Without Fault in AI-Related Harm across the Dimensions of Principle of Justice in Liability and Responsibility

This section evaluates the extent to which Thai product liability law fulfils the analytical dimensions of justice and responsibility, which lie at the heart of the no-fault liability principle examined in this article. In the dimension of justice in liability, the incorporation of enterprise liability into the Unsafe Products Act marked a significant step towards promoting fairness by rebalancing the asymmetrical relationship between manufacturers and consumers. By relieving injured parties of the burden to prove fault, the Act seeks to correct the informational and resource disparities that traditionally disadvantage consumers in product liability claims.

In terms of responsibility, however, significant gaps remain. In s 4 of the Unsafe Products Act employs the term “entrepreneurs” to designate those who may be held liable, a concept that captures manufacturers, importers, and sellers but does not expressly extend to other entities active in the AI lifecycle. While this approach reflects the traditional product paradigm, where liability is tied to tangible goods, it risks excluding key actors such as AI developers, operators, and service providers. In contrast, international policy frameworks, such as the OECD’s definition of AI actors, explicitly recognise “those who play an active role in the AI system lifecycle, including organisations and individuals that deploy or operate AI.”⁸⁵ The limited terminology in Thai law, therefore, illustrates how its definitions may already be outdated and in need of reform if they are to encompass the broader range of responsibilities associated with AI systems.

The statutory definition of “unsafe products” under s 4, Paragraph 7, further reflects an effort to broaden responsibility. The provision classifies as unsafe any product that causes, or may cause, harm due to a manufacturing defect, design defect, insufficient instructions, inadequate warnings, or misleading information concerning the product’s ordinary use or care. This definition takes a comprehensive view of defective products by capturing not only tangible flaws in production or design but also failures in communication that could compromise consumer safety.

Yet, the reach of these provisions remains circumscribed. The Unsafe Products Act was drafted with conventional goods in mind—products whose risks are relatively

⁸⁵ OECD, “Artificial Intelligence & Responsible Business Conduct,” accessed 2 June 2025, <https://mneguidelines.oecd.org/RBC-and-artificial-intelligence.pdf>.

stable and whose defects can be identified with reasonable certainty. When applied to AI systems, the Act's ability to deliver justice and responsibility is significantly constrained. The absence of explicit provisions addressing AI-specific risks—such as autonomous updates, post-sale modifications, and the opacity of machine learning processes—creates uncertainty and leaves consumers facing considerable hurdles in seeking effective remedies.

Accordingly, while Thai law embodies the principle of liability without fault in form, its practical operation exposes a narrow scope that fails to extend to the complex and evolving risks posed by AI. This gap underscores the urgent need for legal development to ensure that the dimensions of justice and responsibility are not merely formal aspirations but are meaningfully realised in the AI era.

8.2 The Principle of Internalisation in AI-Related Harm across the Dimensions of Principle of Responsibility, Burden of Proof and Causality

When assessed against the analytical dimensions of responsibility, burden of proof, and causality, Thai product liability law demonstrates a partial but incomplete realisation of the principle of enterprise liability in the context of AI.

With respect to responsibility, the 2008 Act extends liability beyond physical harm, recognising psychological injury and, in certain circumstances, punitive damages. This expansion reflects a consumer-oriented approach that resonates with the distributive rationale of enterprise liability, insofar as it places the burden of internalising risks on manufacturers rather than consumers. However, the scope of recoverable damages under Thai law remains incomplete. The Act does not provide explicit remedies for losses arising from data loss or data corruption, which are increasingly central to AI-related harm. Unlike physical or psychological injuries, these forms of digital damage remain outside the statutory framework, leaving consumers without adequate redress in cases where AI malfunctions compromise data integrity. Consequently, while the Act broadens responsibility in some respects, it continues to reflect the paradigm of static and tangible products, leaving its application to the evolving dynamics of AI uncertain.

The dimension of the burden of proof reveals a similar tension. While Thai courts are empowered to reverse the burden of proof in appropriate cases, thereby shifting evidentiary responsibility onto manufacturers, this mechanism depends heavily on judicial discretion. In principle, this enhances consumer protection; in practice,

however, it produces inconsistency and unpredictability. Victims of AI-related harm remain dependent on the willingness of individual judges to invoke burden-shifting, rather than being able to rely on a stable and predictable rule of law.

The most formidable challenge arises from causality. The Act continues to apply traditional causation principles, which presume a clear and direct link between a product defect and the harm sustained. Thai legal scholarship, as Pajit notes, generally relies on two principal theories. The first, the theory of equivalence of conditions, treats all contributing factors to the damage as causes in full, on the basis that it would be inappropriate to isolate only one factor.⁸⁶ The second, the theory of adequate causation, distinguishes between possible causes and identifies as the legally relevant cause only that factor which, under ordinary circumstances and common experience, would typically lead to the harm.⁸⁷

Both theories, however, face serious difficulties when applied to AI systems. The autonomous, adaptive, and opaque features of AI render causal chains diffuse and technologically complex, making it nearly impossible to isolate or identify a legally relevant cause. As a result, the requirement of causality imposes an evidentiary burden that consumers are ill-equipped to satisfy. This undermines the very rationale of strict liability, which is intended to relieve injured parties from the practical impossibility of proving fault.

Taken together, these dimensions reveal that Thai law has made progress in redistributing responsibility and partially easing evidentiary burdens. Yet, its continued reliance on classical causation rules prevents it from fully realising the enterprise liability framework. The outcome is a liability regime that embodies strict liability in form but fails to deliver its protective function in substance, particularly in cases involving the unique risks of AI.

⁸⁶ Pajit Punyapun, *Explanation of the Civil and Commercial Code: Torts* (Bangkok: Thammasat University, 1976), 33.

⁸⁷ *Ibid.*, 34.

8.3 The Principle of Risk Distribution in AI-Related Harm across the Dimensions of Principle of Responsibility, Scope of Protection and Institutional Flexibility

An evaluation of Thai product liability law against the dimensions of responsibility, scope of protection, and institutional flexibility further underscores the challenges of adapting an analogue-era framework to the digital age of AI.

With regard to responsibility, Thai law reveals a structural imbalance. The absence of a development risk defence imposes near-absolute liability on manufacturers, even in circumstances where the risks of an AI system could not reasonably have been foreseen. While this stance may appear protective of consumers, it risks undermining the fairness of the liability system by ignoring the unforeseeable nature of certain technological risks. In effect, it imposes liability without consideration of whether the manufacturer was in a realistic position to prevent the harm, which distorts the principle of enterprise liability itself.

The scope of protection demonstrates another limitation. The 2008 Act is confined to tangible, movable products and does not explicitly extend to AI services, software, or digital harms such as data loss or manipulation. As a consequence, consumers are left exposed in precisely those areas where AI poses the most novel risks. The mismatch between the legal framework and the technological reality illustrates how a regime designed for the physical marketplace struggles to govern the digital ecosystem.

Finally, the dimension of institutional flexibility highlights the paradox of Thai product liability law. On the one hand, the regime is consumer-oriented, formally imposing heavy liability burdens on manufacturers. On the other hand, the rigid statutory definitions and the narrow conception of “product” prevent the law from adapting to the evolving risks of AI. This rigidity leaves consumers only partially protected and undermines the long-term credibility of the liability system.

In sum, when measured against these analytical dimensions, Thai law reveals both strengths and weaknesses. It reflects a strong commitment to consumer protection in principle, but suffers from doctrinal rigidity and definitional limitations that curtail its effectiveness. Unless the law evolves to address AI-specific risks, its framework risks obsolescence, offering formal liability without delivering substantive justice in practice.

Conclusion

This article presents critical insights into AI and the associated challenges of liability within this domain. The literature review reveals a consensus among scholars that AI can inflict harm while operating within a black box framework, which lacks transparent explanations of the underlying processes. This situation raises significant concerns within the civil justice system, particularly concerning the traditional fault-based theory. The philosophical foundation of corrective justice suggests that this theory is applicable solely when the parties involved possess equal standing. While certain manufacturers retain control over AI systems, consumers are confined to the utilisation of AI products and services, leading to a disparity in status. Consequently, state intervention is imperative to rectify this imbalance and establish a more equitable system for citizens. This context highlights the limitations of a fault-based approach in addressing contemporary AI liability issues and sets the stage for the introduction of enterprise liability in AI liability.

At the same time, the analysis also demonstrates the weaknesses of Thai product liability law, which remains insufficiently aligned with the principles of enterprise liability in the context of AI. The current legal framework, while embodying strict liability in form, fails to capture the complex and evolving risks associated with AI systems, particularly with respect to digital harms and the responsibility of diverse AI actors. This gap highlights the urgent need for legislative reform in Thailand to ensure that enterprise liability is effectively incorporated into AI regulation, thereby providing both fairness and adequate protection for consumers in the AI era.

To ensure that Thai law can adequately address the risks associated with AI, reforms are required that build on the foundations of enterprise liability. The definition of “entrepreneur” and “product” should be revised to extend beyond tangible goods and to encompass AI developers, deployers, and operators, as well as software and algorithmic services. Equally, causation rules must be adapted to reflect the technological opacity of AI systems by allowing presumptions of causality or reversing the burden of proof where appropriate, thereby preventing consumers from being unfairly disadvantaged in litigation. At the same time, the scope of recoverable damages should be broadened to include digital and data-related harms, such as data loss, corruption, or manipulation, which are increasingly central to the risks generated by AI.

Finally, Thailand should consider establishing AI-specific liability mechanisms, drawing inspiration from international developments such as the European Product Liability Directive 2024/2853. Such mechanisms could include enterprise liability for AI systems and the creation of new relationships between manufacturers and consumers.

These reforms would not only strengthen consumer protection but also create a balanced and future-oriented liability system that ensures fairness, accountability, and efficiency in the AI era. They would bring Thai law closer to the distributive justice principles underpinning enterprise liability, transforming the Thai product liability law into a substantive safeguard for society in the age of intelligent technologies.

บทความวิจัย

RESEARCH ARTICLES

ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในระบบกฎหมายไทย*

Restrictions on the Rights and Freedoms of Monks in the Legal System of Thailand

พระมหา อนวงศ์ เมอมนะนา
Phramaha Anuwong Mermana

นักศึกษานิติศาสตร์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200
LL.M. Candidate
Faculty of Law, Thammasat University, Pharachan Road, Phra Nakhon, Bangkok 10200
Corresponding author E-mail: anuwong.123@gmail.com
(Received: June 13, 2025; Revised: August 13, 2025; Accepted: August 15, 2025)

บทคัดย่อ

สิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในระบบกฎหมายไทยถูกจำกัดหลายประการด้วยกัน ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับที่ผ่านมา มีบทบัญญัติว่าพระภิกษุเป็นผู้ไม่มีสิทธิเลือกตั้งมาโดยตลอด ทำให้พระภิกษุไม่มีสิทธิประเภทอื่น ๆ ตามมา เช่น สิทธิในการลงประชามติ สิทธิในการเข้าชื่อเสนอร่างกฎหมายหรือแก้กฎหมาย ไม่เพียงเท่านั้น ยังมีพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 กำหนดให้เจ้าหน้าที่ราชอาณาจักร คือ พนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนเพศพระภิกษุผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาได้ และกำหนดให้องค์กรคณะสงฆ์ คือ “มหาเถรสมาคม” ออกกฎ คำสั่ง มติ ระเบียบต่าง ๆ มาบังคับใช้กับพระภิกษุ ทำให้เกิดการจำกัดสิทธิภายในคณะสงฆ์มากขึ้นเรื่อย ๆ ปรากฏว่ากฎหมายเหล่านั้นบางฉบับไม่สอดคล้องกับหลักสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน บางฉบับไม่สอดคล้องกับหลักการการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และบางฉบับไม่สอดคล้องกับหลักพระธรรมวินัยของสงฆ์ บทความนี้จึงมุ่งพิจารณาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปสอดคล้องตามหลักสิทธิมนุษยชน รัฐธรรมนูญกฎหมายบ้านเมือง และหลักพระธรรมวินัยมีผลสัมพันธ์กันหรือไม่ และได้ศึกษาเปรียบเทียบกับพระภิกษุในประเทศพม่า และประเทศศรีลังกา ซึ่งเป็นพุทธศาสนาเถรวาทเช่นเดียวกับพระภิกษุในประเทศไทย เพื่อแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสมกับพระภิกษุในสังคมไทยต่อไป

คำสำคัญ: พระภิกษุ, หลักพระธรรมวินัย, สิทธิมนุษยชน, รัฐธรรมนูญ

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในระบบกฎหมายไทย” ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

The rights and freedoms of monks in the Thai legal system are restricted in many ways. Every previous constitution of the Kingdom of Thailand has consistently stipulated that monks are ineligible to vote. This has resulted in monks being denied other rights, such as the right to vote in a referendum and the right to submit proposals for bills or amendments to laws. Furthermore, Section 29 of the Sangha Act B.E. 2505 (1962) provides that investigators have the authority to renounce the monastic life of monks accused of criminal offenses. It also mandates that the Sangha body, the “Sangha Supreme Council,” issue rules, orders, resolutions, and regulations to enforce against monks. This has led to increasing restrictions on the rights of the Sangha. It appears that some of these laws are inconsistent with international human rights principles; some are inconsistent with the constitutional principles of limiting rights and liberties; and some are inconsistent with the principles of the Buddhist discipline. This article aims to examine whether laws enacted to limit rights and liberties are consistent with human rights principles, the constitution, the law of the land, and the principles of the Buddhist discipline and has studied and compared with monks in Myanmar and Sri Lanka, which are Theravada Buddhists, like monks in Thailand, in order to amend the law to be appropriate for monks in Thai society.

Keywords: Theravada Buddhist Monks, Dhamma-Vinaya Principles, Human Rights, Constitution

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ลักษณะสำคัญของพระภิกษุมีสองสถานะ คือ (1) ฐานะเป็นพลเมืองของรัฐที่อยู่ภายใต้กฎหมายบ้านเมืองเหมือนฆราวาส (2) ฐานะนักบวชในพุทธศาสนา ซึ่งต้องปฏิบัติตามพระธรรมวินัยและกฎหมายคณะสงฆ์ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าพระภิกษุทั้งปวงต้องตกอยู่ภายใต้พระธรรมวินัย กฎหมายบ้านเมือง และจารีต ซึ่งมีข้อจำกัดมากกว่าประชาชนทั่วไป ดังนั้น พระภิกษุจึงมีสถานะพิเศษที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไป ด้วยเหตุที่สิทธิและเสรีภาพนั้นมีขอบเขตที่ถูกจำกัดตามกฎหมายแตกต่างจากคนทั่วไป เช่น การเลือกตั้ง การแสดงความคิดเห็นทางการเมือง แม้กระทั่งการศึกษาที่ยังไม่อนุญาตให้พระภิกษุศึกษาบางสาขาวิชา เช่น แพทย์ วิศวกรรม การศึกษานิตยบัณฑิต เป็นต้น และองค์กรคณะสงฆ์ไทยที่เรียกว่า “มหาเถรสมาคม” ยังมีอำนาจออกกฎ คำสั่ง มติ ระเบียบต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาบังคับกับพระภิกษุด้วย

สิ่งเหล่านี้ยังไม่มีการศึกษารายละเอียดแน่ชัดว่าสิทธิและเสรีภาพประการใดบ้างของพระภิกษุได้รับการคุ้มครองหรือถูกจำกัดลงและเป็นไปตามหลักการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ กับทั้งบริบททางสังคมปัจจุบันมีทัศนะเกี่ยวกับสิ่งเหล่านี้ไปในทิศทางใด มีพระธรรมวินัยใด กฎหมายใด จารีตใด จนถึงคดีข้อพิพาทในศาลต่าง ๆ ปรากฏขัดกันหรือไม่นั้น ในบทความนี้จึงได้เขียนไว้เพื่อแก้ไขปัญหาข้อกฎหมายเพื่อให้เกิดความเหมาะสม โดยศึกษาวิเคราะห์ประเด็นหัวข้อใหญ่ ๆ 2 ประการ คือ

(1) ปัญหาข้อกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยรัฐธรรมนูญ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรอง พบปัญหาข้อกฎหมาย 5 ประการ

1) สิทธิในการเลือกตั้ง คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 96 (1) จำกัดสิทธิของพระภิกษุในการลงคะแนนเลือกตั้ง เมื่อพระภิกษุไม่มีสิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งทำให้ขาดคุณสมบัติในการใช้สิทธิประเภทอื่น ๆ คือ สิทธิในการลงประชามติ สิทธิในการเข้าชื่อเสนอร่างกฎหมายหรือแก้กฎหมาย

2) สิทธิทางกระบวนการยุติธรรม คือ การสละสมณเพศพระภิกษุโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายราชอาณาจักร ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ราชอาณาจักรคือ พนักงานสอบสวนสละสมณเพศพระภิกษุได้

3) สิทธิการให้การอุปสมบทภิกษุณี คือ ประกาศห้ามพระภิกษุให้การอุปสมบทภิกษุณี พ.ศ. 2471 ของสมเด็จพระสังฆราชกรมหลวงชินวราลงสิริวัฒน์

4) การแสดงความคิดเห็นทางการเมือง คือ คำสั่งมหาเถรสมาคม เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเกี่ยวข้องกับการเมือง พ.ศ. 2538

5) สิทธิทางการศึกษา คือ คำสั่งมหาเถรสมาคมที่ 1/2564 เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเรียนวิชา หรือสอบแข่งขัน หรือสอบคัดเลือกอย่างคฤหัสถ์ พ.ศ. 2564

(2) ผลความสัมพันธ์ระหว่างหลักพระธรรมวินัยกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายบ้านเมืองในการกำหนดมาตรการเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุเปรียบเทียบกับข้อจำกัดพระธรรมวินัยกับกฎหมายบ้านเมืองทั้งในและต่างประเทศประกอบกันว่าแตกต่างกันอย่างไร

2. ระเบียบวิธีวิจัย

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ขอบเขตสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในระบบกฎหมายไทย แยกวัตถุประสงค์ได้ดังนี้

(1) เพื่อศึกษากรณีการคุ้มครองและการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในราชอาณาจักรไทยตั้งแต่สมัยอดีตจนถึงปัจจุบันอันมีรัฐธรรมนูญ กฎหมายบ้านเมือง และกฎหมายของคณะสงฆ์ต่าง ๆ

(2) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีการคุ้มครองและการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในต่างประเทศแบ่งเป็น 2 ประเทศ คือ ประเทศพม่า และประเทศศรีลังกา โดยศึกษาทั้งรัฐธรรมนูญ และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและประยุกต์ใช้กับสภาพสังคมไทย

(3) เพื่อศึกษาความเหมาะสมและข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพระหว่างเขตแดนหลักพระธรรมวินัยกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งประเด็นจะเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับศาสนาที่มีความคาบเกี่ยวกับข้อจำกัดสิทธิบางประการของพระภิกษุในกฎหมายแต่ละฉบับ

2.2 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาเรื่องข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในระบบกฎหมายไทยนี้ มุ่งเน้นไปที่พระภิกษุในพระพุทธศาสนาว่าได้รับการคุ้มครองหรือถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการลงมากน้อยเพียงใด เนื่องจากสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุนั้นมีความแตกต่างในสาระสำคัญและเปลี่ยนแปลงไปตามวิธีการปกครอง หรือขึ้นอยู่กับวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญและกฎหมายบ้านเมือง ฉะนั้น เพื่อความชัดเจนและทราบว่าสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุ บางประการถูกจำกัดโดยพระธรรมวินัย บางประการถูกจำกัดโดยกฎหมายบ้านเมือง

ผู้ศึกษาจึงมุ่งศึกษาเปรียบเทียบกับสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศพม่า และประเทศศรีลังกา ในแง่ว่ามีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองและจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุไว้หรือไม่เพียงใด ซึ่งหากเทียบกับประเทศไทยแล้วจะแตกต่างหรือเหมือนในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุประการใดหรือไม่

วิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับศาสนาที่เอาหลักศาสนาบัญญัติเป็นกฎหมายบางประการเป็นจุดสำคัญที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายในการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุหรือไม่ มากน้อยเพียงใด และศึกษาตีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในศาลแล้วนำมาวิเคราะห์เชื่อมโยงพระธรรมวินัยของพระภิกษุควบคู่ไปกับหลักสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายบ้านเมืองด้วย

2.3 วิธีการดำเนินการวิจัย

บทความฉบับนี้ เน้นวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยศึกษาจากรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง กฎหมายว่าด้วยคณะสงฆ์ กฎมหาเถรสมาคม คำสั่ง มติ ระเบียบต่าง ๆ ของคณะสงฆ์ รวมถึงเอกสารอื่น ๆ เช่น หนังสือ ตำรา เอกสารวิจัย เอกสารประกอบการสัมมนา วิทยานิพนธ์ และบทความที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ ทั้งในและต่างประเทศ เพื่อนำมาสรุปวิเคราะห์ สังเคราะห์ วิจัย และหาข้อเสนอแนะในที่สุด เพื่อเสนอเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว

2.4 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- (1) ทราบความเป็นมาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุ ตลอดทฤษฎี แนวคิด เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
- (2) ทราบลักษณะกฎหมายที่มีข้อจำกัดในการคุ้มครองและการจำกัดซึ่งสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในระบบกฎหมายไทย และเปรียบเทียบแนวทางในต่างประเทศ ทั้งรัฐธรรมนูญ และกฎหมายบ้านเมือง
- (3) เพื่อเป็นประโยชน์และเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาการคุ้มครองและการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุ และเพื่อความเหมาะสมแก่ความเป็นประชาธิปไตยในสังคมไทย

3. ทฤษฎีพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และหลักพระธรรมวินัยของพระภิกษุ

สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ติดตัวมากับมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิที่เป็นสากล และไม่อาจถ่ายโอนให้แก่อีกใครได้ ซึ่งเป็นหลักเบื้องต้นในการกำหนดสิทธิและเสรีภาพลงในรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศเพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครอง ตลอดทั้งกำหนดขอบเขตในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอย่างเหมาะสม และให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยจะแบ่งอธิบายหลักการที่ปรากฏในระบบกฎหมายระหว่างประเทศและหลักการที่ปรากฏในระบบกฎหมายภายใน ดังนี้

3.1 ทฤษฎีพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

3.1.1. หลักการที่ปรากฏในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น เมื่อปี ค.ศ. 1948 อันเนื่องมาจากอิทธิพล “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789” หลังการปฏิวัติที่ประเทศฝรั่งเศส เพื่อให้การยอมรับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติยอมรับร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ณ ที่ประชุมกรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) ส่วนกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) นี้ ได้รับรองจากสหประชาชาติ ในปี ค.ศ. 1966 มีผลบังคับจริงนับแต่วันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1967 เป็นการย้ำแนวคิดดั้งเดิมจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เห็นว่าการยอมรับต่อศักดิ์ศรีอันมีมาแต่กำเนิดหรือสิทธิเสมอภาคอันมีอาจปรากฏได้ของมนุษย์ที่เป็นรากฐานของเสรีภาพ ประเด็นสำคัญ คำปรารภอย่างมุ่งชี้ความสำคัญของการแบ่งแยกจากกันมิได้ของสิทธิทางเศรษฐกิจและสิทธิพลเมือง อันถือเป็นสิทธิมนุษยชน 2 จำพวกสำคัญซึ่งสังคมจำต้องปกป้องส่งเสริมให้เสรีชน เสรีภาพปลอดพ้นจากความกลัวและความอดอยากขาดแคลนตามอุดมการณ์ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน¹ สิทธิและเสรีภาพที่นำมาใช้วิเคราะห์ในบทความนี้ ได้แก่

¹ จริญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2559), 341.

(1) **สิทธิทางการเมือง** ตามหลักสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองในทางสากล ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 21 (1)² กำหนดไว้บุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐไม่อาจถูกจำกัดการเลือกตั้งได้³ ส่วนกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ปรากฏในข้อ 25 (b)⁴ พลเมืองทุกคนย่อมมีสิทธิและโอกาส โดยปราศจากความแตกต่าง ในการลงคะแนนโดยเสรี⁵ ฉะนั้น รัฐต้องประกันสิทธิทางการเมืองโดยไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานเชื้อชาติ ศาสนา การเลือกตั้งนั้นมีภายหลังการเกิดขึ้นของรัฐที่ต้องรับรองสิทธิความเป็นพลเมืองทุกคน ในสิทธิทางการเมืองอื่น ๆ ได้ถูกรับรองโดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในข้อ 19⁶ สิทธิในการแสดงความคิดเห็น และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 19 (1) สิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก และข้อ 21⁷ ว่าด้วยสิทธิในการชุมนุม

(2) **สิทธิทางกระบวนการยุติธรรม** ตามหลักปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และข้อ 11 (1)⁸ ซึ่งว่าด้วยสิทธิในความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม และยังได้รับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 14 (2) ว่าด้วยพื้นฐานของหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าศาลจะพิพากษาว่ามีความผิด มีเนื้อความเหมือนกัน

² ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน คริสต์ศักราช 1948 ข้อ 21 (1) กำหนดไว้ว่า “ทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในรัฐบาลของประเทศตน จะเป็นโดยตรงหรือโดยผ่านทางผู้แทนซึ่งได้เลือกตั้งโดยอิสระ”

³ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ 2550), 30.

⁴ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง คริสต์ศักราช 1966 ข้อ 25 (b) “ในการที่จะออกเสียงหรือได้รับการเลือกตั้งอันแท้จริงตามวาระ ซึ่งมีการออกเสียงโดยทั่วไปและเสมอภาค และโดยการลงคะแนนเพื่อประกันการแสดงเจตนาโดยเสรีของผู้เลือก”

⁵ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (กรุงเทพมหานคร: เอรวิกรมการพิมพ์, 2546), 48.

⁶ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน คริสต์ศักราช 1948 ข้อ 19 กำหนดไว้ว่า “ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพในการที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกสอดและที่จะแสวงหา รับและแจกจ่ายข่าวสารและความคิดเห็นไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ และโดยไม่คำนึงถึงเขตแดน”

⁷ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง คริสต์ศักราช 1966 ข้อ 21 “สิทธิในการชุมนุมโดยสงบย่อมได้รับการรับรอง การจำกัดการใช้สิทธินี้จะกระทำมิได้ นอกจากกำหนดโดยกฎหมายและเพียงพอที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติ หรือความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ”

⁸ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน คริสต์ศักราช 1948 ข้อ 11 (1) “ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาเปิดเผย ซึ่งตนได้รับหลักประกันบรรดาที่จำเป็นสำหรับการต่อสู้คดี”

(3) สิทธิทางการศึกษา ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 26 (1)⁹ ได้กำหนดเกี่ยวกับสิทธิทางการศึกษาที่ทุกคนต้องได้รับปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม การศึกษาวิชาต่าง ๆ ก็ขึ้นอยู่กับมาตรฐานที่สถาบันกำหนดคุณสมบัติไว้ เช่น การสอบคัดเลือกเข้าศึกษาตามความสามารถและคุณสมบัติ และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมระหว่างประเทศ ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - ICESER) ข้อ 13 (1) “รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้รับรองสิทธิของทุกคนในการศึกษา รัฐภาคีตกลงว่าการศึกษามุ่งสู่การพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์และสำนึกในศักดิ์ศรีของมนุษย์อย่างเต็มที่ และจะเสริมสร้างความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน รัฐภาคียังตกลงอีกว่าการศึกษจะทำให้ทุกคนสามารถมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในสังคมเสรี ส่งเสริมความเข้าใจ ความอดทนอดกลั้น และมีมิตรภาพระหว่างทุกประเทศ และทุกกลุ่มเชื้อชาติ ชนิตพันธุ์ หรือศาสนา และส่งเสริมกิจกรรมของสหประชาชาติเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพ”

(4) สิทธิในความเสมอภาค ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 26¹⁰ ได้กำหนดชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียม โดยกฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใด ๆ และต้องให้การคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผล เช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา ประกอบกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมระหว่างประเทศ ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - ICESER) ข้อ 2 (2) “รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้ตกลงที่จะรับประกันว่าสิทธิต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในกติกาฉบับนี้จะถูกใช้โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใด ๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด แหล่งกำเนิดทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่น ๆ” และ ข้อ 3 “รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้ตกลงที่จะรับรองสิทธิที่เท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีในการได้รับสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมทั้งหมดตามที่ระบุไว้ในกติกาฉบับนี้”

3.1.2. หลักการที่ปรากฏในระบบกฎหมายภายใน

(1) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครอง ในที่นี้อาจเรียกได้ว่า “สิทธิทางรัฐธรรมนูญ” แบ่งออกเป็น 2 คือ สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในความเสมอภาค อธิบายได้ว่า 1) สิทธิในเสรีภาพ เป็นสิทธิเรียกร้องให้รัฐต้องเคารพอำนาจในการกระทำการตลอดจนการงดเว้นกระทำการของบุคคลผู้ทรงสิทธิในทางทฤษฎีเราอาจจำแนกสิทธิในเสรีภาพเป็น 2 ประเภท คือ สิทธิในเสรีภาพทั่วไป และสิทธิในเสรีภาพเฉพาะเรื่อง สิทธิในเสรีภาพทั่วไป คือ

⁹ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน คริสต์ศักราช 1948 ข้อ 26 (1) กำหนดไว้ว่า “ทุกคนมีสิทธิในการศึกษา การศึกษาจะต้องให้เปล่าอย่างน้อยในขั้นประถมศึกษาและขั้นพื้นฐาน การศึกษาระดับประถมจะต้องเป็นภาคบังคับ การศึกษาด้านวิชาการและวิชาชีพจะต้องเปิดเป็นการทั่วไป และการศึกษาระดับสูงขึ้นไปจะต้องเข้าถึงได้อย่างเสมอภาคสำหรับทุกคนบนพื้นฐานของคุณสมบัติความเหมาะสม”

¹⁰ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง คริสต์ศักราช 1966 ข้อ 26 กำหนดไว้ว่า “บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคตามกฎหมายและมีสิทธิได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใด ๆ และต้องให้การคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลเช่น เชื้อชาติ เพศ ศาสนา หรือความคิดเห็นทางการเมือง”

สิทธิในเสรีภาพในบุคลิกภาพตลอดจนการกระทำและพฤติกรรมทั้งหลายทั้งปวง เช่น สิทธิในการถ่ายภาพตลอดด้วยคำของตน สิทธิได้รับการปกป้องคุ้มครองเกียรติ เป็นต้น สำหรับสิทธิในเสรีภาพเฉพาะเรื่องเป็นสิทธิในเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชัดแจ้งเป็นเรื่อง ๆ เช่น สิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิในเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกัน สิทธิในเสรีภาพในกรรมสิทธิ์ สิทธิเลือกตั้ง เป็นต้น¹¹ 2) สิทธิในความเสมอภาค หมายถึง สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากรัฐเราอาจจำแนกสิทธิในความเสมอภาคออกได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิในความเสมอภาคทั่วไปและสิทธิในความเสมอภาคเฉพาะ เรื่องกฎเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิในความเสมอภาคทั่วไปเป็นกฎเกณฑ์ที่เรียกร้องให้ปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกันและปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระแตกต่างกันให้แตกต่างกันออกไป สำหรับสิทธิในความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติแยกแยะการคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคไว้ซึ่งได้แก่ การห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเนื่องจากความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ฐานะทางเศรษฐกิจ ตลอดจนจิตในความเสมอภาคในการเลือกตั้ง เป็นต้น¹² ส่วน สิทธิที่กฎหมายอื่นให้การรับรองและคุ้มครอง คือ อาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิเฉพาะเรื่องที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดรายละเอียดการคุ้มครองไว้ชัดเจน แต่ได้อาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญออกเป็นพระราชบัญญัติเพื่อกำหนดขอบเขตวิธีการใช้สิทธินั้น ๆ เช่น เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 หรือ สิทธิทางการศึกษาตามพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 เป็นต้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนดังกล่าวซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของประชาชน การคุ้มครองสิทธิในระดับกฎหมายนี้ส่งผลต่อหลักความเสมอภาคที่สะท้อนออกมาได้ แต่ในขณะเดียวกัน บริบททางสังคมการเมืองแบบอำนาจนิยม ก็อาจมีส่วนกำหนดโครงสร้างของกฎหมายที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นโครงสร้างมาตรฐานสำหรับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติของไทย¹³

(2) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ได้แก่ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ประเภทกฎหมายที่ให้มีการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้นี้ ต้องเป็นกฎหมายที่ผ่านการไตร่ตรองของฝ่ายนิติบัญญัติ คือ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ โดยมีเงื่อนไขที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ 3 รูปแบบ คือ¹⁴ 1) สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเพียงแต่เรียกร้องว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นกระทำได้แต่โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปนี้ไม่ได้เรียกร้องเงื่อนไขพิเศษในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป 2) สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขตามกฎหมายพิเศษ กรณีนี้รัฐธรรมนูญเรียกร้องว่าการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายนั้นจะต้องผูกพันกับสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง เช่น

¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อานกฎหมาย, 2564), 398-399.

¹² เรื่องเดียวกัน, 399.

¹³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549), 186.

¹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), 56-57.

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง 3) สิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายใด ๆ ทั้งสิ้น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในทางวิชาการ เป็นต้น หากรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิหรือเสรีภาพไว้ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยมิได้อาศัยหรืออ้างอิงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญย่อมถือว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ว่ากฎหมายที่ตราขึ้นจะมีเนื้อหาดีมาน้อยเพียงใด หรือส่งเสริมและสอดคล้องกับหลักนิติธรรม กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁵ ส่วนบทยกเว้นไว้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ตามรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 26¹⁶ ของไทยเหมือนกับรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่ง Professor Aharon Barak ได้หยิบยกกรณีรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Basic Law) มาอธิบายไว้ว่า “กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติและมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามโครงสร้างของลำดับศักดิ์กฎหมาย หากไม่สามารถยึดโยงหรืออ้างอิงอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ย่อมถือว่ากฎหมายที่ตราขึ้นนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁷ นอกจากนี้ มี 3 กรณี ได้แก่ (1) การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (2) การตรากฎหมายที่บัญญัติให้เป็นความผิดและมีโทษอาญา และ (3) การตรากฎหมายที่เป็นการกำหนดฐานภาษี ทั้งสามกรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนด¹⁸ ส่วนกฎหมายลำดับรองโดยหลักไม่สามารถตรามาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ กล่าวคือ อำนาจที่กำหนดว่ากฎหมายใดมีอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น เพียงแต่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการปฏิบัติตามกฎหมาย อาทิ กฎกระทรวง ย่อมถือว่ากระทำได้¹⁹

¹⁵ ปวีศร เลิศธรรมเทวี, *บรรทัดฐานศาลรัฐธรรมนูญ เรื่องการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ (เงื่อนไขการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ)*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2566), 113-114.

¹⁶ **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**

“มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

¹⁷ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (New York: Cambridge University Press, 2012), 109. อ้างถึงในเชิงอรรถ ปวีศร เลิศธรรมเทวี, *บรรทัดฐานศาลรัฐธรรมนูญ เรื่องการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ (เงื่อนไขการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ)*, 114.

¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2564), 166.

¹⁹ ปวีศร เลิศธรรมเทวี, *บรรทัดฐานศาลรัฐธรรมนูญ เรื่องการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ (เงื่อนไขการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ)*, 130.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 ได้มีหลักการในการคุ้มครองและหลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ คือ **ประการที่ 1** การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมิใช่เป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 วรรคสอง **ประการที่ 2** การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และต้องระบุเหตุผลในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 วรรคแรก²⁰ **ประการที่ 3** การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 วรรคแรก หรือเรียกว่า หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน²¹ **ประการที่ 4** หลักการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเงื่อนไขไว้ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม หลักทั้ง 4 ประการนี้ ได้บรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

(3) ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ คือ **ประการแรก** สิทธิและเสรีภาพที่ผูกพันโดยตรงต่อองค์กรของรัฐ ตามที่บัญญัติให้ “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”²² แบ่งได้ดังนี้ 1) สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง แบ่งเป็น 2 ส่วน คือ สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าสิทธิขั้นพื้นฐานและการมีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรงของประชาชน เช่น สิทธิในการออกเสียงประชามติ สิทธิในการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย 2) สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปริยาย หรือที่เรียกว่าการให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ 3) สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ **ประการที่สอง** องค์กรของรัฐที่ถูกผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพ มีเกณฑ์ในการพิจารณา คือ 1) พิจารณาความเป็นองค์กรของรัฐในทางโครงสร้าง กล่าวคือ องค์กรของรัฐทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ต้องผูกพันหรือผูกมัดกับสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของการใช้อำนาจอธิปไตยแท้ 2) พิจารณาความเป็นองค์กรของรัฐในแง่การทำการกิจขององค์กรโดยพิจารณาว่าองค์กรนั้นเป็นองค์กรที่มีภารกิจในทางมหาชนหรือไม่ **ประการที่สาม** บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพ

²⁰ เดิมที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” ความต่างกัน คือ มาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญปี 2560 ได้ตัดคำว่า “จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” ออกไป อย่างไรก็ตาม ทั้งสองมาตราที่กล่าวมานี้ยังคงมีหลักการและสาระสำคัญในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

²¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 8/2561 ได้ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยวินิจฉัยว่า “พระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 51 วรรคสาม บัญญัติว่า บรรดาทรัพย์สินซึ่งมีผู้อื่นอ้างว่าเป็นเจ้าของหรือรับโอนมา หากผู้นั้นมีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดมูลฐาน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดหรือได้รับโอนมาโดยไม่สุจริต แล้วแต่กรณีนั้น เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิของประชาชน ขัดต่อหลักนิติธรรม และเพิ่มภาระของประชาชนในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์เกินสมควรแก่เหตุ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26”

²² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, 238.

มีผลผูกพันหรือผูกมัดต่อองค์กรของรัฐ ได้แก่ กรณีที่ 1 การกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติ ประเด็นนี้ ปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมครั้งแรกในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอเมริกา ครั้งที่ 1 (Amendment I) กำหนดกรอบแห่งอำนาจสภาครองเครส มิให้ตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทางด้านการนับถือศาสนา เสรีภาพในการพูด และกิจการหนังสือพิมพ์ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ รวมทั้งสิทธิในการร้องทุกข์²³ กรณีที่ 2 การกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานผูกมัดฝ่ายบริหาร อันหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายราชการซึ่งเป็นฝ่ายอำนาจรัฐกับประชาชน โดยฝ่ายรัฐมีอำนาจเหนือกว่ามาโดยตลอด ในเยอรมนีใช้คำว่า Eingriffsverwaltung นั่นคือ ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจแทรกแซงเข้าไปมีส่วนของความเป็นอยู่ของประชาชน และฝ่ายปกครองที่มีอำนาจแทรกแซงความเป็นอยู่ของประชาชนได้เหล่านี้ ล้วนถูกผูกมัดโดยสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสิ้น²⁴ กรณีที่ 3 การกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานผูกมัดฝ่ายตุลาการ คือ ความสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานมิได้อยู่ที่ฝ่ายนิติบัญญัติที่จะออกกฎหมายที่สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น สิทธิขั้นพื้นฐานจะมีผลเต็มที่ต่อเมื่อฝ่ายตุลาการเองให้ความเคารพและรู้จักที่จะนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานมาใช้ด้วยตนเอง²⁵ ในเยอรมนีแบ่งศาลในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน 5 ทางด้วยกัน กล่าวคือ กระบวนการยุติธรรมตามปกติ ได้แก่ ศาลแพ่งและศาลอาญา กระบวนการยุติธรรมที่แยกออกตามความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง ได้แก่ ศาลปกครอง ศาลภาษี ศาลแรงงาน ศาลสังคม โดยแต่ละทางจะมีความเอกเทศไม่ขึ้นแก่กัน²⁶ ส่วนสำหรับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถตรวจสอบคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้วของทุกศาลได้ ตามกลไกการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ ว่ามีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งในแง่กระบวนการและเนื้อหา²⁷

3.2 แนวคิดเรื่องรัฐกับศาสนา

1) ความสัมพันธ์ในลักษณะแยกรัฐออกจากศาสนา แนวคิดประเภทนี้เป็นการแยกกิจการของรัฐ ออกจากการผูกพันทางศาสนา โดยความสัมพันธ์นั้น เรียกว่า รัฐฆราวาส²⁸ (Secular State) รัฐประเภทนี้มีอำนาจอยู่เหนืออำนาจศาสนจักร โดยผู้เสนอแนวคิดนี้คือ โทมัส อาราตุส (Thomas Erastus ค.ศ. 1524 – 1583) เรียกแนวคิดที่รัฐอยู่เหนือศาสนาว่า “เอราสเตียนนิสม์” (Erastianism) ศาสนจักรแยกออกจากรัฐอย่างเด็ดขาด โดยที่รัฐและศาสนาต่างแยกบทบาทและความเป็นสถาบันออกจากกัน ระบบกฎหมายของรัฐที่มีแนวคิดแบบนี้จะไม่ผูกพันโดยตรงต่อศาสนาใดศาสนาหนึ่ง และการดำรงอยู่ของศาสนาใดศาสนาหนึ่งก็ไม่ขึ้นอยู่กัอำนาจรัฐแต่อย่างใด อันทำให้หลักธรรมทางศาสนาและหลักกฎหมายแยกออกจากกัน อย่างเป็นอิสระนั่นเอง

²³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*, 142.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, 152.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, 158.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, 159.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, 161.

²⁸ Frank Cranmer and Javier Garcia Olivia, “Church-State Relationships: An Overview,” *Law and Justice – the Christian Law Review* 162 (2009): 5.

2) ความสัมพันธ์ในลักษณะไม่แยกรัฐออกจากศาสนา แนวคิดความสัมพันธ์นี้อาจแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ²⁹

1. รัฐศาสนา หรือ “เทวาธิปไตย” (Theocracy) เป็นรัฐไม่แยกศาสนจักรออกจากรัฐ โดยรัฐกับศาสนาเป็นสถาบันที่พึ่งพิงอาศัยกันและกัน ระบบกฎหมายของรัฐประเภทนี้จึงอิงหลักธรรมทางศาสนาเป็นสำคัญ และในคำพิพากษาของศาลจะอ้างอิงหลักธรรมทางศาสนามาใช้เป็นเหตุผลของคำวินิจฉัย รัฐประเภทนี้จะมีศาสนาใดศาสนาหนึ่งมีอำนาจเหนืออำนาจของรัฐนั้นอย่างชัดเจน เช่น นครรัฐวาติกัน ที่มีศาสนาคริสต์เป็นศาสนาประจำชาติ สาธารณรัฐอิสลามอัฟกานิสถาน และสาธารณรัฐอิสลามปากีสถาน ที่มีศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำชาติ

2. รัฐผสม รัฐประเภทนี้เป็นระบบผสม (Hybrid System) แนวความคิดนี้เรียกว่า “สหการนิยม” (Cooperationism) ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับศาสนามีความซับซ้อนมาก นั่นคือรัฐกับศาสนจักรมิได้แยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด และมีการดำเนินความสัมพันธ์ร่วมกันอยู่ ระบบกฎหมายของรัฐประเภทนี้จึงอิงหลักธรรมทางศาสนาบางส่วน และให้ความสำคัญกับศาสนาด้วยเหตุผลบางประการ เช่น ศรีลังกา พม่า ไทย ที่ให้ความสำคัญกับพุทธศาสนาเป็นสำคัญ

3.3 พระภิกษุและหลักพระธรรมวินัยของสงฆ์

“พระภิกษุ” ภิกษุ คือ เป็นผู้เห็นภัยในวัฏสงสาร ปฏิบัติในไตรสิกขามีศีลและทวิปฏิฐานที่พระผู้มีพระภาคทรงสั่งสอนไว้เพื่อการบรรลุธรรม ผล และนิพพาน นั้นเอง ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ภิกษุ” ไว้ว่า หมายถึง ชายที่บวชในพระพุทธศาสนา³⁰ ในความหมายทางกฎหมาย “พระภิกษุ” หรือ “พระสงฆ์” ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2561 มิได้กำหนดเฉพาะไว้ แต่ได้กำหนดในมาตรา 5 ทวิ คำว่า “คณะสงฆ์” หมายความว่า บรรดาพระภิกษุที่ได้รับการบรรพชาอุปสมบทจากพระอุปัชฌาย์ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามกฎหมายที่ใช้บังคับก่อนพระราชบัญญัติไม่ว่าจะปฏิบัติศาสนกิจในหรือนอกราชอาณาจักร และกำหนด “คณะสงฆ์อื่น”³¹ หมายความว่า บรรดาบรรพชิตจันนิกาย หรือ อนัมนิกาย และตามกฎหมายเถรวาท พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม ได้กำหนดนิยาม คำว่า “ภิกษุ” หมายถึง ก. พระภิกษุซึ่งมิใช่ผู้ปกครองสงฆ์ รวมถึงพระภิกษุซึ่งดำรงสมณศักดิ์ต่ำกว่าชั้นพระราชาคณะ และ ข. พระภิกษุผู้ปกครองสงฆ์ รวมถึงพระภิกษุผู้เป็นกิตติมศักดิ์ผู้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาเจ้าคณะ ผู้ดำรงตำแหน่งเทียบพระสังฆาธิการ และผู้ดำรงตำแหน่งสมณศักดิ์ชั้นพระราชาคณะขึ้นไป ดังนั้น “พระภิกษุ”

²⁹ Ibid.

³⁰ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 (กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น, 2546), 823.

³¹ ในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 5 ทวิ เห็นว่าควรเพิ่มเติมคำว่า “ภิกษุณีสงฆ์” เข้าไปด้วยเป็น “คณะสงฆ์อื่น หมายความว่า บรรพชิตจันนิกาย อนัมนิกาย หรือภิกษุณีสงฆ์” เพื่อให้สิทธิแก่สตรีในอันที่จะได้ศึกษาและเผยแผ่พระธรรมวินัยของพระพุทธศาสนาอย่างเท่าเทียมกันเหมือนในสมัยพุทธกาล

หรือ “พระสงฆ์” ในที่นี้จึงหมายถึง บุคคลเพศชายที่โกนหัวนุ่งห่มเหลือง ส่วนวัตรปฏิบัติอย่างอื่นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับปัจจัยสี่จึงสุดแต่ว่าพระสงฆ์ในสังกัดวัดไทยหรือสำนักสงฆ์ไทย หรือสังกัดจีนิกายหรืออนัมนิกายแล้วแต่กรณี³²

หลักพระธรรมวินัย สิกขาบท 227 ข้อ อาจสรุปได้ว่า ความจริงตามธรรมชาติที่เรียกว่า “ธรรม” และ การจัดตั้งของมนุษย์ที่เรียกว่า “วินัย” ซึ่งเป็นเรื่องสมมติ เรื่องวินัยและเรื่องกฎหมายนี้เป็นเรื่อง “สมมติ” แต่สมมติไม่ใช่เรื่องเหลวไหล ในภาษาพระสมมติเป็นเรื่องใหญ่³³ อันเปรียบเสมือนการจัดระเบียบสังคมให้ประพฤติไปในทางที่ถูกต้องมีสถานะเป็นข้อบังคับที่ได้รับการยอมรับจากชนหมู่มาก กฎหมายมาจากการยินยอมโดยรัฐสภา พระวินัยนั้นได้ถูกบัญญัติขึ้นมาจากพระพุทธเจ้าจากการที่พระภิกษุประพฤติผิดในสมัยพุทธกาล แต่คณะสงฆ์ไทยมีมหาเถรสมาคมเป็นองค์กรปกครองสูงสุดของสงฆ์ได้นำพระวินัยมาบัญญัติมีค่าบังคับเป็นกฎหมายลำดับรองโดยอาศัยอำนาจของรัฐตราฎ ออกคำสั่ง ประกาศ ระเบียบ เช่น กฎว่าด้วยการลงนิคหกรรม แต่กระนั้นกฎของมนุษย์ คือ “วินัย” ต้องอิงอยู่บนความเป็นจริงของธรรมชาติ คือ “ธรรม” หากมองในปัจจุบัน พระธรรม ก็คือ กฎธรรมชาติที่มีอยู่เดิมพระพุทธเจ้าจะเกิดหรือไม่เกิดมันก็อยู่ของมันอย่างนั้น ส่วนพระวินัย คือ ศีล กฎหมายของสงฆ์ และมีกฎหมายอื่นที่รัฐสมมติขึ้นมาเป็นเครื่องรองรับซึ่งจะต้องสอดคล้องกันไม่น้อยเนื่องจากพระธรรมวินัยที่มีอยู่เดิมจนเกินขอบเขตแนวปฏิบัติของสงฆ์ “พระธรรมวินัย” นี้ ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญของพระภิกษุในการปกครองสงฆ์

หลักพระธรรมวินัยที่บัญญัติให้สามารถทำได้หรือไม่ได้นั้น โดยต้องปราศจากการแทรกแซงจากกฎหมายบ้านเมือง แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายบ้านเมืองก็ต้องบังคับใช้กับพระภิกษุซึ่งอยู่ในฐานะพลเมืองของรัฐด้วย เหตุนี้ “หลักพระธรรมวินัย” กับ “กฎหมายบ้านเมือง” มีความสอดคล้องกัน อย่างที่เห็นได้ชัด คือ เกณฑ์ศีล 5 การห้ามฆ่าหรือทำร้าย ห้ามลักทรัพย์ ฉ้อโกง เป็นต้น ที่มีความสอดคล้องกันชัดเจนจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยซึ่งปรากฏศีล 5 ทางพระพุทธศาสนาในรูปความผิดต่อชีวิต ต่อทรัพย์สิน ความผิดทางเพศ หรือความผิดฐานฉ้อโกงหลอกลวง หรือในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็เต็มไปด้วยหลักศีลธรรม อาทิ หลักความซื่อสัตย์ การรักษาความสามัคคี หลักเมตตาธรรม หลักกระทำโดยสุจริตและหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เป็นต้น³⁴ การกระทำที่เป็นความผิดทางอาญาจะเป็นความผิดตามพระวินัยเสมอโดยมักจะผิดพระวินัยในส่วนโลกวัชชะ ซึ่งเป็นอาบัติที่ทางโลกติเตียน คือ บรรดาสิกขาบทที่ภิกษุต้องเข้าแล้วจะมีโทษทางพระธรรมวินัยและโทษอาญาด้วย เช่น การฆ่าผู้อื่น หรือการลักขโมย แต่บางกรณีอาจไม่เป็นความผิดทางอาญาก็ได้ แต่เมื่อภิกษุต้องเข้าแล้วทำให้ดูไม่เหมาะสม ทำให้ชาวบ้านติเตียน เช่น การดื่มสุรา การเสพเมถุน การฉันทอาหารในเวลาวิกาล เป็นต้น³⁵ ในหลักพระธรรมวินัยยังได้วางหลักการสำคัญไว้ คือ หลักมหาประเทส 4 ที่องค์สมเด็จพระสัมมาสัมพุทธเจ้าได้ตรัสให้คณะสงฆ์ไปปรับให้เหมาะสมกับกฎหมายบ้านเมืองที่ไปเผยแผ่ศาสนานั้น ก็เป็นเรื่องที่คณะสงฆ์ทุกฝ่ายหรือทุกนิกายใน

³² สมพร พรหมพิตร, *อาญาว่าด้วยอาญาบ้าน*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539), 35.

³³ สมเด็จพระพุทธโฆษาจารย์ (ป.อ.ปยุตโต), *นิติศาสตร์แนวพุทธ*, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2560), 30.

³⁴ จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561), 210.

³⁵ สมเด็จพระพุทธโฆษาจารย์, *การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุที่เป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา* (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลยุติธรรม, 2565), 87-88.

ประเทศไทยจะต้องมีการประชุมปรึกษาหารือหรือสังคายนาพระธรรมวินัยให้ถูกต้อง ไม่ให้มีการบิดเบือนจะอนุวัตตามบ้านเมืองอย่างไรบ้าง และขอให้ฝ่ายบ้านเมืองช่วยอุปถัมภ์คุ้มครองดูแล ส่วนในกรณีที่เป็นเรื่องโลกวัชชะ เช่น การดื่มสุรายาเสพติดเป็นอาจิณไมเคารพพระธรรมวินัย การขับรถ เป็นเรื่องที่ชาวบ้านเขาติเตียนและมีผลกระทบต่อศรัทธาของประชาชน แม้จะไม่ใช่อาบัติปาราชิก แต่กระทำผิดเป็นอาจิณไม่มีสัมมาสติ หากคณะสงฆ์เห็นว่าไม่สมควรให้ดำรงสมณเพศก็ให้ลาสิกขาออกเป็นระเบียบว่าพฤติกรรมเช่นใดควรให้ลาสิกขาแม้ไม่ใช่อาบัติปาราชิกก็ตาม

3.4 แนวคิดเรื่องหลักพระธรรมวินัยกับรัฐธรรมนูญ และกฎหมายบ้านเมือง

ความสัมพันธ์ด้านอำนาจ อำนาจตามกฎหมายบ้านเมืองที่คณะสงฆ์ไทยได้รับมาจากรัฐ มีมหาเถรสมาคมเป็นต้นเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 นี้ เป็นความสัมพันธ์เชิงหลักการแบ่งแยกอำนาจที่รัฐส่วนกลางมอบให้องค์กรคณะสงฆ์ซึ่งเปรียบเสมือนฝ่ายปกครอง แต่บทบาทที่สำคัญของคณะสงฆ์ทั้งหมดคือการรักษาพระธรรมวินัยเป็นสำคัญ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์นี้ยังมีประเด็นที่คาบเกี่ยวกับการทำให้พระธรรมวินัยที่พระพุทธเจ้าวางไว้คาดเคลื่อนไปมิใช่น้อย อันมาจากการออกคำสั่งหรือกฎหมายมหาเถรสมาคมดังกล่าว เช่น เรื่องการสละสมณเพศ เรื่องการห้ามอุปสมบทภิกษุณี เรื่องสิทธิและเสรีภาพการศึกษาทางโลกตามคำสั่งมหาเถรสมาคมที่ 1/2564 ที่ห้ามพระภิกษุสามเณรเรียนวิชาอย่างคฤหัสถ์ ตลอดเรื่องห้ามพระภิกษุสามเณรแสดงความคิดเห็นหรือมีส่วนร่วมทางการเมือง เป็นต้น ทั้งที่พระราชบัญญัติคณะสงฆ์เต็มไปด้วยการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องอันมาจากกฎหมายบ้านเมืองมาปะปนกับพระธรรมวินัย เมื่อซังน้ำหนักแล้วพระราชบัญญัติคณะสงฆ์มีค่าบังคับว่าเป็นกฎหมายโดยชอบ แต่หลักพระธรรมวินัยไม่มีค่าเป็นกฎหมายเป็นเพียงพุทธบัญญัติวางกรอบของพระภิกษุในการปฏิบัติเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มหาเถรสมาคมได้ออกกฎโดยอิงตามหลักพระธรรมวินัย เช่น การลงนิคหกรรม การปรับอาบัติ วิธระงับอธิกรณ์ เป็นต้น ฉะนั้น หลักพระธรรมวินัยกับกฎหมายบ้านเมืองดังกล่าว จึงไม่ได้แยกออกจากกัน แต่มีการนำหลักพระธรรมวินัยให้มีคุณค่าเป็นกฎหมาย จนมาตรการทางกฎหมายครอบงำหลักพระธรรมวินัย กลายเป็นว่ากฎหมายบ้านเมืองค่าบังคับเหนือกว่าพระธรรมวินัยอย่างเห็นได้ชัดดังที่ได้ยกตัวอย่างข้างต้น จนเป็นเหตุเข้าไปรุกรานแดนสิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนา คำสอนศาสนารวมทั้งสิทธิอื่น ๆ อันเนื่องมาจากอำนาจทางกฎหมายบ้านเมืองนั่นเอง

ความสัมพันธ์ในด้านอุปถัมภ์ การอุปถัมภ์ที่สำคัญ คือ การก่อตั้งสำนักงานพระพุทธศาสนาเพื่อสนองงานคณะสงฆ์ไทย สำนักงานพระพุทธศาสนาเป็นหน่วยงานไม่สังกัดกระทรวง เป็นการแบ่งส่วนราชการจากกรมการศาสนา สังกัดกระทรวงวัฒนธรรม เพื่อแบ่งภาระงานที่ให้ทั่วถึงอันเป็นประโยชน์แก่พระพุทธศาสนา การถวายเงินเดือนที่เป็นงบประมาณแผ่นดินแก่พระภิกษุพระสังฆาธิการตั้งแต่ผู้ช่วยเจ้าอาวาสขึ้นไปผ่านสำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ อุปถัมภ์การศึกษาคณะสงฆ์ จัดให้พระภิกษุเป็นพนักงานราชการแผนกการศึกษาตามพระราชบัญญัติการศึกษาพระปริยัติธรรม พ.ศ. 2562 การถวายนิติยภัตหรือเงินเดือนแก่พระภิกษุนี้ คำว่า “นิติยภัต” คือ ภัตตาหารที่ถวายประจำตามหลักพระพุทธศาสนา มิใช่เป็นการถวายเงินเช่นกับปัจจุบัน เหตุนี้จึงไม่สอดคล้องกับหลักพระธรรมวินัยที่ว่า ห้ามพระภิกษุยินดีรับเงินและทอง แต่ได้กำหนดให้ไวยวัจกรเป็นผู้ชวนขายดำเนินการแทน และเรื่องการพระราชทาน

สมณศักดิ์ยิ่งตอกย้ำว่าทำให้พระภิกษุเกิดอำนาจในการปกครองคณะสงฆ์โดยอ้างยิ่งกว่าพระราชกालการอุปถัมภ์เช่นนี้มีมาตั้งแต่อดีตปฐมกษัตริย์แห่งกรุงสุโขทัยจวบจนถึงปัจจุบัน การอุปถัมภ์เช่นนี้ทำให้นักบวชพุทธไทย คือ อาชีพแบบหนึ่งที่มีฐานันดรศักดิ์ อำนาจทางกฎหมาย มีเงินนิตยภัตรรายเดือน รับภาษีอุปถัมภ์กิจการศาสนาจากรัฐ และมีรายได้จากตลาดศรัทธาศาสนา แม้ไม่ใช่กับบวชทุกรูปที่มีที่เป็นเช่นนั้น แต่นั่นคือ “ระบบเส้นทาง” ไต่เต้าสู่ตำแหน่ง ยศศักดิ์ สถานะอำนาจที่สูงขึ้นในศาสนจักรของรัฐ ซึ่งเป็นเส้นทางความก้าวหน้าในอาชีพนี้ ไม่ต่างจากอาชีพราชการทางโลก³⁶

พระวินัยบัญญัติและกฎหมายบ้านเมือง และหน้าที่หรืออีกนัยหนึ่ง เสรีภาพ ก็คือ สิทธิที่จะทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดได้ ซึ่งเห็นว่าจำเป็นหรือเป็นประโยชน์ในการปฏิบัติให้ต้องด้วยพระวินัยและตัวกฎหมาย และตามหน้าที่ การที่ต้องบทกฎหมายขึ้นในชุมชนคนต่าง ๆ ก็เพื่อให้เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนั้นให้ได้³⁷ พระภิกษุผู้อยู่ใต้พระวินัย ได้กฎหมายและหน้าที่ของตนนั้นแหละ เป็นผู้ที่มีเสรีภาพโดยแท้ เพราะว่าพระวินัย กฎหมายและหน้าที่นั้น เกิดจากการแลกเปลี่ยนกับเสรีภาพนั่นเอง³⁸ ฉะนั้น สิทธิและเสรีภาพกับพระธรรมวินัยจึงต้องเป็นไปให้สอดคล้องและไม่ขัดแย้งกัน ยิ่งในกฎพระสงฆ์ 10 ฉบับ อันหมายถึงกฎหมายที่มีค่าบังคับเพื่อให้พระสงฆ์ปฏิบัติถูกต้องตามพระธรรมวินัย การนำหลักสิทธิและเสรีภาพมาปรับใช้กับหลักพระธรรมวินัยไม่สามารถเป็นไปได้ทั้งหมด เพื่อให้เกิดคุณค่าในแง่ศาสนาเชิงปฏิบัติควบไปกับกฎหมายบ้านเมือง คือ ปรับหลักพระธรรมวินัยกับกฎหมายบ้านเมืองให้สอดคล้องกัน โดยใช้หลักอย่างหนึ่งว่า “นิติศาสตร์เชิงคุณค่า” (Legal Science of Values) หมายความว่า การบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลงที่มีอยู่เดิมให้ดีขึ้น³⁹

4. ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในต่างประเทศ

การศึกษาในหัวข้อนี้เป็นการค้นคว้าเปรียบเทียบบริบททางสังคม หลักพระธรรมวินัย รัฐธรรมนูญกฎหมายบ้านเมืองที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุ 2 ประเทศ ได้แก่ ประเทศพม่า และประเทศศรีลังกา ซึ่งเป็นพระพุทธศาสนาเถรวาทและให้ความสำคัญกับพุทธศาสนาเช่นเดียวกับประเทศไทยโดยจำแนกอธิบายได้ ดังนี้

4.1 ประเทศพม่า

(1) สิทธิทางการเมือง พระภิกษุในพม่าไม่มีสิทธิในการเลือกตั้ง ตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2008 ของสหภาพพม่า มาตรา 392 กำหนดว่า “บุคคลดังต่อไปนี้ไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนน A. สมาชิกของคณะสงฆ์ ...” จากรัฐธรรมนูญสหภาพพม่า มีกำหนดการจำกัดสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งสมาชิกของศาสนา ซึ่งโดยทั่วไปจะหมายถึง พระภิกษุและภิกษุณีในพระพุทธศาสนา รวมถึงนักบวชศาสนาอื่นด้วย แม้ในรัฐธรรมนูญของพม่า ค.ศ. 1974 มาตรา 178 (A) ก็เคยกำหนดไว้เช่นเดียวกันว่า สมาชิกของ

³⁶ สุรพจน์ ทวีศักดิ์, “นักบวชคืออาชีพ,” สืบค้นเมื่อ 11 มีนาคม 2568, <https://prachatai.com/journal/2022/04/98037>.

³⁷ ศิริธรรม, *การปกครองคณะสงฆ์ แต่ยุคโบราณถึงยุคปัจจุบัน ภาค 1* (พระนคร: สำนักงาน ส.ธรรมศักดิ์, 2476), 51.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, 52.

³⁹ สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), 53.

คณะสงฆ์” (Members of Religious Orders) ไม่มีสิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ในพม่าเองเรื่องสิทธิการเลือกตั้งในทางปฏิบัติเป็นสิทธิที่เปิดเจรจากันได้ ซึ่งสมาชิกที่ได้รับการบวชของคริสตจักรคาทอลิกถูกเพิกถอนการเลือกตั้ง อุลมาของศาสนาอิสลามได้รับสิทธิในการออกเสียง และนักบวชของนิกายโปรเตสแตนต์ อีแวนเจลิคัลและแบปติสต์ บางครั้งก็มีสิทธิ บางครั้งก็ไม่มีสิทธิ⁴⁰ เฉพาะนักบวชในศาสนาอื่นที่ไม่ใช่พระพุทธศาสนาเท่านั้น หมายความว่าพระภิกษุ สามเณร ภิกษุณี แม้ซี ไม่มีสิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งอีกประการหนึ่ง พระภิกษุในประเทศพม่าเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมืองไม่ว่าด้านแสดงความคิดเห็นการชุมนุมประท้วงรัฐบาลเพื่อยกพระพุทธศาสนาให้เป็นศาสนาประจำชาติเหมือนสมัยนายกอนูอีกครั้ง อย่างไรก็ตาม ทหารเข้ามามีบทบาททางการเมืองมากขึ้น จึงยังไม่ใช่ประชาธิปไตยเต็มตัว เนื่องจากทหารเข้ามาเป็นรัฐบาลเป็นระยะเวลาหนึ่ง ทำให้พระภิกษุบางรูปที่ต่อต้านถูกทำร้ายหรือโดนสังหารหากแสดงความคิดเห็นในด้านลบแก่รัฐบาล เช่น ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสถานการณ์ฉุกเฉิน ค.ศ. 1950 กำหนดไว้ว่า “ผู้ใดละเมิดหรือล่อลวงละเมิดความซื่อสัตย์ สุจริต ความประพฤติ และความเคารพขององค์กรทหารของรัฐ และพนักงานของรัฐที่มีต่อรัฐบาล หรือก่อให้เกิดหรือตั้งใจที่เผยแพร่ข่าวเท็จเกี่ยวกับรัฐบาล หรือก่อให้เกิดหรือตั้งใจที่จะทำลายศีลธรรมหรือพฤติกรรมของกลุ่มคนหรือประชาชนทั่วไป จะต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี” พระภิกษุจากมณฑลเลยได้เขียนบทความเกี่ยวกับคำสอนทางพระพุทธศาสนาที่ไม่ใช่ความรุนแรงซึ่งกระทบต่อรัฐบาล จึงถูกรัฐบาลนำโดยพลเอกเนวินฟ่องและพระภิกษุจึงถูกศาลตัดสินจำคุก 3 ปี⁴¹ ทำให้เห็นว่าเสรีภาพทางวิชาการและเสรีภาพทางศาสนาถูกจำกัดลงอันมาจากการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองโดยอิงเข้าหลักศาสนา แม้กระทั่งการอุปสมบทหรือการแต่งตั้งเจ้าอาวาสก็ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลทหารก่อน กลายเป็นว่าพระภิกษุถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง

(2) สิทธิในการอุปสมบทภิกษุณี ในศตวรรษที่ 13 พุทธศาสนาเถรวาทในประเทศพม่าได้ภิกษุณี ภายหลังได้สาบสูญไปแล้วซึ่งเหมือนกับประเทศไทย แต่สิทธิการบวชของสตรีในพระพุทธศาสนาในปัจจุบันพม่าไม่มีภิกษุณีแล้วแต่ยังให้บวชเป็นแม่ชีเทียบได้กับนักบวช แม้กฎหมายพม่าก็ไม่ได้บัญญัติห้ามว่าไม่ให้มีการอุปสมบทภิกษุณี คณะสงฆ์พม่าก็ไม่สามารถบริหารและปกครองภิกษุณีได้ทั่วถึง จึงให้มีเพียง “ตีละฉิ่น” “ဝိလူရှင်” แทนภิกษุณี ซึ่งตีละฉิ่นส่วนใหญ่จะบวชตลอดชีวิต⁴² ซี หรือ ตีละฉิ่นที่เนินเขาสกาย ที่ถือศีล 8 และเน้นด้านปริยัติ จะใช้สบงสีส้ม เสื้อคอกลม ผ้าหน้าสีชมพู ผ้าคลุมยาวสีชมพู ผ้าพาดบาสีน้ำตาลอ่อน ส่วนตีละฉิ่นที่ถือศีล 10 ที่เคร่งด้านการปฏิบัติ และมีอายุพรรษาในการบวช 5-10 ปีขึ้นไป ใช้ผ้าสีน้ำตาล โดยนุ่งสบง และใช้ผ้าพาดบาสีน้ำตาลเข้มและสวมเสื้อสีน้ำตาลอ่อน ตีละฉิ่นส่วนใหญ่ในสกายจะเป็นตีละฉิ่นที่ถือศีล 8 ใช้สีชมพู นอกจากเครื่องแต่งกายชุดซีแล้ว ตีละฉิ่นแต่ละคน

⁴⁰ Tom Ginsburg and Benjamin Schonthal, *Buddhism and Comparative Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2023), 204.

⁴¹ Peter Gutter, “Law and Religion in Burma,” *Legal Issues on Burma Journal* 8 (April 2001): 8.

⁴² ปาริชาติ สุวรรณบุบผา, รายงานผลการวิจัย เรื่องแม่ชีกับภารกิจทางการศึกษาในประเทศไทย (สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ สำนักนายกรัฐมนตรี, 2544), 18-20 อ้างถึงใน นงศ์พาง เจริญสุขมงคล, “สิทธิสตรีไทยภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน : สิทธิการบวชในพระพุทธศาสนา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), 155.

จะมีเครื่องบริขารที่จำเป็น เช่น รองเท้าแตะ มีดโกน ร่ม หีบ ประคำ และถาดรับอาหาร⁴³ จะอยู่ภายใต้การดูแลของเถรสมาคมหรือคณะสังฆมทนายกะ วัดซีมีรูปแบบเป็น 2 ลักษณะ ลักษณะหนึ่งเป็นวัดเอกเทศ มีการปกครองโดยชีด้วยตนเอง อีกลักษณะหนึ่งเป็นวัดที่อยู่ภายใต้การดูแลของวัดสงฆ์⁴⁴ แม้ภิกษุในพม่าจะสาบสูญไปแล้วก็ตาม แต่ยังคงให้ความสำคัญกับสิทธิสตรีในการใช้เสรีภาพทางศาสนาอย่างเท่าเทียมเท่าที่จะเป็นไปได้ คือ ยังมีที่ดินที่เป็นแม่ชีมีลักษณะคล้ายสามเณรีแทนภิกษุณี (ซึ่งบางคนอาจเข้าใจผิดว่าเป็นภิกษุณี) เพื่อให้สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญพม่า มาตรา 34 ดังกล่าว และประกอบกับประเทศพม่าให้ยกสถานะพระพุทธศาสนาเป็นศาสนาที่คนส่วนใหญ่นับถือ ตามมาตรา 361 ที่กำหนดว่า “สหภาพตระหนักถึงจุดยืนพิเศษของพุทธศาสนาว่าเป็นความศรัทธาที่พลเมืองส่วนใหญ่ของสหภาพนับถือ”

(3) สิทธิทางการศึกษา พระภิกษุในพม่าจะศึกษาจากพระสูตรตันตปิฎก พระวินัยปิฎก และพระอภิธรรมปิฎก และทำการสอบทั้งข้อเขียนและบรรยาย ซึ่งคล้ายกับหลักสูตรนักธรรมและบาลีของคณะสงฆ์ไทย ต่างกันที่คณะสงฆ์ไทยไม่มีข้อสอบบรรยาย ยังมีรัฐบัญญัติส่งเสริมศาสนาของรัฐ ค.ศ. 1961 (พ.ศ. 2504) ได้กำหนดการคุ้มครองพระพุทธศาสนาและส่งเสริมการสอนวิชาพระพุทธศาสนาในโรงเรียน และรัฐบัญญัติมหาวิทยาลัยพระพุทธศาสนาเถรวาทนานาชาติ ค.ศ. 2018 จัดตั้งขึ้นโดยสภาสันติภาพและพัฒนาแห่งชาติ พระภิกษุในประเทศพม่าจะไม่ถูกกีดกันทางการศึกษาทางโลก และไม่พบกฎหมายที่จำกัดสิทธิในการศึกษาของพระภิกษุ

(4) สิทธิในการประกอบอาชีพ โดยหลักพระภิกษุไม่สามารถประกอบอาชีพได้ ช่วงปี ค.ศ. 1980 อยู่ในการควบคุมของรัฐบาลทหาร พลเอกเนวิน พระภิกษุในพม่าได้เป็นผู้พิพากษาศาลสงฆ์เสียเอง พลเอกเนวินพยายามจะออกกฎหมายให้พระภิกษุปฏิบัติตามพระวินัยตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 แต่เกิดความล้มเหลวในช่วงแรก ๆ ของการปกครองโดยพลเอกเนวิน คณะรัฐประหาร กระทั่งในปี ค.ศ. 1980 ได้ออกกฎหมายบังคับใช้เฉพาะเพื่อจัดการกับคดีพระวินัยได้ถูกมาใช้ในระดับชาติ⁴⁵ ด้วยการจัดตั้งระบบศาลของรัฐในพระพุทธศาสนา (วินิจฉัย) ศาลมีอำนาจเด็ดขาดในประเด็นทางหลักคำสอนและประกอบกับวัฒนธรรมทางกฎหมายของพระพุทธศาสนา พระภิกษุอาจถูกกล่าวหาปฏิบัตินอกรีต (อธรรม) และประพฤติดิฉันในวิชาชีพนอกวินัย (อวินัย) ภายใต้เขตอำนาจของศาลมหานะ (ค.ศ. 1981-2017) มี 21 คดีถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการวินัยของรัฐ โดย 3 คดีเกี่ยวกับการประพฤติดิฉันของพระภิกษุ และถูกกล่าวหาว่าบิดเบือนคำสอนทางพระพุทธศาสนา⁴⁶ (คดีอาญา No.811/2012) โดยตราพระราชบัญญัติวินิจฉัยฐานะ ค.ศ. 1949 จัดตั้งศาลสงฆ์กระจายไปยังเมืองต่าง ๆ ศาลแห่งนี้มีหน้าที่ในการตัดสินคดีความระหว่างพระภิกษุและระหว่างศาสนสถานแต่ไม่รวมถึงคดีฆาตกรรม ส่วนมากผู้พิพากษาคือพระสังฆราช แต่บางคดีจะถูกโอนไปยังศาลของรัฐเนื่องจากเกินวิสัยที่พระภิกษุจะตัดสินเองได้ อย่างไรก็ตาม พระภิกษุยังขาดการศึกษาเรื่องกฎหมาย การให้อำนาจแก่คณะสงฆ์ใช้อำนาจตุลาการจึงไม่ประสบความสำเร็จ

⁴³ สมบูรณ์ บุญฤทธิ์, บุญหนา จิมาวัน และไฉไลฤดี ยวนะศิริ, “ศีลฉันทน์ : ชีแห่งเมืองสกาย ประเทศสหภาพเมียนมาร์,” สืบค้นเมื่อ 2 ตุลาคม 2568, <https://www.mcu.ac.th/article/detail/14304>.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁵ Tom Ginsburg and Benjamin Schonthal, *Buddhism and Comparative Constitutional Law*, 201.

⁴⁶ Ibid, 207.

สิ่งเหล่านี้คือการที่รัฐมอบอำนาจให้แก่พระภิกษุจนเกิดหน้าที่ไม่ว่าด้านปกครอง แต่กฎหมายแห่งรัฐยังคงไม่ให้พระภิกษุประกอบอาชีพเพื่อแสวงหาเงินและทอง

(5) สิทธิในทางทรัพย์สิน ไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจนที่บังคับแก่พระภิกษุ จึงต้องปฏิบัติตามพระธรรมวินัย คือ ต้องมีไวยาวัจกรผู้คอยขวนขวายในการจัดการทรัพย์สิน เพื่อหลีกเลี่ยงการต้องอาบัตินิสสัคคียปาจิตตีย์ อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่ว่าพระภิกษุทุกรูปจะมีไวยาวัจกรเป็นผู้คอยดูแล จำเป็นที่พระภิกษุต้องดำเนินการเองเกี่ยวกับทรัพย์สิน แม้จะละเมิดหลักพระธรรมวินัยแต่ก็ไม่ถึงขั้นอาบัติปาราชิก สามารถที่จะแสดงอาบัติเพื่อความเป็นสุจริตได้ ในกรณีการรับมรดกขณะที่อุปสมบทเป็นพระภิกษุอยู่จะถูกตัดสิทธิในการรับมรดก แต่ไม่ตัดสิทธิในการรับพินัยกรรม กรณีพระภิกษุในประเทศพม่าจะเหมือนกับพระภิกษุในประเทศไทยที่กฎหมายกำหนดให้พระภิกษุไม่มีสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม แต่พระภิกษุสามารถรับพินัยกรรมได้ สาธารณรัฐแห่งสหภาพพม่ามีบทบัญญัติว่าด้วยมรดกของพระภิกษุไว้โดยเฉพาะ คือ The Burmese Buddhist Law Concerning Inheritance and Marriage ปรากฏในบท 25 ว่าด้วยการแบ่งมรดกของพระภิกษุ ตามกฎหมายว่าด้วยการแบ่งมรดกของพระภิกษุ มีการอ้างอิงถึงพระธรรมวินัยว่า ทรัพย์สินของพระภิกษุที่สามารถสืบทอดได้มีอยู่ 3 ชนิด ได้แก่ 1.บาตร และจีวร 2.ทรัพย์สินที่เป็นลหุภัณฑ์ 3.ทรัพย์สินที่เป็นครุภัณฑ์ โดยมีทายาทผู้สืบทอดมรดกของพระภิกษุอยู่ 3 ประเภท ได้แก่ 1.ผู้ปรนนิบัติพระภิกษุในระหว่างอาพาธ 2.บรรดาพระภิกษุผู้จำวัดอยู่ในวัดเดียวกับพระภิกษุที่มรณภาพหรืออยู่ร่วมกับพระภิกษุผู้นั้น 3.พระภิกษุรูปอื่น ๆ โดยทั่วไป ซึ่งกรณีที่พระภิกษุมรณภาพ บรรดาลูกศิษย์ของพระภิกษุรูปนั้นเป็นผู้รับมรดกในทรัพย์สิน เฉกเช่นเดียวกับกรณีที่บุตรชายรับมรดกของบิดาของตน⁴⁷ แต่ในทางตรงกันข้ามพระภิกษุที่อุปสมบทจะถูกตัดสิทธิจากการรับมรดกของทายาทที่เป็นฆราวาส แต่ไม่ตัดสิทธิในการรับพินัยกรรม

4.2 ประเทศศรีลังกา

ระบบการปกครองคณะสงฆ์ในประเทศศรีลังกายังไม่ถือเป็นระบบราชการแบบไทยหรือพม่า เนื่องจากไม่มีกฎหมายจัดระเบียบทางคณะสงฆ์อย่างเป็นทางการ จึงทำให้พระภิกษุในประเทศศรีลังกามีสิทธิและเสรีภาพอย่างมาก ดังนี้

(1) สิทธิทางการเมือง พระภิกษุในประเทศศรีลังกาไม่มีกฎหมายห้ามพระภิกษุใช้สิทธิเลือกตั้ง พระภิกษุยังมีสิทธิทางการเมืองเช่นเดียวกับฆราวาส ท่านมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มีส่วนเกี่ยวข้องกับการเมืองได้เท่ากับฆราวาส ท่านสามารถมีพรรคการเมืองของท่านได้เช่นเดียวกัน สามารถสนับสนุนหรือคัดค้านใครก็ได้ รวมทั้งมีสิทธิในการวิพากษ์วิจารณ์หรือคัดค้านรัฐบาลได้เช่นเดียวกัน และยังสามารถชักชวนประชาชนให้เลือกหรือไม่เลือกผู้แทนคนใดก็ได้ ต่างจากพระภิกษุในประเทศไทยที่ไม่มีสิทธิทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นการเลือกตั้ง การลงประชามติ การแสดงความคิดเห็นทางการเมือง

⁴⁷ U GAUNG, *Translation of a Digest of the Burmese Buddhist Law Concerning Inheritance and Marriage* (Vol 1, The Superintendent, Government Printing, 1902), 447. อ้างถึงใน นรา ถิ่นนัยธร, “สิทธิทางทรัพย์สินของพระภิกษุในพระพุทธศาสนา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาอุษภูมบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564), 163-164.

ว่าด้วยสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งของพระภิกษุในประเทศศรีลังกา ในอดีตว่าพระภิกษุได้เข้ามามีบทบาททางการเมือง เช่น การไกล่เกลี่ยกรณีพิพาทระหว่างผู้นำทางการเมือง โดยพระโคธกัซตะติสสะเถระสามารถยุติสงครามกลางเมืองระหว่างพระเจ้าวัฏฏคามนีอภัยกับแม่ทัพของพระองค์ การเป็นที่ปรึกษาของกษัตริย์ เนื่องจากต้องอบรมสั่งสอนบรรดาเจ้าชายต่าง ๆ ซึ่งเมื่อขึ้นมาเป็นกษัตริย์ บรรดาภิกษุเหล่านี้ได้กลายเป็นพระราชครู ถวายคำแนะนำแก่กษัตริย์ และการเลือกตั้งพระมหากษัตริย์ เป็นต้น ปัจจุบันพระสงฆ์ในศรีลังกามีอิทธิพลทางการเมืองเป็นอย่างมาก นอกจากเป็นที่ปรึกษาของรัฐบาลแล้ว พระสงฆ์ยังมีสิทธิทางการเมืองเช่นเดียวกับฆราวาส ท่านมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มีส่วนเกี่ยวข้องกับการเมืองได้เท่ากับฆราวาส ท่านสามารถมีพรรคการเมืองของท่านได้เช่นเดียวกัน สามารถสนับสนุนหรือคัดค้านใครก็ได้ รวมทั้งมีสิทธิในการวิพากษ์วิจารณ์หรือคัดค้านรัฐบาลได้เช่นเดียวกัน และยังสามารถชักชวนประชาชนให้เลือกหรือไม่เลือกผู้แทนคนใดก็ได้ เพราะท่านมีอิทธิพลเหนือประชาชนในด้านจิตใจ ทั้งยังมีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งผู้แทนราษฎรอีกด้วย เนื่องจากรัฐธรรมนูญของศรีลังการะบุไว้ว่า “ทุกคนบนผืนเกาะลังกามีสิทธิเท่าเทียม” จึงเปิดช่องให้พระภิกษุผู้มีการศึกษาเข้าไปมีส่วนร่วมกิจกรรมทางการเมือง และมีการตั้งพรรคการเมืองของพระสงฆ์ คือ Jatika Hela Urumaya แปลว่า พรรคอนุรักษชาติสิงหล⁴⁸ สิทธิเหล่านี้เป็นการเสริมบทบาทความหลากหลายให้กับพระภิกษุไม่มากนักน้อย การที่พระภิกษุตั้งพรรคการเมืองได้หมายความว่า ขัดต่อวิสัยที่พระภิกษุกระทำได้ เนื่องจากพระภิกษุเป็นผู้ออกจากเรือนไม้เกี่ยวข้องกับเรือน การเป็นผู้แทนราษฎรถือว่าเป็นงานทางการเมืองของรัฐ หลักพระธรรมวินัยก่อนอุปสมบทต้องยืนยันสถานะว่าไม่ใช่ราชการหรือทำงานเกี่ยวกับทางรัฐ แม้อยู่ในสถานะเป็นพระภิกษุก็ไม่ควรทำงานหรือเป็นข้าราชการของรัฐ

(2) สิทธิในการอุปสมบทภิกษุณี สิทธิสตรีในการบวชภิกษุณี ในปัจจุบันศรีลังกา ยังปรากฏภิกษุณี สืบเนื่องมาจากรัฐได้ก่อตั้ง “สหภาพทศศีลมาตา” (The All Sri Lanka Union of Dasasil Mata) อนุญาตให้ทศศีลมาตาลงทะเบียนและออกบัตรประจำตัวเป็นหลักฐานให้ พิจารณาแล้วสถานะของทศศีลมาตาในศรีลังกายังสูงกว่าอุบาสีการธรรมดา⁴⁹ ส่วนการจัดตั้งภิกษุณีสงฆ์ เริ่มมีครั้งแรกประมาณศตวรรษที่ 3 โดยภิกษุณีสังฆมิตตาเป็นผู้นำพระพุทธศาสนามาประดิษฐาน ณ ศรีลังกา แต่ก็สาบสูญไปในภายหลัง แต่ช่วงปี พ.ศ. 2531 ได้เกิดภิกษุณีสงฆ์ศรีลังกา อันมาจากทศศีลมาตา 11 รูป เดินทางไปพิธีอุปสมบทนานาชาติที่จัดขึ้นที่วัดซีโหล ลอสแอนเจลิส สหรัฐอเมริกา แต่ได้อุปสมบทเป็นภิกษุณีเพียง 5 รูป เพราะขาดการเตรียมตัวในเรื่องการอุปสมบท⁵⁰ ภายหลังได้มีการฟื้นฟูภิกษุณีให้สอดคล้องกับหลักพระธรรมวินัยแบบเถรวาท ในวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1998 ได้มีการอุปสมบทภิกษุณีนานาชาติ ที่พุทธคยา ประเทศอินเดีย มีทศศีลมาตาจากศรีลังกาอุปสมบท 20 รูป โดยมีพระภิกษุชั้นผู้ใหญ่จากประเทศศรีลังการ่วมอยู่

⁴⁸ พระมหาพจน์ สุวโจ, *ลังกามาร กรณีพระสงฆ์ศรีลังกาเล่นการเมือง*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (นครปฐม: สำนักพิมพ์สาละ, 2553), 209.

⁴⁹ ปาริชาติ สุวรรณบุผา, *รายงานผลการวิจัย เรื่องแม่ชีกับภารกิจทางการศึกษาในประเทศไทย*, 15.

⁵⁰ นงค์พาง เจริญสุขมงคล, “สิทธิสตรีไทยภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน : สิทธิการบวชในพระพุทธศาสนา,” 150.

ด้วยประมาณ 15 รูป ซึ่งการบวชครั้งนี้เป็นตามขั้นตอนของเถรวัตร⁵¹ ศรีลังกายังถือว่าให้สิทธิสตรีในการอุปสมบทเช่นกันกับชายที่บวชเป็นภิกษุเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมตามมาตรา 12 แห่งรัฐธรรมนูญของศรีลังกา หลังจากนั้นภิกษุณีศรีลังกาได้รับลงทะเบียนภายใต้คณะกรรมการภิกษุณีแห่งศรีลังกาและมีใบสุทธิบรรณรับรองอย่างเป็นทางการ (formal identity)⁵² อย่างไรก็ตาม ยังมีปัญหาเรื่องการออกบัตรประจำตัวภิกษุณี ในปี พ.ศ. 2556 ภิกษุณีธัมมทินนาได้ยื่นคำร้องต่อกรมทะเบียนราษฎร (DRP) เพื่อต่ออายุบัตรประจำตัวประชาชนโดยใช้ชื่ออุปสมบทในตำแหน่งภิกษุณี แต่เจ้าหน้าที่กรมทะเบียนราษฎรออกบัตรประจำตัวประชาชนในตำแหน่งทศศีลมาตาซึ่งเป็นชื่อเรียกสตรีที่ไม่ได้อุปสมบทในศรีลังกา และคล้ายกับแม่ชีในประเทศไทย หรือ ตีละฉินในประเทศพม่า ทศศีลมาตาดำรงชีวิตคล้ายพระภิกษุ และเป็นผู้รักษาศีล 10 แต่ภิกษุณี ถือศีล 311 ข้อ ตามพระวินัย⁵³ ทำให้ภิกษุณีธัมมทินนา ยื่นคำร้องต่อศาลสูงสุดแห่งศรีลังกาเพื่อเรียกสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยร้องว่าการที่เจ้าหน้าที่กรมทะเบียนราษฎรไม่รับรองภิกษุณีในการออกบัตรประชาชนเป็นการละเมิดสิทธิในความเท่าเทียมตามกฎหมายซึ่งได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 12(1) แห่งรัฐธรรมนูญศรีลังกา⁵⁴ ซึ่งปัจจุบันอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลสูงสุด (SD(FR)28/2013)

(3) สิทธิทางการศึกษา ไม่มีกฎหมายห้ามพระภิกษุศึกษาทางโลกอย่างชัดเจน แต่ขึ้นอยู่กับกรณีที่มีข้อพิพาทและคำพิพากษาของศาลที่วางบรรทัดฐาน การศึกษาคณะสงฆ์ศรีลังกาแบ่งเป็น 3 ระบบ กล่าวคือ 1) หลักสูตรปริเวณ เปิดสอนสำหรับพระเถรหรือเด็กชายทั่วไปเหมือนโรงเรียนสามัญ เพียงเพิ่มภาษาบาลีและสันสกฤตเข้ามา 2) หลักสูตรสำหรับวิทายาธิปริเวณและวิทยาลัยการ เน้นภาษาบาลี สันสกฤต และคัมภีร์สำคัญทางพระพุทธศาสนา 3) หลักสูตรสมาคมศึกษาภาษาตะวันออกแห่งประเทศไทยศรีลังกา โดยมีข้อสอบที่ออกโดยกระทรวงศึกษาธิการเปิดโอกาสให้ทุกคนเข้าสอบได้ไม่จำกัดเพศและศาสนา⁵⁵ สำหรับพระภิกษุสามเณรผู้ประสงค์จะเรียนในสถาบันต่าง ๆ ย่อมเรียนได้เท่าเทียมกับคฤหัสถ์ทั่วไป รัฐบาลและคณะสงฆ์ไม่ห้ามและไม่ตัดสิทธิ์แต่อย่างใด⁵⁶ การที่คณะสงฆ์ศรีลังกาไม่จำกัดสิทธิของพระสงฆ์ในด้านการศึกษา ทำให้พระสงฆ์มีโอกาสเข้าศึกษาในสถาบันทางโลกทุก ๆ สถาบัน จึงส่งผลให้พระสงฆ์มีความรู้และความสามารถเท่าเทียมกับฆราวาสในวิชาการทางโลก ซึ่งมีส่วนช่วยให้พระสงฆ์มีความสามารถในการถ่ายทอดธรรมะได้อย่างมีประสิทธิภาพ การที่พระสงฆ์มีการศึกษาสูงทำให้ท่านได้ทำหน้าที่เกี่ยวกับการศึกษาด้วย โดยเป็นผู้จัดการโรงเรียนจำนวนมาก เป็นอาจารย์สอนตามโรงเรียนต่าง ๆ และท่านมีสิทธิได้รับเงินเดือนตามวุฒิของท่าน เช่นเดียวกับฆราวาส นอกจากท่านเป็นครูในโรงเรียนแล้ว ท่านยังทำหน้าที่เป็นครูพิเศษ กวดวิชาเฉพาะให้นักเรียนที่ยังอ่อน กล่าวได้ว่าพระสงฆ์ในศรีลังกามีส่วนช่วยอุปการะด้านการศึกษาทั้งทางศาสนาและทางโลกเป็นอย่างมาก สิ่งเหล่านี้ล้วนนำมาประยุกต์ใช้ให้สอดคล้องกันจนไม่เกินขอบเขตของหลักพระธรรมวินัย ในกรณีนี้มติดเกี่ยวกับการรับพระภิกษุเข้าศึกษา

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, 151.

⁵² เรื่องเดียวกัน.

⁵³ Benjamin Schonthal, "Litigating Vinaya : Buddhist Law and Public Law in Contemporary Sri Lanka" *Buddhism Law and Society-Final* 3 (2018): 1-43, 18.

⁵⁴ Ibid, 19.

⁵⁵ Ibid, 208.

⁵⁶ ชูศักดิ์ ทิพย์เกสร, *พระพุทธศาสนาในศรีลังกา*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (เซน ปรีณัตติง, 2551), 91.

ตัวอย่างเช่นเคยมีคดีเกี่ยวกับพระภิกษุสมณะที่จบการศึกษาจากมหาวิทยาลัยแห่งชาติได้เข้าสมัครเรียนเนติบัณฑิต โดยคำร้องของพระสมณะถูกคัดค้านโดยชาวพุทธจำนวนหนึ่ง ซึ่งยืนยันว่าการกระทำของพระสงฆ์ขัดต่อหลักพระธรรมวินัยและจารีตประเพณีของชาวพุทธ และการอนุญาตเช่นนี้ รัฐจะละเมิดพันธกรณีตามรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองพระพุทธศาสนา เพื่อสนับสนุนพระสงฆ์ที่จะเข้าศึกษาในเนติบัณฑิต ผู้นำของคณะสงฆ์ของพระสมณะและศาสตราจารย์ด้านพระพุทธศาสนาที่มีชื่อเสียงได้แย้งว่าไม่มีบทบัญญัติในพระธรรมวินัยห้ามไม่ให้พระสงฆ์เป็นทนายความ จึงทำให้ศาลฎีกาที่มีผู้พิพากษาห้าคนในการพิจารณาเห็นพ้องเสียงว่าควรอนุญาตตามคำร้องของพระสมณะ แต่ผู้พิพากษาอีกหนึ่งคนไม่เห็นด้วยกับการอนุญาต⁵⁷ จึงทำให้เห็นว่าพระภิกษุในประเทศศรีลังกาสามารถศึกษากฎหมายในสถาบันเนติบัณฑิตได้

(4) สิทธิในการประกอบอาชีพ มีการพยายามเสนอร่างรัฐบัญญัติภิกษุเถรวาทกติกาวัตร (Theravadi Bhikku Kathikawath Bill) ในปี ค.ศ. 2016 โดยกำหนดมาตรการในการควบคุมพระภิกษุให้อยู่ในกรอบหลักพระธรรมวินัย พระมหาเถระทั้ง 3 นิกาย คือ อมรปุรณิกาย สยามนิกาย รามัญนิกาย จะออกข้อบังคับได้ ในมาตรา 2 (3) D ได้เสนอข้อกำหนดเกี่ยวกับประมวลจริยธรรมและพระวินัยที่พระภิกษุต้องถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด โดยห้ามการมีส่วนร่วมหรือดำเนินการปฏิบัติที่ลึกลับหรือกิจกรรมที่คล้ายคลึงกัน และเผยแพร่กิจกรรมดังกล่าว ห้ามการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมการค้าหรือทางธุรกิจ การขอใบอนุญาตขับขี่ยานยนต์และการขับขี่ยานพาหนะ การประกอบอาชีพใด ๆ ในภาครัฐหรือเอกชน นอกจากด้านการศึกษา บริการสังคม หรือกิจการศาสนา ทั้งห้ามการทำกิจกรรมอันไม่เหมาะสมสำหรับพระภิกษุในลักษณะที่ขัดต่อพระวินัยในที่สาธารณะ แต่ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากศาลสูงสุดแห่งศรีลังกาได้พิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวว่ามีเนื้อหาขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยส่วนมาก

(5) สิทธิในทางทรัพย์สิน กฎหมายควบคุมทรัพย์สินของวัดพุทธ หรือเรียกว่า กฎบัญญัติทรัพย์สินทางวัดพุทธ (Buddhist Temporalities Ordinance) ค.ศ. 1931 เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับการจัดการและการใช้ทรัพย์สินวัด อย่างไรก็ตาม ในประเทศศรีลังกาไม่มีการจำกัดสิทธิเกี่ยวกับพระภิกษุเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือมรดก ในมาตรา 20 แห่งกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางวัดพุทธนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับพระภิกษุที่รับการอุทิศถวายสิ่งของจากฆราวาสได้ ทั้งยังสามารถใช้สอยทรัพย์สินนั้น ๆ ได้ด้วยตนเอง อันหมายความว่ารวมถึงการได้ทรัพย์สินมาโดยการรับมรดกในระหว่างอุปสมบทด้วย กระทั่งรับมรดกได้ เช่นฆราวาส แม้จะขัดต่อหลักพระธรรมวินัยในการห้ามพระภิกษุยินดีการรับเงินและทองเพื่อส่วนตัวหรือผู้อื่นก็ตาม เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดข้อจำกัดเรื่องทรัพย์สินหรือมรดกของพระภิกษุย่อมก่อให้เกิดความต้องการทรัพย์สินไม่ตัดขาดจากทางโลก

⁵⁷ Rebecca Redwood French and Mark Nathan, *Buddhism and Law* (Cambridge University Press, 2014), 163.

5. สิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในราชอาณาจักรไทย

5.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุ

5.1.1 กฎหมายที่คุ้มครอง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สิทธิในการเป็นพยาน มาตรา 106/1 “ห้ามมิให้ออกหมายเรียกพยานดังต่อไปนี้ (2) พระภิกษุและสามเณรในพุทธศาสนา ไม่ว่าในกรณีใด ๆ...

ในกรณีตาม (2) และ (3) ให้ศาลหรือผู้พิพากษาที่รับมอบ หรือศาลที่ได้รับแต่งตั้งออกคำบอกกล่าวว่าจะสืบพยานนั้น ณ สถานที่และวันเวลาใดแทนการออกหมายเรียก โดยในกรณีตาม (2) ให้ส่งไปยังพยาน ส่วนตาม (3) ให้ส่งคำบอกกล่าวไปยังสำนักงานศาลยุติธรรมเพื่อดำเนินการตามบทบัญญัติว่าด้วยการนั้น หรือตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ”

สิทธิในการเบิกความ มาตรา 112 “ก่อนเบิกความพยานทุกคนต้องสาบานตนตามลัทธิศาสนา หรือจารีตประเพณีแห่งชาติของตน หรือกล่าวคำปฏิญาณว่าจะให้การตามความสัตย์จริงเสียก่อน เว้นแต่ (3) พระภิกษุและสามเณรในพุทธศาสนา...”

มาตรา 115 “พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์หรือพระภิกษุและสามเณรในพุทธศาสนา แม้มาเป็นพยานจะไม่ยอมเบิกความหรือตอบคำถามใด ๆ ก็ได้สำหรับบุคคลที่ได้รับเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันตามกฎหมายจะไม่ยอมเบิกความหรือตอบคำถามใด ๆ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามกฎหมายนั้น ๆ ก็ได้”

พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 สิทธิในการยกเว้นการเข้าเกณฑ์ทหาร แยกการยกเว้นทหารของพระภิกษุนี้ มี 2 กรณี ได้แก่ **กรณีที่หนึ่ง** มาตรา 13 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลดังต่อไปนี้ยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ คือ (1) พระภิกษุที่มีสมณศักดิ์ หรือที่เป็นเปรียญ และนักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวนที่มีสมณศักดิ์...” **กรณีที่สอง** มาตรา 14 “บุคคลดังต่อไปนี้ เมื่อลงบัญชีทหารกองเกินแล้วไม่เรียกมาตรวจเลือกเข้ารับราชการทหารกองประจำการในยามปกติ คือ (1) พระภิกษุ สามเณร และนักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวน ซึ่งเป็นนักรธรรมตามที่กระทรวงศึกษาธิการรับรอง (2) นักบวชศาสนาอื่นซึ่งมีหน้าที่ประจำในกิจของศาสนาตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และผู้ว่าราชการจังหวัดออกใบสำคัญให้ไว้...”

พระราชบัญญัติการศึกษาพระปริยัติธรรม พ.ศ. 2564 สิทธิในการศึกษาล้วนเป็นสิ่งสำคัญอย่างหนึ่งต่อพลเมืองทุกคน โดยมีพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติเป็นหลัก พระราชบัญญัติการศึกษาพระปริยัติธรรมก็เช่นกัน เป็นการให้สิทธิแก่พระสงฆ์ในการศึกษาด้านเฉพาะทางโดยเทียบได้เท่าทางโลก อันเป็นผลมาจากการที่รัฐพึงอุปถัมภ์พระพุทธศาสนาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ การศึกษาแผนกธรรม แผนกบาลี แผนกสามัญศึกษา ได้รับเงินงบประมาณในการบริหาร และได้กำหนดสิทธิในการสำเร็จการศึกษาของแผนกธรรมและบาลีเทียบเท่ากับการศึกษาทางโลกในระดับต่าง ๆ

5.1.2 กฎหมายที่จำกัด

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560 มาตรา 96 “บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้ในวันเลือกตั้ง เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้ง (1) เป็นภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช...” เมื่อพระภิกษุไม่มีสิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งทำให้ขาดคุณสมบัติในการใช้สิทธิประเภทอื่น ๆ คือ สิทธิในการลงประชามติ สิทธิในการเข้าชื่อเสนอร่างกฎหมายหรือแก้กฎหมาย สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง

พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 กรณีสิทธิและเสรีภาพถูกจำกัดโดยมหาเถรสมาคมใช้อำนาจตามกฎหมาย กรณีนี้ปรากฏในมาตรา 15 ตรี⁵⁸ คือ จุดกำเนิดการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ของพระภิกษุโดยองค์คณะสงฆ์ คือ มหาเถรสมาคม มีอำนาจในการออกคำสั่ง กฎระเบียบต่าง ๆ ขึ้นมาเพื่อควบคุมความประพฤติของพระภิกษุ เพื่อให้อยู่ในกรอบพระธรรมวินัย สิทธิและเสรีภาพถูกจำกัดโดยเจ้าอาวาสใช้อำนาจตามกฎหมาย

กรณีมาตรา 38 “เจ้าอาวาสมีอำนาจ ดังนี้ (1) ห้ามบรรพชิตและคฤหัสถ์ซึ่งมิได้รับอนุญาตของเจ้าอาวาสเข้าไปอยู่อาศัยในวัด (2) สั่งให้บรรพชิตและคฤหัสถ์ซึ่งไม่อยู่ในโอวาทของเจ้าอาวาสออกไปเสียจากวัด (3) สั่งให้บรรพชิตและคฤหัสถ์ที่มีที่อยู่หรือพำนักอาศัยในวัด ทำงานภายในวัด หรือให้ทำทัฬหบทหรือให้ขอมาโทษในเมื่อบรรพชิตหรือคฤหัสถ์ในวัดนั้นประพฤติผิดคำสั่งเจ้าอาวาสซึ่งได้สั่งโดยชอบด้วยพระธรรมวินัย กฎมหาเถรสมาคม ข้อบังคับ ระเบียบหรือคำสั่งของมหาเถรสมาคม”

กรณีสิทธิและเสรีภาพถูกจำกัดโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายอาณาจักรในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ที่บัญญัติว่า “พระภิกษุรูปใดถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม หรือพระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นละสมณเพศเสียได้”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีที่หนึ่ง มาตรา 1622 วรรคแรก “พระภิกษุนั้นจะเรียกร้องเอาทรัพย์สินมรดกในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรมไม่ได้ เว้นแต่จะได้สึกจากสมณเพศมาเรียกร้องภายในกำหนดอายุความตามมาตรา 1754” กรณีที่สอง มาตรา 1623 “ทรัพย์สินของพระภิกษุที่ได้มาใน

⁵⁸ มาตรา 15 ตรี “มหาเถรสมาคมมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) ปกครองคณะสงฆ์ให้เป็นไปโดยเรียบร้อยดีงาม

(2) ปกครองและกำหนดการบรรพชาสามเณร

(3) ควบคุมและส่งเสริมการศาสนศึกษา การศึกษาสงเคราะห์ การเผยแผ่ การสาธารณูปการ และการสาธารณสงเคราะห์ของคณะสงฆ์

(4) รักษาหลักพระธรรมวินัยของพระพุทธศาสนา

(5) ปฏิบัติหน้าที่อื่น ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น

เพื่อการนี้ ให้มหาเถรสมาคมมีอำนาจตรากฎหมายมหาเถรสมาคม ออกข้อบังคับ วางระเบียบ ออกคำสั่ง มีมติหรือออกประกาศ โดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายและพระธรรมวินัยใช้บังคับได้ และจะมอบให้พระภิกษุรูปใดหรือคณะกรรมกรหรือคณะอนุกรรมการตามมาตรา 19 เป็นผู้ใช้อำนาจหน้าที่ตามวรรคหนึ่งก็ได้”

ระหว่างเวลาที่อยู่ในสมณเพศนั้น เมื่อพระภิกษุนั้นถึงแก่มรณภาพให้ตกเป็นสมบัติของวัดที่เป็นภูมิลำเนาของพระภิกษุนั้น เว้นไว้แต่พระภิกษุนั้นจะได้จำหน่ายไปในระหว่างชีวิตหรือโดยพินัยกรรม” และกรณีที่สาม มาตรา 1624 “ทรัพย์สินใดเป็นของบุคคลก่อนอุปสมบทเป็นพระภิกษุ ทรัพย์สินนั้นหากตกเป็นสมบัติของวัดไม่ และให้เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมของบุคคลนั้น หรือบุคคลนั้นจะจำหน่ายโดยประการใดตามกฎหมายก็ได้”

5.2 ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามหลักพระธรรมวินัยกับรัฐธรรมนูญ และกฎหมายบ้านเมือง

(1) ประกาศห้ามพระเณรไม่ให้บวชหญิงเป็นบรรพชิต ตามคำสั่งสมเด็จพระสังฆราชเจ้า กรมหลวงชินวราลงกรณ ปรมาธิบดีฯ ประกาศ หญิงเป็นบรรพชิต เนื้อความว่า “หญิงซึ่งจักได้สมมติตนเป็นสามเณร โดยถูกต้องพระพุทธานุญาตนั้น สำเร็จด้วยนางภิกษุณีให้บรรพชา เพราะพระองค์ทรงอนุญาตให้นางภิกษุณีมีพรรษา 12 ล่วงแล้วเป็นปวัตตินี คือ เป็นอุปัชฌาย์ ไม่ได้ทรงอนุญาตให้ภิกษุเป็นอุปัชฌาย์ นางภิกษุณีหมดสาบสูญขาดเชื้อสายมานานแล้ว เมื่อนางภิกษุณีผู้รักษานบธรรมเนยมีสืบต่อสามเณรไม่มีแล้ว สามเณรผู้บวชสืบต่อมาจากภิกษุณีก็ไม่มี เป็นอันเสื่อมสูญไปตามกัน ผู้ใดให้บรรพชาเป็นสามเณร ผู้นั้นชื่อว่าบัญญัติสิ่งที่พุทธเจ้าไม่บัญญัติ เลิกถอนสิ่งที่พระพุทธเจ้าทรงบัญญัติแล้ว เป็นเสียหนามแก่พระศาสนา เป็นตัวอย่างที่ไม่ดี... เพราะเหตุนี้ ห้ามไม่ให้พระเณรทุกนิกาย บวชหญิงเป็นภิกษุณี เป็นสิกขมานา และเป็นสามเณร ตั้งแต่นี้ไป การบวชภิกษุณีนั้นมีฐานมาจากหลักพระธรรมวินัยโดยตรง จากพุทธพจน์ที่ว่า พระอานนท์ทูลขอให้บวชภิกษุณีแก่มาหาปชาบดีโคตมีถึง 3 ครั้ง จนพระองค์ทรงอนุญาต และพระมาหาปชาบดีโคตมีผู้เป็นน้านางและมาตุจฉาหรือมารดาเลี้ยงพระพุทธเจ้าครั้งที่ทรงเป็นเจ้าชายสิทธัตถะ ก็ได้รับการอุปสมบทเป็นภิกษุณี แต่พระพุทธเจ้าตรัสว่า “อานนท์ ก็ถ้าสตรีจักไม่ได้ออกจากเรือนบวชเป็นบรรพชิตในพระธรรมวินัยที่พระตถาคตประกาศแล้ว พรหมจรรย์จักตั้งอยู่ได้นาน สัตถรรพจะพึงตั้งอยู่ได้ตลอดพันปี ก็เพราะสตรีออกบวชเป็นบรรพชิตในธรรมวินัยที่ตถาคตประกาศแล้ว บัดนี้พรหมจรรย์จักตั้งอยู่ไม่นาน สัตถรรพจักตั้งอยู่เพียง 500 ปีเท่านั้น...”⁵⁹ ประกาศของสมเด็จพระสังฆราชเจ้า กรมหลวงชินวราลงกรณ ปรมาธิบดีฯ ประกาศ หญิงเป็นบรรพชิต ทำให้สตรีไม่มีสิทธิในการเข้าร่วมกิจกรรมทางศาสนา คือ การอุปสมบทเป็นภิกษุณี มีฐานอำนาจกฎหมายบ้านเมืองนอกเหนือจากพระธรรมวินัยจึงต้องมีผลผูกพันต่อรัฐ

(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 96 “บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้ในวันเลือกตั้ง เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้ง (1) เป็นภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช...” เป็นสิทธิที่ห้ามไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญ ระบบการเมืองไทยตัดพระภิกษุออกจากการเมือง ผลทำให้พระภิกษุถูกห้ามตั้งพรรคการเมือง ห้ามสิทธิลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการลงชื่อเสนอร่างกฎหมาย เป็นต้นเหล่านี้ไปด้วย ทำให้เห็นถึงสิทธิมนุษยชนและความเป็นพลเมืองของพระภิกษุ มีข้อจำกัดอย่างมากในระบบกฎหมายไทย เป็นการตัดสิทธิที่พระภิกษุจะเสนอร่างกฎหมายหรือเสนอชื่อ

⁵⁹ คณะสงฆ์คณะธรรมยุต มูลนิธิมหาจุฬาราชวิทยาลัย ในพระบรมราชูปถัมภ์, พระไตรปิฎกและอรรถกถาแปล : วินัยปิฎก จุลวรรค ภาค 2, พิมพ์ครั้งที่ 1 (นครปฐม: โรงพิมพ์มหาจุฬาราชวิทยาลัย, 2546), 438.

เพื่อแก้ไขกฎหมายโดยตรง ทั้งไม่มีสิทธิเสนอชื่อเพื่อแก้ไขพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ได้เพียงอาศัยมรรวาสผู้แทนราษฎรเพื่อเสนอความเห็นในฐานะที่ปรึกษาโดยอ้อมเท่านั้น เนื่องจากคำสั่ง เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเกี่ยวข้องการเมือง พ.ศ. 2538 ได้กำหนดห้ามพระภิกษุเข้าไปเกี่ยวข้องกับทางการเมือง เช่น การเลือกตั้ง การชุมนุม เรียกร้องสิทธิต่าง ๆ เป็นต้น สิทธิทางการเมืองมีฐานมาจากกฎหมายบ้านเมือง อันจะมีผลผูกพันต่อรัฐที่ต้องคำนึงถึงเพื่อไม่ให้กระทบสิทธิดังกล่าว ซึ่งไม่ได้มีฐานที่มาจากหลักพระธรรมวินัย

(3) คำสั่ง เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเกี่ยวข้องการเมือง พ.ศ. 2538⁶⁰ มี 4 กรณี ได้แก่ กรณีที่หนึ่ง ห้ามพระภิกษุสามเณรเข้าไปในที่ชุมนุมหรือในบริเวณสภาเทศบาล หรือสภาการเมืองอื่นใด หรือในที่ชุมนุมทางการเมือง ไม่ว่ากรณีใด ๆ (ข้อ 4) คือ การเข้าไปร่วมชุมนุมโดยตรง เช่น การเข้าไปรวมกลุ่มเพื่อประท้วงรัฐบาล กรณีที่สอง ห้ามพระภิกษุสามเณรทำการใด ๆ อันเป็นการสนับสนุนช่วยเหลือโดยตรงหรือโดยอ้อมแก่การหาเสียง เพื่อการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสภาเทศบาล หรือสภาการเมืองอื่นใดแก่บุคคลหรือคณะบุคคลใด ๆ (ข้อ 5) คือ การสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการหาเสียงเลือกตั้ง เช่น การสนับสนุนโดยใช้คำพูดเชิงหาเสียงให้ผู้สมัครรับเลือกตั้ง กรณีที่สาม ห้ามพระภิกษุสามเณรร่วมชุมนุมในการเรียกร้องสิทธิของบุคคลหรือคณะบุคคลใด ๆ (ข้อ 6) คือ การชุมนุมเพื่อเรียกร้องสิทธิ เช่น การเรียกร้องสิทธิทางการเมือง มีสิทธิการเลือกตั้ง สิทธิที่จะเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา กรณีที่สี่ ห้ามพระภิกษุสามเณรร่วมอภิปราย หรือบรรยายเรื่องเกี่ยวกับการเมืองซึ่งจัดตั้งขึ้นทั้งในวัดและนอกวัด (ข้อ 7) คือ การอภิปรายหรือบรรยายเกี่ยวกับการเมือง ในที่นี้ หากเป็นการบรรยายเชิงวิชาการเกี่ยวกับรัฐศาสตร์ในมหาวิทยาลัยจะไม่เข้ากรณีนี้ ข้อห้ามนี้มีข้อสังเกตว่าจะเขียนไว้กว้าง ๆ โดยต้องมาตีความและดูเจตนารมณ์ในภายหลัง

(4) คำสั่งมหาเถรสมาคมที่ 1/2564 เรื่องห้ามพระภิกษุสอบแข่งขัน สอบคัดเลือก และเรียนวิชาอย่างคฤหัสถ์ พ.ศ. 2564 ภายใต้คำถามว่าวิชาทางโลกใดเป็นวิชาเหมาะสมกับพระภิกษุ วิชาเป็นไปในทางประกอบอาชีพแบบคฤหัสถ์แล้วเรียนได้หรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับหลักสูตรของมหาลัยสงฆ์ทั้ง 2 แห่งกำหนด หรือขึ้นอยู่กับสถาบันอื่น ๆ จะรับเข้าศึกษาหรือไม่นั้น และต้องเป็นไปตามคำสั่งมหาเถรสมาคมที่ 1/2564 เรื่องห้ามพระภิกษุสอบแข่งขัน สอบคัดเลือก และเรียนวิชาอย่างคฤหัสถ์ พ.ศ. 2564 ข้อ 6 กำหนดไว้ว่า “ห้ามพระภิกษุสามเณรเรียนวิชาอย่างคฤหัสถ์ เว้นแต่เข้าศึกษาวิชาวิทยาการคอมพิวเตอร์ เทคโนโลยีสารสนเทศ เทคโนโลยีทางการศึกษา หรือวิชาอื่นใดที่มหาเถรสมาคมกำหนดโดยจะมีเงื่อนไขประการใดหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้เฉพาะเพื่อประโยชน์แก่การเผยแผ่พระพุทธศาสนาหรือเข้าศึกษาในมหาวิทยาลัย มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหามกุฏราชวิทยาลัย หรือสถานศึกษาอื่นใดที่จัดการศึกษาโดยคณะสงฆ์” ตัวอย่าง (คำพิพากษาศาลปกครอง คดีหมายเลขดำที่ 1338/2553 คดีหมายเลขแดงที่ 349/2556 เกี่ยวกับการศึกษาเนติบัณฑิตของพระภิกษุ) คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1338/2553 คดีหมายเลขแดงที่ 349/2556 มหาเถรสมาคมได้มีประกาศห้ามพระภิกษุ สามเณรเรียนวิชาชีพออย่างคฤหัสถ์ ในปี พ.ศ. 2538 ผู้ฟ้องคดีเป็นพระภิกษุที่ได้รับความเดือดร้อนเนื่องจาก

⁶⁰ ประกาศในแถลงการณ์คณะสงฆ์ เล่ม 83 ตอนที่ 1 (25 มกราคม 2538)

กฎหมายธรรมนูญดังกล่าวทำให้ตนไม่สามารถศึกษาระดับชั้นเนติบัณฑิตได้ เพราะถูกเนติบัณฑิตยสภาปฏิเสธการเข้าศึกษาต่อโดยยึดเอากฎหมายธรรมนูญฯ ดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาว่า “กฎหมายธรรมนูญฯ ดังกล่าวไม่ขัดต่อกฎหมายการศึกษาแห่งชาติและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และการที่เนติบัณฑิตยสภาไม่รับผู้ฟ้องเข้าศึกษานั้นโดยยึดตามกฎหมายธรรมนูญและความเห็นของกรรมการศาสนาชอบด้วยกฎหมายแล้ว โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายการศึกษาแห่งชาติและรัฐธรรมนูญกำหนดไว้กว้าง ๆ ไม่ได้ความว่าประชาชนทุกคนจะมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการสิ่งใดได้โดยไม่จำกัดทุกเรื่องจึงมีกฎหมายให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้โดยมหายธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ปกครองคณะสงฆ์ให้เป็นไปโดยเรียบร้อย ออกข้อบังคับ กฎ ระเบียบ คำสั่งหรือประกาศ ตามมาตรา 15 ตี พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 เพื่อให้เกิดความเรียบร้อยในการประพฤติหรือปฏิบัติตนของพระภิกษุและสามเณร ไม่ได้เป็นการออกกฎกีดกันไม่ให้ศึกษาความรู้อื่นนอกเหนือจากพระธรรมวินัย แต่ห้ามเพียงวิชาชีพบางอย่างที่ไม่เหมาะสม” ไม่มีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด จึงเป็นบรรทัดฐานว่าพระภิกษุ สามเณรไม่สามารถสมัครเข้าศึกษาที่เนติบัณฑิตได้ อย่างไรก็ตาม สิทธิทางการศึกษานี้ หากพระธรรมวินัยไม่ได้ห้ามไว้ ควรพิจารณาปรับให้พระภิกษุ สามเณรศึกษาได้ตามความเหมาะสม

(5) ปัญหาข้อกฎหมายการละสมณเพศ คือ การที่พระภิกษุตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย อาจต้องลาสิกขาหรือให้ละสมณเพศ ตามมาตรา 29 พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายอาณาจักร ตามหลักสันนิษฐานจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ ในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 บัญญัติว่า “พระภิกษุรูปใดถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม หรือพระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นละสมณเพศเสียได้” นี่ ยังเป็นที่ถกเถียงเรื่องหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) เนื่องจากพระภิกษุผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา แต่ยังไม่ได้นำไปดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางศาล และไม่ได้มีคำพิพากษาของศาลแต่อย่างใด พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการเห็นสมควรก็ละสมณเพศพระภิกษุนั้นได้ อย่างนี้จะเป็นการกระทำที่เสมือนว่าพระภิกษุนั้นมีความผิดทางอาญาแล้ว ไม่เป็นไปตามหลักที่ว่า “ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” ปัญหาที่เห็นได้ชัด คือ การให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายอาณาจักร ได้แก่ พนักงานสอบสวนมีอำนาจบังคับใช้กฎหมายนี้ซึ่งเป็นผู้ไม่ทราบหลักพระธรรมวินัยอย่างแน่ชัด กลายเป็นว่าใช้อำนาจเหนือที่มีตัดสินใจโดยถูกต้องหรือผิดได้อันจะส่งผลกระทบต่อเสรีภาพทางศาสนาที่ปรากฏสถานะของความ เป็นพระภิกษุ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6782/2543 ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535 มาตรา 29 ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการละสมณเพศ โดยวางหลักว่า “การละสมณเพศ เพราะถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา มีได้ 3 กรณี คือ กรณีที่หนึ่ง เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุมพนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้ละสมณเพศได้ กรณีที่สอง หรือเมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไป

ควบคุม พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้สละสมณเพศได้ กรณีที่สาม หรือเมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและพระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่งหรือเป็นพระไม่มีสังกัด พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้สละสมณเพศได้ ศาลเห็นว่า ในคดีก่อนที่จำเลยถูกจับกุมในข้อหาฆาตกรรมต่อชีวิตและประสาธน์ไว้ในครอบครอง พนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราว และพาจำเลยไปที่วัดเพื่อให้จำเลยสึกแต่จำเลยไม่ยอมสึก และเจ้าอาวาสวัดก็ไม่ยอมสึกให้ พนักงานสอบสวนจึงพาจำเลยกลับไปสถานี่ตำรวจและจัดให้จำเลยลาสิกขาบทต่อหน้าพระพุทธรูปที่อยู่บนสถานี่ตำรวจ ดังนี้ จำเลยยอมเข้าใจได้ว่าตนยังไม่ขาดจากความเป็นพระภิกษุเนื่องจากจำเลยไม่สมัครใจลาสิกขาบทและการดำเนินการให้จำเลยสละสมณเพศกระทำโดยพลการของเจ้าพนักงานตำรวจเมื่อจำเลยแต่งกายเป็นพระภิกษุในพระพุทธรูปศาสนาเมื่อพ้นจากการคุมขังโดยได้รับการปล่อยชั่วคราวแล้ว ถือว่าจำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 208”⁶¹

6. บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในราชอาณาจักรไทย

โดยทั่วไปสิทธิและเสรีภาพในความเสมอภาค ตามปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 7 กำหนดความเสมอภาคของบุคคลไว้ และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 27 ด้วย อย่างไรก็ตาม พระภิกษุนี้มีความแตกต่างในสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพด้านความเสมอภาค เนื่องจากมีข้อห้ามทางพระพุทธรูปศาสนาที่เรียกว่าหลักพระธรรมวินัยจึงต้องมีข้อจำกัดบางประการ ส่วนการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพทั้งสากลและหลักการที่ปรากฏในกฎหมายภายใน ไม่กระทบต่อหลักพระธรรมวินัย และการบัญญัติกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นควรไม่กระทบในสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดไว้ตามมาตรา 26 ดังกล่าว โดยวิเคราะห์เฉพาะสิทธิและเสรีภาพว่าพระภิกษุที่ถูกจำกัดลงถูกเหมาะสมหรือถูกต้องคล้อยตามพระธรรมวินัยและกฎหมายบ้านเมืองหรือไม่ ดังนี้

6.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดมาตรการเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในราชอาณาจักรไทยกับต่างประเทศ

ผู้เขียนได้เปรียบเทียบข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุโดยจัดทำเป็นตาราง ดังนี้

⁶¹ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 208 “ผู้ใดแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นภิกษุ สามเณร นักพรตหรือนักบวชในศาสนาใดโดยมิชอบ เพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าเป็นบุคคลเช่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ตารางวิเคราะห์เปรียบเทียบ

6.1.1 สิทธิทางการเมือง

ประเทศไทย	ประเทศพม่า	ประเทศศรีลังกา
พระภิกษุไม่มีสิทธิเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 96 (1) เฉพาะ พระภิกษุ สามเณร นักพรต นักบวช และไม่มีไม่มีสิทธิเสนอร่างกฎหมาย เนื่องจากสิทธินี้จะเกิดได้ต้องมีสิทธิเลือกตั้งมาก่อนตามมาตรา 133 (3) ไม่มีสิทธิตั้งพรรคการเมือง มาตรา 9 (3) ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ไม่มีสิทธิลงสมัครรับเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 98 (4) ไม่มีสิทธิลงประชามติ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564 มาตรา 21 (1) ถูกห้ามด้วยคำสั่งมหาเถรสมาคม เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเกี่ยวข้องกับการเมือง พ.ศ. 2538	พระภิกษุไม่มีสิทธิเลือกตั้งตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสหภาพพม่า ค.ศ. 2008 มาตรา 392 กำหนดว่า “บุคคลดังต่อไปนี้ไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนน A. สมาชิกของของคณะสงฆ์ ...” กฎหมายการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2010 (The Pyithu Hluttaw Election Law 2010) มาตรา 2 (i) “ให้สมาชิกของคณะสงฆ์มี 3 กลุ่ม คือ (1) กลุ่มคณะสงฆ์ของพระพุทธศาสนา ได้แก่ พระภิกษุสามเณร แม่ชีผู้ที่มีใบทะเบียนทางศาสนาและฆราวาสผู้รับใช้คณะสงฆ์ (2) กลุ่มคณะสงฆ์ของศาสนาคริสต์ ได้แก่ ผู้ออกบวชหรือได้รับมอบหมายหน้าที่ในฐานะผู้เทศน์เพื่อศาสนาคริสต์เป็นหลัก และผู้ที่สังกัดกลุ่มบุคคลหรือองค์กรทางศาสนาคริสต์ (3) กลุ่มคณะสงฆ์ของศาสนาฮินดู ได้แก่ สียาสี นักบวชมหันต์หรือฮินดู	เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกา ค.ศ. 1978 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2015) มาตรา 12 (1) บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมายและมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน” เหตุนี้พระภิกษุจึงไม่ถูกจำกัดสิทธิทางการเมืองและไม่มีมาตราใดในรัฐธรรมนูญจำกัดสิทธิทางการเมืองของพระภิกษุเหมือนกับประเทศไทยและประเทศพม่า พระภิกษุจึงมีสิทธิเลือกตั้ง มีสิทธิลงสมัครรับเลือกตั้ง มีสิทธิตั้งพรรคการเมือง มีสิทธิเสนอร่างกฎหมาย หรือแก้ไขกฎหมายได้

6.1.2 สิทธิในการอุปสมบทภิกษุณี

ประเทศไทย	ประเทศพม่า	ประเทศศรีลังกา
มีประกาศห้ามไม่ให้พระเณรบวชหญิงเป็นบรรพชิต พ.ศ. 2471 ปรากฏเพียงแต่แม่ชี รักษาศีล 8 ในฐานะผู้ปฏิบัติธรรมและช่วยงานพระพุทธศาสนา แต่ไม่นับนักบวชในทางพระพุทธศาสนา และมีสถานะไม่ชัดเจน	ไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการห้ามอุปสมบทภิกษุณี ไม่ปรากฏภิกษุณี มีเพียง “ติละฉิน” ที่ถือว่าเป็นนักบวชหญิง รักษาศีล 10 มีกิจคล้ายกับพระภิกษุและสามเณร เทียบได้กับสามเณรี	ไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการห้ามอุปสมบทภิกษุณี ยังปรากฏภิกษุณีอยู่ แต่ยังไม่ถือว่าภิกษุณีฝ่ายเถรวาทอย่างชัดเจน และรัฐบาลศรีลังกา ยังไม่ได้มีรับรองสถานะของภิกษุณี

6.1.3 สิทธิทางกระบวนการยุติธรรม กรณีสละสมณเพศ

ประเทศไทย	ประเทศพม่า	ประเทศศรีลังกา
พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ให้อำนาจแก่พระภิกษุหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายราชอาณาจักรคือ พนักงานสอบสวน สละสมณเพศพระภิกษุได้ตามที่กฎหมายกำหนด	ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการสละสมณเพศ	ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการสละสมณเพศ

6.1.4 สิทธิทางการศึกษาและการประกอบอาชีพ

ประเทศไทย	ประเทศพม่า	ประเทศศรีลังกา
มีข้อจำกัดตามคำสั่งมหาเถรสมาคมที่ 1/2564 กรณีพระภิกษุสามเณรเรียนวิชา หรือสอบแข่งขัน หรือสอบคัดเลือกอย่างคล่องตัว พ.ศ. 2564 ห้ามประกอบอาชีพ เช่น คลุหฺสฺส บางกรณีอนุโลมกันได้ เช่น อาจารย์สอนหนังสือในโรงเรียน ในมหาวิทยาลัย	ไม่มีข้อกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามศึกษาวิชาทางโลก มีกฎหมายห้ามประกอบอาชีพเพื่อแสวงหาประโยชน์อันไม่เป็นไปตามหลักพระธรรมวินัย บางกรณีก็อนุโลมกันได้ เช่น เป็นอาจารย์สอนหนังสือเหมือนประเทศไทย	ไม่มีข้อกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามศึกษาวิชาทางโลก มีการพยายามเสนอร่างรัฐบัญญัติภิกษุเถรวาทกติกาวัด ค.ศ. 2016 กำหนด ในมาตรา 2 (3) D ว่า “ห้ามพระภิกษุประกอบอาชีพใด ๆ ในภาครัฐหรือเอกชน เว้นแต่ ด้านการศึกษา บริการสังคม หรือกิจการศาสนา”

6.1.5 สิทธิทางทรัพย์สิน

ประเทศไทย	ประเทศพม่า	ประเทศศรีลังกา
ไม่มีกฎหมายห้ามพระภิกษุรับเงินและทอง แต่เพียงเป็นข้อห้ามตามหลักพระธรรมวินัย ทรัพย์สินที่ได้มาในระหว่างเป็นพระภิกษุจะตกเป็นสมบัติของวัดที่สังกัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1623 พระภิกษุไม่มีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม เว้นแต่รับพินัยกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1622	ไม่มีกฎหมายห้ามพระภิกษุรับเงินและทอง แต่เพียงเป็นข้อห้ามตามหลักพระธรรมวินัย ทรัพย์สินที่ได้มาในระหว่างเป็นพระภิกษุจะตกเป็นสมบัติของบรรดาศิษย์ เป็นจารีตประเพณี พระภิกษุไม่มีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม เว้นแต่รับพินัยกรรม	ไม่มีกฎหมายห้ามพระภิกษุรับเงินและทอง แต่เพียงเป็นข้อห้ามตามหลักพระธรรมวินัย ไม่มีข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือมรดกของพระภิกษุ มีเพียงกฎหมายควบคุมทรัพย์สินของวัดในทางพระพุทธศาสนา Buddhist Temporalities Ordinance ค.ศ. 1931 แต่ไม่ปรากฏเนื้อหาข้อจำกัดทรัพย์สินของพระภิกษุ เพียงแต่กำหนดการจัดการทรัพย์สินของวัดเท่านั้น

6.2 วิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุ

6.2.1 กรณีรัฐธรรมนูญจำกัดสิทธิของพระภิกษุในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง

สิทธิในการลงคะแนนเลือกตั้ง ตามหลักสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองในทางสากล ข้อ 21 (1) แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กำหนดไว้ว่า บุคคลไม่อาจถูกจำกัดการเลือกตั้งได้ ประกอบกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 25 รัฐต้องประกันสิทธิทางการเมืองโดยไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานเชื้อชาติ ศาสนา การเลือกตั้งนั้นมีภายหลังการเกิดขึ้นของรัฐที่ต้องรับรองสิทธิความเป็นพลเมืองทุกคน สิทธิในการเลือกตั้งของพระภิกษุในประเทศไทย ถูกจำกัดสิทธิไว้เฉพาะในมาตรา 96 (1)⁶² แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ผู้วิจัย เห็นว่าการจำกัดสิทธิพระภิกษุในการลงคะแนนเลือกตั้งมีความขัดแย้งต่อพันธกรณีระหว่างประเทศตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เบื้องต้น ในแง่ของหลักพระธรรมวินัย ไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการเลือกตั้งไว้ เนื่องจากพุทธกาลเป็นยุคที่ปกครองโดยกษัตริย์ คณะสงฆ์จึงไม่ได้มีแนวคิดในเรื่องนี้เพราะสภาพบ้านเมืองในสมัยนั้นอำนาจยังคงอยู่ที่คน ๆ เดียว เช่นเดียวกับพระพุทธเจ้าที่คอยบัญญัติสิกขาบทเพื่อให้พระภิกษุอยู่ในกรอบพระธรรมวินัย

⁶² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 96 “บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้ในวันเลือกตั้ง เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้ง

(1) เป็นภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช... ฯลฯ”

โดยใช้อำนาจอันชอบธรรมจากพระองค์เอง สุดท้ายจึงต้องใช้การตีความตามหลักมหาบทส 4 เท่านั้นว่าการใช้สิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งนั้นควรแก่พระภิกษุหรือไม่ มีหลักพระธรรมวินัยข้อหนึ่งที่พระพุทธเจ้าบัญญัติว่าพระภิกษุไปดูกองทัพเคลื่อนขบวน ต้องอาบัติปาจิตตีย์ เทียบเคียงกันแล้วไม่ได้ระบุว่าห้ามพระภิกษุเกี่ยวข้องกับการเมือง เนื่องจากกองทัพนั้นเป็นสถานที่ที่ใคร่ครวญซึ่งพระภิกษุไม่ควรเข้าไป เว้นแต่ได้รับนิมนต์ไปแสดงธรรมหรือกิจอย่างอื่นที่ไม่เป็นข้าศึกต่อพรหมจรรย์ กองทัพนั้น คือ สถานที่ที่ใคร่ครวญไม่ใช้กรณีเกี่ยวกับการเมืองโดยตรง ฉะนั้น เรื่องการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรหรือระดับท้องถิ่น เป็นสิทธิพลเมืองที่รัฐจำเป็นต้องมอบให้ประชาชนทุกคนอย่างปฏิเสธไม่ได้ และมีผลผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ ที่รัฐไม่สามารถจำกัดสิทธินี้ได้ ในแง่กฎหมายภายใน ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 พระภิกษุนั้นไม่มีสิทธิเลือกตั้งมาตั้งแต่พระราชบัญญัติการเลือกตั้ง พ.ศ. 2475 ข้อ 1.4 “ลักษณะต้องห้ามของผู้ออกเสียงหรือผู้สมัครรับเลือกตั้งบุคคลดังต่อไปนี้จะใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งหรือรับสมัครเลือกตั้งเป็นผู้แทนตำบลหรือผู้แทนราษฎรไม่ได้ ถ้าหากในขณะมีการเลือกตั้ง (3) เป็นภิกษุ สามเณร นักพรตหรือนักบวช...” และได้บัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาในทำนองเดียวกัน เมื่อพระภิกษุไม่มีสิทธิในการเลือกตั้งความเป็นพลเมืองและสิทธิอื่น ๆ ก็พลอยจะหายไปด้วย เช่น การลงสมัครรับเลือกตั้ง การตั้งพรรคการเมือง การเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่สภา และการเสนอการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย เนื่องจากผู้มีสิทธิที่จะมีสิทธิทั้งสี่กรณีต้องเป็นผู้มีสิทธิลงคะแนนเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พระภิกษุถูกจำกัดสิทธิโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติไว้ในมาตรา 96 (1) ว่าไม่มีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งทำให้ขาดความเป็นพลเมืองไปในส่วนการเข้าไปมีส่วนร่วมกิจกรรมทางการเมือง ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรยกเลิกการจำกัดสิทธิในการเลือกตั้งของพระภิกษุเพื่อยอมรับความเป็นพลเมืองไทยที่มีสิทธิเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย การที่พระภิกษุจะใช้สิทธิเลือกตั้งหรือไม่ขึ้นอยู่กับพระภิกษุรูปนั้น ๆ เองไม่สามารถบังคับได้ จากการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างนี้ จึงไม่ใช่กรณีที่จะขัดแย้งในตัวรัฐธรรมนูญเองได้ เนื่องเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) กรณีเป็นการไม่ได้รับรองสิทธิการเลือกตั้งที่ปรากฏในหลักสากลเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน สิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองให้แก่พระภิกษุอีกประการหนึ่ง พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ไม่ได้มาจากพระภิกษุเสนอโดยตรง เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 133 (3) กำหนดไว้ว่า การเสนอร่างพระราชบัญญัติเข้าสู่สภาผู้แทนราษฎรจะเสนอได้โดยผู้มีสิทธิเลือกตั้ง แม้รัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ก็ได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกัน กฎหมายคณะสงฆ์เริ่มแรกเกิดจากการผลักดันพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2484 ที่กลุ่มคณะปฏิสังขรณ์การพระศาสนาเคลื่อนไหวให้มีการปกครองคณะสงฆ์เช่นเดียวกับการปกครองแบบประชาธิปไตย แต่อย่างไรก็ตาม พระภิกษุก็ไม่ได้มีสิทธิเสนอร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ เนื่องจากไม่มีสิทธิเลือกตั้ง จึงไม่มีสิทธิจะเสนอร่างกฎหมายต่อสภาผู้แทนราษฎรได้ เหตุนี้ทำให้เกิดความไม่สอดคล้องกันเนื่องจากกฎหมายคณะสงฆ์ไม่ได้มาจากการเสนอของพระภิกษุโดยตรง เมื่อกล่าวถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแล้วพระภิกษุไม่สามารถมีสิทธิเช่นกัน ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ข้อความคิดการจำกัดสิทธิพระภิกษุในการเลือกตั้งในประเทศไทย ไม่เป็นไปตามหลักความเสมอภาคและความเป็นพลเมืองที่รัฐต้องมอบให้พลเมือง ดังนั้น จึงต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 96 (1)

6.2.2 กรณีการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ราชอาณาจักรสละสมณเพศพระภิกษุตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

สิทธิทางกระบวนการยุติธรรม ตามหลักปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 11 (1) ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญามีสิทธิได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรคสอง⁶³ ได้บัญญัติรับรองเช่นเดียวกับข้อ 11 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ดังกล่าว ฉะนั้น เมื่อใดศาลมิได้พิพากษาว่าผู้ถูกกล่าวหามีความผิดทางอาญา ผู้กล่าวหาแล้วต้องถูกสันนิษฐานไว้ก่อนเป็นผู้บริสุทธิ์ไว้ก่อนเสมอ และจะปฏิบัติกับผู้นั้นเสมือนว่าเป็นผู้กระทำผิดไม่ได้ ปัญหาการสละสมณเพศของพระภิกษุตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มีประเด็นคาบเกี่ยวกับสิทธิในกระบวนการยุติธรรมในกรณีพระภิกษุถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายอาณาจักรสละสมณเพศได้ตามสมควร แม้ว่าพระภิกษุจะไม่ได้ถูกศาลว่ามีความผิดก็ตาม หมายความว่า หากพระภิกษุใดก็ตามถูกกล่าวหาว่ามีความผิดทางอาญาเจ้าหน้าที่ฝ่ายอาณาจักร คือ พนักงานสอบสวนมีอำนาจสละสมณเพศพระภิกษุรูปนั้นได้เสมอ ไม่ว่าคดีมีโทษมากน้อยเพียงใด จะเป็นคดีที่ต้องอาบัติถึงปาราชิกหรือไม่ก็ตาม การสละสมณเพศดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่กระทบต่อเสรีภาพทางศาสนาและเป็นกฎหมายที่บัญญัติไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว ปัญหาจากประเทศไทยไม่ได้มีการแยกรัฐออกจากศาสนาอยู่ในลักษณะให้การอุปถัมภ์ศาสนาพุทธ เห็นได้จากพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ที่ให้อำนาจแก่คณะสงฆ์ไทย ดังนั้น จากการพิจารณาเนื้อหามาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 กรณีให้สละสมณเพศพระภิกษุผู้ถูกกล่าวหาหาคดีอาญา มีปัญหาเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิทางกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เนื่องจากศาลไม่ได้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาเจ้าหน้าที่ฝ่ายอาณาจักร คือ พนักงานสอบสวนสามารถให้สละสมณเพศได้ทันทีตามสมควร ถือได้ว่าผู้มีอำนาจได้มองพระภิกษุเป็นผู้กระทำผิดไปแล้วตั้งแต่เบื้องต้นโดยไม่ได้พิสูจน์ความผิดเพื่อให้ประจักษ์ทางศาล กรณีจะมีปัญหาว่าพระภิกษุถูกฟ้องคดีหรือถูกกล่าวหาในคดีหมิ่นประมาทซึ่งในทางพระธรรมวินัยไม่ถึงกับขั้นให้ลาสิกขา แต่หากพนักงานสอบสวนเห็นสมควรให้สละสมณเพศอย่างนี้เป็นการตัดสินใจว่าพระภิกษุถูกฟ้องคดีมีความผิดไปแล้วตั้งแต่เบื้องต้นซึ่งจะเป็นการใช้อำนาจที่จะเกินสมควรแก่เหตุได้ และอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเป็นผู้บริสุทธิ์

6.2.3 กรณีประกาศห้ามพระภิกษุให้การอุปสมบทภิกษุณี

ตามหลักสิทธิในความเสมอภาค ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียม ข้อ 26 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ได้กำหนดไว้ว่าห้ามเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าบุรุษหรือสตรี และ ข้อ 18 ได้รับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการนับถือศาสนาหรือความเชื่อ “บุคคลย่อมมี

⁶³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 29 วรรคสอง “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” ฯลฯ

สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธินี้ รวมถึงเสรีภาพในการมีหรือการยอมรับศาสนา หรือความเชื่อตามการเลือกของเขา และเสรีภาพในการแสดงออกในการสักการบูชา การประกอบพิธีกรรม การปฏิบัติและการเผยแพร่ศาสนา ไม่ว่าโดยปัจเจกชนหรือในชุมชนร่วมกับบุคคลอื่นและในสาธารณชน หรือส่วนตัว”⁶⁴ เมื่อมีพระภิกษุ ภิกษุณีก็มีได้ ประกอบสิทธิมนุษยชนทางศาสนาเป็นสิทธิไม่สามารถถูก จำกัดได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพทางศาสนาไว้ใน มาตรา 31⁶⁵ และถือว่าเป็นเสรีภาพที่ผูกพันต่อรัฐที่ต้องคำนึงถึงเพื่อไม่ให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพที่ รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ฉะนั้น ไม่ว่าจะกรณีใดก็ตาม ชายหรือหญิง ย่อมมีเสรีภาพในการเลือกและนับถือศาสนา ของเขาเอง ไม่อาจถูกจำกัดเสรีภาพนั้นได้ ถือว่าบุคคลทุกคนอยู่ภายใต้หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ เสมอภาคกัน ผู้วิจัยเห็นว่าการวิเคราะห์การอุปสมบทภิกษุณีต้องเป็นไปตามหลักศาสนา รวมทั้งกฎหมาย ไม่สามารถจำกัดสิทธิของสตรีที่จะเข้ามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางศาสนาเช่นนี้ได้ อีกประการหนึ่ง คำว่า “คณะ สงฆ์” ตามความในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มิได้รวมภิกษุณีเข้าไปด้วย นั้นหมายความว่าใน ประเทศไทยกฎหมายรับรองสถานภาพ “ภิกษุสงฆ์” เท่านั้น ว่าเป็นบรรพชิต ไม่ได้รับรองสถานภาพของ ภิกษุณีไว้ สังเกตจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 96 (1) ว่าด้วยจำกัด สิทธิการเลือกตั้ง บัญญัติไว้เพียง ภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช ไม่ปรากฏคำว่าภิกษุณีในกฎหมาย รวมถึงสามเณรี สิกขมานา การอุปสมบทการเป็นพระภิกษุในประเทศไทยต้องมีพระอุปัชฌาย์ที่ถูกแต่งตั้ง ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ภิกษุณีนั้นไม่มีกฎหมายให้อำนาจแต่งตั้งอุปัชฌาย์จึงเป็นกรณี การเลือกปฏิบัติต่อสตรีที่ต้องการอุปสมบท เนื่องจากการอุปสมบทเป็นภิกษุณีต้องมีการยอมรับจาก อุปัชฌาย์ฝ่ายภิกษุสงฆ์ด้วย ถึงแม้มีอุปัชฌาย์ฝ่ายภิกษุณีก็ตาม มติของมหาเถรสมาคมก็ยึดหลักตามประกาศ ดังกล่าวห้ามพระภิกษุให้การอุปสมบทแก่ภิกษุณี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสอง บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ซึ่งพยายามบัญญัติให้สอดคล้องกับ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 26 ได้กำหนดไว้ว่าห้าม เลือกปฏิบัติ ไม่ว่าบุรุษหรือสตรี และในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมระหว่าง ประเทศ ค.ศ. 1966 ข้อ 2 (2) และ ข้อ 3 ว่าด้วยความเสมอภาคทางศาสนาที่ตนนับถือโดยไม่เลือกปฏิบัติ ต่อชายหรือหญิงซึ่งได้รับรองสิทธินี้ไว้ แต่ในทางปฏิบัติสตรีในประเทศไทยยังคงไม่มีสิทธิที่ได้รับการ อุปสมบทเป็นภิกษุณีได้ การห้ามอุปสมบทภิกษุณีจึงไม่สอดคล้องกับหลักการที่กล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ เนื่องจากคณะสงฆ์ไทยมีความใกล้ชิดต่ออำนาจรัฐอันมีลักษณะแยกไม่ขาดจากการเหมือนสังคมโลกวิสัยที่ แยกรัฐออกจากศาสนา การออกมาตรการบังคับของคณะสงฆ์ดังกล่าวจึงเป็นผลมาจากตอบสนองต่ออำนาจ รัฐ ทั้งที่การอุปสมบทภิกษุณีควรเป็นเรื่องความเชื่อทางศาสนาเท่านั้นไม่ควรนำมาบังคับเป็นกฎหมายได้

⁶⁴ นงศ์พางา เจริญสุขมงคล, “สิทธิสตรีไทยภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน : สิทธิการบวชในพระพุทธ ศาสนา,” 193.

⁶⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 31 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลัก ศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

6.2.4 กรณีคำสั่งห้ามพระภิกษุเข้าไปเกี่ยวข้องทางการเมือง

สิทธิทางการเมือง ได้ถูกรับรองโดยปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในข้อ 19 สิทธิในการแสดงความคิดเห็น ข้อ 20 สิทธิในการชุมนุมโดยสงบ ประกอบกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 19 สิทธิในการแสดงความคิดเห็นและแสดงออก ข้อ 21 สิทธิในการชุมนุมอย่างสันติ การเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมืองไม่ได้บัญญัติโดยตรง จะมีความแตกต่างจากการเลือกตั้งเนื่องจากการเลือกตั้งเป็นสิทธิเลือกผู้แทนเท่านั้น แต่การเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมือง คือ ทุก ๆ อย่างที่เกี่ยวข้องกับการเมือง เช่น การช่วยสนับสนุนพรรคการเมือง การเทศน์แสดงการเมืองแก่คฤหัสถ์ การเข้าชุมนุมปราศรัยต่อสาธารณะ ฉะนั้น กรณีนี้ยังมีสิ่งที่ไม่สมควรแก่พระภิกษุอยู่มาก ในหมายเหตุท้ายของคำสั่งมหาเถรสมาคม เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเกี่ยวข้องการเมือง พ.ศ. 2538 ตอนหนึ่งได้เขียนไว้ว่า “การเข้ายุ่งเกี่ยวกับการเมืองเป็นเรื่องธุรกิจฝ่ายบ้านเมือง เป็นหน้าที่ของฆราวาสผู้มีสิทธิตามกฎหมายโดยเฉพาะ ไม่ใช่หน้าที่ของพระภิกษุสามเณรผู้อยู่นอกเหนือการเมือง ไม่มีสิทธิลงคะแนนเลือกตั้ง ไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง... ข้อนี้แสดงว่าความเป็นพระภิกษุสามเณรไม่สมควรแก่การเมืองโดยประการทั้งปวง” ทำให้เห็นมหาเถรสมาคมได้มองว่าพระภิกษุไม่มีสิทธิทางการเมืองทุกประการ แต่ลักษณะดังกล่าวต้องตีความตามหลักมหาปเทศ 4 ว่ากรณีใดสมควรแก่พระภิกษุและต้องคำนึงต่อผลกระทบต่อคณะสงฆ์โดยรวม หากเป็นการเข้าไปเกี่ยวข้องการเมืองโดยตรงจะไม่เหมาะสมสำหรับพระภิกษุ เช่น ประท้วง ชุมนุมสนับสนุนพรรคการเมือง แสดงถึงการเป็นฝักฝ่ายแต่ว่าด้วยการแสดงความคิดเห็นทั่วไปที่เกี่ยวกับการเมือง เช่น เรื่องกฎหมายคณะสงฆ์ที่ต้องแก้ไขโดยฝากไปถึงผู้แทน หรือบรรยายเรื่องการปกครองรัฐ ระบอบประชาธิปไตยให้ผู้อื่นได้ทราบตามหลักวิชาการ แสดงออกถึงการเรียกร้องสิทธิที่พระภิกษุได้รับผลกระทบโดยตรง อย่างนี้ถือว่าอยู่ในกรอบความเหมาะสมตามหลักพระธรรมวินัย และอยู่ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก โดยการกระทำดังกล่าวจะไม่ล่วงล้ำเข้าไปในแดนสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ทั้งนี้ การห้ามพระภิกษุยุ่งเกี่ยวกับเมืองยังมีผลผูกพันต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 34 วรรคแรก ว่าด้วยเสรีภาพการแสดงความคิดเห็น และมาตรา 44 ว่าด้วยเสรีภาพในการชุมนุม ที่องค์กรของรัฐต้องคำนึงถึงหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ

6.2.5 กรณีคำสั่งห้ามพระภิกษุศึกษาวิชาทางโลกเช่นกับคฤหัสถ์

สิทธิทางการศึกษานั้นพลเมืองมีสิทธิที่จะศึกษาเล่าเรียนได้ตามที่ตนต้องการ และรัฐจะต้องให้การสนับสนุนพลเมืองให้ได้รับการศึกษาอย่างเท่าเทียม ตามปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 26 (1) ได้กำหนดไว้ว่า “ทุกคนมีสิทธิในการศึกษา ... การศึกษาด้านวิชาการและวิชาชีพจะต้องเปิดเป็นการทั่วไป และการศึกษาระดับสูงขึ้นไปจะต้องเข้าถึงได้อย่างเสมอภาคสำหรับทุกคนบนพื้นฐานของคุณสมบัติความเหมาะสม” และ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมระหว่างประเทศ ค.ศ. 1966 ข้อ 13 (1) กำหนดว่าทุกคนมีสิทธิในการศึกษาวิชาการอย่างเท่าเทียมกัน ฉะนั้น การศึกษาไม่ว่าเกี่ยวกับวิชาการด้านใดหากบุคคลมีคุณสมบัติ ความสามารถในการเข้าศึกษา ต้องได้รับปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช มาตรา 27 วรรคสาม

มาตรา 34 วรรคสอง⁶⁶ ที่รับรองการห้ามเลือกปฏิบัติด้านการศึกษาและเสรีภาพทางวิชาการไว้ การตรากฎหมายเกี่ยวกับห้ามศึกษาวิชาการต่าง ๆ ถือได้ว่าขัดต่อสิทธิและเสรีภาพและถือว่าไม่เป็นไปตามหลักการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพลักษณะของคำสั่งมหาเถรสมาคมที่ 1/2564 ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26 ประกอบ มาตรา 34 วรรคสอง ว่าด้วยเสรีภาพทางวิชาการ เพราะการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นกฎหมายประเภทพระราชบัญญัติ ไม่ใช่กฎ แม้ว่าพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 15 ตรีให้อำนาจแก่มหาเถรสมาคมในการออกกฎ แต่ขอบเขตการใช้อำนาจไม่ได้เจาะจงให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นเรื่อง ๆ ไป กับทั้งพระธรรมวินัยไม่ได้กำหนดว่าห้ามพระภิกษุเรียนวิชาทางโลกเป็นการเฉพาะ และวิชาดังกล่าวก็ไม่เข้าความหมายของคำว่า “เครื่องนาฏวิชา” อีกด้วย ถึงจะมีหลักมหาปเทศีที่ให้ดุลพินิจในการพิจารณาความเหมาะสมก็ตาม แต่เหตุผลในการออกกฎนั้นเป็นเพียงอุบายให้พระภิกษุสามเณรต้องเรียนวิชาที่คณะสงฆ์หรือมหาวิทยาลัยสงฆ์จัดให้ศึกษาเท่านั้น กับทั้งที่มหาวิทยาลัยสงฆ์ยังมีวิชาอย่างคฤหัสถ์ที่เปิดใหม่อีกมากมาย เท่ากับเป็นการจำกัดสถาบันการศึกษาไปในตัว และคฤหัสถ์ก็สามารถเข้าศึกษาปะปนกับพระภิกษุ สามเณรได้ ฉะนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าคำสั่งมหาเถรสมาคมที่ 1/2564 นั้น มีความไม่ชอบด้วยต่อกฎหมาย ประการสำคัญ คือ การออกกฎมาเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นเป็นไปตามหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้นั้นต้องเป็นกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น มิใช่กฎหมายลำดับรองเช่นกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครอง คือ ต้องเป็นไปตามมาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่ให้อำนาจแก่นิติบัญญัติตรากฎหมายออกมามีจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้โดยเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมและไม่กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรแก้ไขคำสั่งมหาเถรสมาคม ที่ 1/2564 ให้ระบุเนื้อหาวิชาที่ห้ามเรียนไว้ชัดเจน ได้แก่ ห้ามพระภิกษุเรียนวิชาแพทย์ วิชาช่าง สอบทนาย อันเป็นลักษณะวิชาชีพเฉพาะ และยกเลิกคำว่า “วิชาอย่างคฤหัสถ์” เพื่อไม่ให้เกิดการตีความที่ไม่ชัดเจน การพิจารณารับเข้าศึกษาให้ขึ้นอยู่กับสถาบันเป็นหลัก โดยใช้เกณฑ์คุณสมบัติและความสามารถ

⁶⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 27 วรรคสาม “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้”

มาตรา 34 วรรคสอง “เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น”

7. สรุปและข้อเสนอแนะ

7.1 บทสรุป

1) **สิทธิทางการเมือง** ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 96 (1) จำกัดสิทธิของพระภิกษุในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง เมื่อพระภิกษุไม่มีสิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งทำให้ขาดคุณสมบัติในการใช้สิทธิประเภทอื่น ๆ คือ สิทธิในการลงประชามติ สิทธิในการเข้าชื่อเสนอร่างกฎหมายหรือแก้กฎหมาย สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง มาตรา 96 (1) จึงไม่เป็นไปตาม ข้อ 21 (1) แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กำหนดไว้ว่า บุคคลไม่อาจถูกจำกัดการเลือกตั้งได้ ประกอบกับบทการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 25 รัฐต้องประกันสิทธิในทางการเมืองโดยไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานเชื้อชาติ ศาสนา

2) **สิทธิทางกระบวนการยุติธรรม** กรณีพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ราชอาณาจักรสละสมณเพศพระภิกษุ อันขัดต่อหลักสันนิษฐานว่าผู้ถูกกล่าวหาคืออาญาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าศาลมีคำพิพากษาว่ามีความผิด ตามมาตรา 29 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉะนั้น การสละสมณเพศพระภิกษุ ตามมาตรา 29 พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 จึงเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลเสมือนเป็นผู้กระทำแล้ว ผลจากการสละสมณเพศก่อผลกระทบต่อสิทธิในการดำรงชีพของพระภิกษุ คือ ถูกถอดสมณศักดิ์ ตำแหน่งปกครองคณะสงฆ์ ดังปรากฏในคดีของพระพิมลธรรมถูกกล่าวหาว่ากระทำการอันเป็นคอมมิวนิสต์ถูกสละสมณเพศในชั้นสอบสวน คดีพระพรหมติลกถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานฟอกเงิน ถูกกักขังและสละสมณเพศในชั้นสอบสวนเช่นกัน ภายหลังจากศาลพิพากษาไม่มีความผิด ได้มีพระบรมราชโองการสถาปนาคืนสมณศักดิ์ก็ตาม ก็ยังไม่สามารถที่จะแก้ปัญหาเกี่ยวกับการสละสมณเพศที่จะเกิดในอนาคตได้ ฉะนั้น มาตรการการสละสมณเพศดังกล่าว จึงไม่เป็นไปตามหลักที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 11 (1) ว่าด้วยหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมาย อีกทั้งมาตรการดังกล่าวไม่ได้ปรากฏในหลักพระธรรมวินัย

3) **เสรีภาพทางศาสนาในการอุปสมบทภิกษุณี** ประกาศห้ามพระภิกษุให้การอุปสมบทภิกษุณี พ.ศ. 2471 ของสมเด็จพระสังฆราชกรมหลวงชินวราลงกรณ เป็นคำสั่งที่ยังมีผลบังคับใช้ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ถือได้ว่าเป็นกฎหมายลำดับรอง ที่ทำให้กระทบต่อสิทธิสตรีในการอุปสมบทเป็นภิกษุณี ขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันในการนับถือศาสนา ตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองในการตั้งกระทู้ถาม เรื่องการบวชภิกษุณีในประเทศไทย โดยนางระเบียบรัตน์ พงษ์พานิช เป็นผู้ตั้งคำถาม รองนายกรัฐมนตรีนายวิษณุ เครืองาม ถึงคำสั่งของสมเด็จพระสังฆราชกรมหลวงชินวราลงกรณว่าเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ท่านรองนายกฯ ให้คำตอบว่า รัฐไม่อาจพูดได้ว่าเป็นเรื่องขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ เพราะเป็นเรื่องของศาสนา ไม่ใช่เรื่องของการแทรกแซงหรือการห้ามโดยรัฐ⁶⁷ การห้ามหญิงได้รับการ

⁶⁷ กระทั่งท่าน เรื่อง การบวชเป็นภิกษุณีในประเทศไทย โดยนางระเบียบรัตน์ พงษ์พานิช เป็นผู้ตั้งคำถาม รองนายกรัฐมนตรีวิษณุ เครืองาม เป็นผู้ตอบ รายงานการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 21 ณ ตึกรัฐสภา วันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2545.

อุปสมบทภิกษุณีในประเทศไทย จึงไม่เป็นไปตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 26 ห้ามเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าบุรุษหรือสตรี และ ข้อ 18 ได้รับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการนับถือศาสนา และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมระหว่างประเทศ ค.ศ. 1966 ข้อ 2 (2) และ ข้อ 3 ได้รับรองความเท่าเทียมระหว่างสตรีกับบุรุษ โดยไม่เลือกปฏิบัติต่อชายหรือหญิง ที่ประเทศไทยอยู่ภายใต้พันธกรณีดังกล่าว ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 ที่ให้การรับรองความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง และมาตรา 31 ในการนับถือหรือเชื่อในศาสนาของตน

4) สิทธิในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง คำสั่งมหาเถรสมาคม เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเกี่ยวข้องกับการเมือง พ.ศ. 2538 ผู้ศึกษาได้ค้นพบว่า การห้ามพระภิกษุเกี่ยวข้องกับการเมืองโดยไม่มีข้อยกเว้นนั้น เป็นข้อจำกัดที่ขัดต่อหลักแสดงความคิดเห็น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 34 และ มาตรา 44 ว่าด้วยสิทธิในการชุมนุม ประกอบกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 19 กับ ข้อ 20 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 19 กับ ข้อ 21 ดังกล่าวไว้แล้ว และเมื่อนำหลักมหาปเทศ 4 มาพิจารณาการอภิปรายหรือบรรยายเกี่ยวกับการเมืองไม่ได้มีข้อบัญญัติห้ามในทางพระธรรมวินัยที่ชัดเจน ประกอบกับมหาวิทยาลัยสงฆ์มีการจัดสัมมนาหรือจัดการเรียนการสอนเกี่ยวกับวิชารัฐศาสตร์ นิติศาสตร์ สรุปได้ว่า การอภิปรายหรือบรรยายเรื่องเกี่ยวกับการเมืองจึงเหมาะสมแก่พระภิกษุ แต่ต้องไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายโดยการว่าร้ายหรือใส่ร้ายผู้อื่นในการอภิปรายหรือบรรยาย และมีลักษณะเป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการ

5) สิทธิทางการศึกษา คำสั่งมหาเถรสมาคม ที่ 1/2564 เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเรียนวิชา หรือสอบแข่งขัน หรือสอบคัดเลือกอย่างคฤหัสถ์ พ.ศ. 2564 มีประเด็นการตรากฎไม่เป็นไปตามหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เนื่องจากกฎและคำสั่งมหาเถรสมาคม มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ตามหลักการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นผ่านกระบวนการนิติบัญญัติเท่านั้น คำสั่งดังกล่าว จึงเป็นการจำกัดสิทธิทางการศึกษา และเสรีภาพทางวิชาการที่พระภิกษุจะมีสิทธิเลือกศึกษา คำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎที่ตราขึ้นโดยเกินขอบอำนาจที่พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ให้อำนาจไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26 ว่าด้วยการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และขัดต่อมาตรา 34 ว่าด้วยเสรีภาพทางวิชาการ และไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมระหว่างประเทศ ค.ศ. 1966 ข้อ 13 (1) กำหนดว่าทุกคนมีสิทธิในการศึกษาวิชาการอย่างเท่าเทียมกันที่ประเทศไทยเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว

7.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเสนอแนวทางแก้ไขข้อจำกัดตามประเภทกฎหมาย ได้ดังนี้

1) แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเฉพาะของพระภิกษุ ปัจจุบันมีเฉพาะสิทธิในการเลือกตั้ง ซึ่งผลที่ตามมาทำให้พระภิกษุเหล่านั้นถูกจำกัดสิทธิอื่นตามมาด้วย เช่น การเข้าชื่อเสนอร่างกฎหมายเข้าสภา สิทธิลงสมัครรับเลือกตั้ง แน่แน่นอนว่าอาจมองว่าเป็นเรื่องไม่เหมาะสม แต่ให้เฉพาะสิทธิในการเลือกตั้งแก่พระภิกษุใช้ว่าจะเกิดความเสียหายร้ายแรงต่อพระพุทธศาสนา เพราะวิสัยของพระภิกษุมีความต่างกัน คือ จะใช้สิทธิหรือไม่อยู่ที่พระภิกษุไตร่ตรองพิจารณาตามสมควร โดยเสนอแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 96 แห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยยกเลิกอนุมาตรา 1

2) ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 เพื่อผ่อนคลายหรือลดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพุทธศาสนาในเชิงอำนาจ โดยแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 ที่อาจส่งผลให้เกิดการขัดกันต่อหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหรือผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาว่าบริสุทธิ์ จนกว่าศาลจะพิพากษาถึงที่สุดว่าผู้นั้นมีความผิด อันเป็นหลักสิทธิมนุษยชนประการหนึ่ง มิใช่ให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการใช้หลักดุลพินิจเพื่อสละสมณเพศอันจะเป็นการแทรกแซงเสรีภาพทางศาสนาโดยเกินสมควรแก่เหตุได้ ส่วนกรณีการควบคุมพระภิกษุไว้สอบสวนให้เป็นอำนาจของพนักงานสอบสวนเช่นเดิม โดยแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 โดยให้กำหนดสถานที่อื่นนอกจากเรือนจำเพื่อควบคุมพระภิกษุเป็นการเฉพาะเพื่อไม่ให้กระทบต่อการปฏิบัติศาสนกิจจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด

3) แก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายลำดับรอง ดังนี้

แก้ไขคำสั่งมหาเถรสมาคม เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเกี่ยวของกับการเมือง พ.ศ. 2538 คือการแก้ไขปัญหาในระยะเบื้องต้น ควรแก้ไขคำสั่งมหาเถรสมาคม เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเกี่ยวของกับการเมือง พ.ศ. 2538 เพื่อเปิดโอกาสในการแสดงออกเชิงปฏิบัติ คือ สิทธิในการชุมนุมโดยสันติตามมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ควรแก้ไขเพิ่มเติมในข้อ 6 แก่เป็น “ห้ามพระภิกษุสามเณรร่วมชุมนุมในการเรียกร้องสิทธิของบุคคลหรือคณะบุคคลใด ๆ เว้นแต่ การชุมนุมนั้นเป็นไปเพื่อปกป้องพระพุทธศาสนาหรือเพื่อเรียกร้องสิทธิในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคณะสงฆ์ ทั้งนี้ต้องเป็นไปโดยสันติวิธีและอยู่ในกรอบพระธรรมวินัย” และเพื่อเปิดโอกาสให้พระภิกษุมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นในทางวิชาการเกี่ยวกับการเมือง มาตรา 34 วรรคแรก แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ข้อ 7 แก่เป็น “ห้ามพระภิกษุสามเณรร่วมอภิปราย หรือบรรยายเรื่องเกี่ยวกับการเมืองซึ่งจัดขึ้นทั้งในและนอกวัด เว้นแต่ อภิปรายหรือบรรยายเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการ” และการแก้ไขปัญหาในระยะต่อมา ควรยกเลิกคำสั่งมหาเถรสมาคม เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเกี่ยวของกับการเมือง พ.ศ. 2538

แล้วมาบังคับใช้กฎหมายทั่วไป การขออนุญาตการชุมนุมนั้นก็มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน โดยบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เป็นเกณฑ์ทั่วไป เพื่อให้สอดคล้องกับสิทธิในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการชุมนุมโดยสันติ อย่างไรก็ตาม พระภิกษุยังต้องปฏิบัติในกรอบของพระธรรมวินัยโดยไม่ใช้ความรุนแรง ทั้งนี้ การชุมนุมนั้นต้องเป็นไปเพื่อปกป้องพระพุทธศาสนา หรือเพื่อเรียกร้องสิทธิในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคณะสงฆ์ โดยต้องเป็นไปโดยสันติวิธีและอยู่ในกรอบพระธรรมวินัย

แก้ไขคำสั่งมหาเถรสมาคม ที่ 1/2564 เรื่อง กรณีพระภิกษุสามเณรเรียนวิชา หรือสอบแข่งขัน หรือสอบคัดเลือกอย่างคฤหัสถ์ พ.ศ. 2564 การแก้ไขปัญหในระยะเบื้องต้น คือ ให้ระบุเนื้อหาวิชาที่ห้ามเรียนไว้ชัดเจน ได้แก่ ห้ามพระภิกษุเรียนวิชาแพทย์ วิศวกรรม ช่าง สอบทนาย อันเป็นลักษณะวิชาชีพเฉพาะ และยกเลิกคำว่า “วิชาอย่างคฤหัสถ์” เพื่อไม่ให้เกิดการตีความที่ไม่ชัดเจน ในการพิจารณารับเข้าศึกษาให้ขึ้นอยู่กับสถาบันเป็นหลัก โดยใช้เกณฑ์คุณสมบัติ ความสามารถเท่าเทียมกับบุคคลอื่น ๆ เพื่อไม่ให้กระทบกับเสรีภาพทางวิชาการในการศึกษาเกินสมควร และเพื่อให้พระภิกษุ สามเณรเข้าถึงการศึกษามากขึ้น อันจะทำให้สอดคล้องหลักเสรีภาพในทางวิชาการตามมาตรา 34 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 และการแก้ไขปัญหในระยะต่อมา หากจำเป็นต้องปฏิรูปการศึกษาของคณะสงฆ์ การยกเลิกคำสั่งมหาเถรสมาคม ที่ 1/2564 จะช่วยให้สิทธิของพระภิกษุในการศึกษาไม่เกิดปัญหากรณีการเข้าศึกษาในสถาบันต่าง ๆ ไม่ขึ้นอยู่กับเฉพาะกับมหาวิทยาลัยสงฆ์เท่านั้น พระภิกษุจะมีสิทธิการเลือกเรียนในมหาวิทยาลัยอื่น ๆ นอกจากมหาวิทยาลัยสงฆ์ ตามความสามารถที่ตนจะศึกษาในสถาบันนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม วิชาแพทย์ วิศวกรรม ช่าง สอบทนาย หรือสอบข้าราชการ อันมีลักษณะเป็นวิชาชีพเฉพาะ ยังคงไม่เหมาะสมอยู่เช่นเดิม ยกเว้นแต่วิชาชีพครูที่พระภิกษุสามารถเข้าสอบเพื่อขอใบประกอบวิชาชีพได้

ควรยกเลิกประกาศห้ามพระเณรไม่ให้บวชหญิงเป็นบรรพชิต พ.ศ. 2471 เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิทางศาสนาของชายและหญิงเท่าเทียมกัน และไม่ควรเลือกปฏิบัติกับสตรีในการอุปสมบทเป็นภิกษุณี⁶⁸

⁶⁸ ผู้อ่านสามารถดูข้อเสนอแนะทั้งหมด 3 ระยะ ได้ในวิทยานิพนธ์ของผู้วิจัยเรื่อง “ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพระภิกษุในระบบกฎหมายไทย” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์*

Freedom of Panorama in Copyright Law

คณิงนิจ ขาวแสง

Khanuengnit Khaosaeng

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Assistant Professor Dr.

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

Corresponding author E-mail: khanuengnit@law.chula.ac.th

(Received: August 14, 2025; Revised: October 1, 2025; Accepted: October 3, 2025)

บทคัดย่อ

เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (freedom of panorama) เป็นหลักการที่ถูกพัฒนาขึ้นในลักษณะของการเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อให้บุคคลสามารถบันทึกภาพอาคารสิ่งปลูกสร้าง ประติมากรรม หรืองานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หลักการนี้มุ่งที่จะสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของผลงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะกับประโยชน์ของสาธารณชนและคุณค่าทางศิลปะในทัศนียภาพ แม้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจะได้รับการยอมรับและบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายหลายประเทศทั่วโลก แต่กลับไม่มีนิยามและขอบเขตที่แน่ชัดและเป็นหนึ่งเดียวกัน ทั้งนี้การกำหนดขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพให้กว้างย่อมเป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่การให้ขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่แคบเกินไปก็จะเป็นการจำกัดเสรีภาพของปัจเจกชนและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ บทความวิจัยนี้นำเสนอที่มา หลักการและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ โดยศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายในต่างประเทศจำนวน 20 ประเทศและบทบัญญัติของประเทศไทย บทความวิจัยนี้เสนอบทวิเคราะห์ในประเด็นการกำหนดขอบเขต การปรับใช้และการตีความบทบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักคิดพื้นฐานของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพและหลักการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยคำนึงถึงการถ่วงดุลอย่างเหมาะสมระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์กับคุณค่าของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในประเด็นสำคัญ 5 ประการ ได้แก่ การกำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงานนั้น ลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้กระทำต่องานเหล่านั้น ขอบเขตการนำไปใช้ในทางพาณิชย์ และการกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติม

คำสำคัญ: เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ, การถ่ายภาพ, ลิขสิทธิ์, การละเมิดลิขสิทธิ์, ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

* บทความวิจัยนี้จัดทำขึ้นเพื่อเผยแพร่ผลการศึกษาวิจัยเรื่อง “เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (Freedom of Panorama) ตามกฎหมายลิขสิทธิ์” ได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากทุนพัฒนาอาจารย์ใหม่/นักวิจัยใหม่ กองทุนรัชดาภิเษกสมโภช ปีงบประมาณ พ.ศ. 2568 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

Freedom of panorama is a principle developed as a copyright infringement exception, allowing individuals to reproduce images of copyrighted buildings, sculptures, or other artistic works permanently situated in public spaces without obtaining permission from the copyright holder. This principle aims to strike a balance between the rights of authors of works located in public spaces and the public interest as well as the artistic value inherent in the surrounding scenery. Although freedom of panorama has been recognized and codified as a copyright exception in the legislation of numerous countries worldwide, there remains no universally accepted or clearly defined scope and definition. A broad formulation of this freedom would limit the rights of copyright holders, whereas an overly narrow scope would restrict individuals' freedom and undermine the public interest. This research article examines the origins and theoretical foundations of freedom of panorama, conducting a comparative analysis of copyright infringement exceptions relating to this principle under the laws of 20 foreign jurisdictions and Thailand. It offers a critical assessment regarding the determination of scope, application, and interpretation of such provisions to ensure consistency with both the underlying rationale of freedom of panorama and the general principles governing copyright exceptions. The analysis emphasizes the need for an appropriate balance between the rights of copyright owners and the societal value of freedom of panorama, focusing on five key aspects: (1) the categories of copyrighted works covered under the exception; (2) the manner in which such works are situated; (3) the types of acts permitted with respect to those works; (4) the extent of permissible commercial use; and (5) the inclusion of any additional requirements.

Keywords: Freedom of Panorama, Photography, Copyright, Copyright Infringement, Copyright Exception

1. บทนำ

วิวทิวทัศน์ธรรมชาติ ตึก อาคาร และสิ่งก่อสร้างอันเป็นงานสถาปัตยกรรม รูปปั้นหรืองานประติมากรรมที่จัดแสดงในสวนสาธารณะ ภาพจิตรกรรมฝาผนังบนอาคารในเขตเมืองล้วนเป็นทัศนียภาพในพื้นที่ชุมชนหรือเมืองโดยทั่วไปที่ประชาชนสามารถมองเห็นได้เป็นปกติ การเสพบรรยากาศและสภาพแวดล้อมเช่นนี้เป็นสิ่งที่คนทุกคนพึงกระทำได้ แต่นอกจากการมองและชื่นชมบรรยากาศแล้ว ทิวทัศน์และงานที่ปรากฏในทัศนียภาพเหล่านี้มักถูกบันทึกไว้ในหลากหลายรูปแบบ ทั้งที่เป็นการเก็บไว้เป็นความทรงจำส่วนตัวของผู้บันทึก และการบันทึกเพื่อนำเสนอภาพบรรยากาศของพื้นที่สาธารณะและผู้คนในเมือง

ซึ่งภาพเหล่านี้อาจปรากฏในลักษณะที่หลากหลาย เช่น การวาดเขียน การถ่ายภาพด้วยกล้องถ่ายรูป และการบันทึกเป็นภาพยนตร์และสื่อดิจิทัล โดยผู้บันทึกภาพอาจเป็นนักท่องเที่ยวหรือช่างภาพทั้งมือสมัครเล่นและมืออาชีพ อย่างไรก็ตาม วัตถุที่ปรากฏในทัศนียภาพเหล่านั้นอาจเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ การบันทึกภาพงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ เมื่อกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์จึงอาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการนำภาพที่บันทึกเหล่านั้นไปเผยแพร่ในสื่อต่าง ๆ เช่น การนำเสนอภาพบนอินเทอร์เน็ตทางเว็บไซต์และสื่อสังคมออนไลน์ การตีพิมพ์ภาพลงในสื่อสิ่งพิมพ์อย่างหนังสือพิมพ์ นิตยสาร โปสเตอร์และโปสเตอร์ และการเผยแพร่ภาพของงานเหล่านั้นซึ่งปรากฏในภาพยนตร์และสื่อดิจิทัล ยิ่งไปกว่านั้น อาจมีการนำภาพที่บันทึกได้ไปใช้เพื่อประกอบการโฆษณาสินค้า พิมพ์ลงบนเสื้อยืด หรือดัดแปลงเป็นงานโมเดลวัตถุเพื่อการค้าหรือแสวงหากำไร

การบันทึกภาพในทัศนียภาพทำให้เกิดการขัดแย้งกันระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะและสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั่วไปในการบันทึกและเผยแพร่ทัศนียภาพที่มีงานอันมีลิขสิทธิ์ปรากฏอยู่ ด้วยเหตุนี้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (freedom of panorama) จึงเป็นหลักการที่ถูกพัฒนาขึ้นในลักษณะของการเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อให้บุคคลสามารถบันทึกภาพสิ่งปลูกสร้างหรือประติมากรรม และ/หรือ งานศิลปะอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม แม้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจะได้รับการยอมรับและบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายหลายประเทศทั่วโลก แต่กลับไม่มีนิยามและขอบเขตที่แน่ชัดและเป็นหนึ่งเดียวกัน ทั้งนี้การกำหนดขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพให้กว้างย่อมเป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ และในขณะเดียวกันการให้ขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่แคบเกินไปก็จะเป็นการจำกัดเสรีภาพของปัจเจกชนและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

ความตระหนักของสาธารณชนเกี่ยวกับลิขสิทธิ์และสิทธิของผู้ใช้นั้นเริ่มเพิ่มขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคที่เทคโนโลยีด้านการสื่อสารพัฒนาไปอย่างมาก กลุ่มโครงการข้ามชาติ เช่น โครงการของ Wikimedia Foundation ซึ่งเป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรที่สนับสนุนโครงการเผยแพร่ความรู้เสรี เช่น เว็บไซต์ Wikipedia หรือโครงการของ Google เช่น Google Street View ที่ให้ผู้ใช้สามารถมองเห็นภาพถ่ายแบบ 360 องศาของสถานที่จริงทั่วโลกในระดับถนน โดยสามารถเดินทางเสมือนจริงไปตามถนน หน้าร้านค้า อาคาร หรือจุดท่องเที่ยวต่าง ๆ ได้ผ่านหน้าจออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ และโครงการของ Niantic ซึ่งเป็นบริษัทพัฒนาซอฟต์แวร์จากสหรัฐอเมริกาที่มีชื่อเสียงจากการสร้างเกมมือถือแบบเสมือนจริง (Augmented Reality หรือ AR) ที่ใช้แผนที่และจำลองสถานที่จริงในโลกเป็นส่วนหนึ่งของการเล่นเกม เช่น เกม Pokémon Go เทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงและพัฒนาไปอย่างก้าวกระโดดนี้ทำให้โครงการเหล่านี้มีบทบาทสำคัญในการทำให้เกิดแนวคิดในการผลักดันและสนับสนุนเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ¹

¹ Mélanie Dulong de Rosnay and Pierre-Carl Langlais, "Public artworks and the freedom of panorama controversy: a case of Wikimedia influence," *Internet Policy Review* 6, no. 1 (2017): 9-10.

1.1 คำโครงการวิจัย

งานวิจัยชิ้นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาที่มา หลักการและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (freedom of panorama) บทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายในต่างประเทศและประเทศไทย เพื่อเสนอบทวิเคราะห์ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเด็นการกำหนดขอบเขต การปรับใช้ และการตีความบทบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักคิดพื้นฐานของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพและหลักการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยคำนึงถึงการถ่วงดุลอย่างเหมาะสมระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์กับคุณค่าของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

ผู้วิจัยได้ศึกษาขอบเขตข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในกฎหมายของต่างประเทศจำนวน 20 ประเทศ โดยศึกษากฎหมายของสหรัฐอเมริกา กฎหมายของประเทศในเครือจักรภพ (Commonwealth countries) 4 ประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และแคนาดา กฎหมายของกลุ่มประเทศนอร์ดิก (Nordic countries) 4 ประเทศ ได้แก่ สวีเดน นอร์เวย์ เดนมาร์ก และฟินแลนด์ และกฎหมายของประเทศที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป (European Union) อีก 11 ประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมนี เบลเยียม ฮังการี ออสเตรีย สเปน กรีซ ลักเซมเบิร์ก เอสโตเนีย ลิทัวเนีย และอิตาลี และศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

บทความวิจัยนี้แบ่งออกเป็น 5 ส่วน โดยส่วนแรกเป็นการนำเสนอเค้าโครงการวิจัย นิยามและที่มาของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ แนวคิดและหลักการที่สนับสนุนเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ และภาพรวมของปัญหาในการบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ ส่วนที่ 2 นำเสนอประเด็นที่ต้องพิจารณาในการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพซึ่งมีอยู่ 5 ประการ ได้แก่ การกำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงานอันมีลิขสิทธิ์ ลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้กระทำต่องานเหล่านั้น ขอบเขตการนำงานไปใช้ในทางพาณิชย์ และการกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติม ส่วนที่ 3 ของบทความแสดงตารางเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศทั้งหมด 20 ประเทศตามประเด็นที่ได้อธิบายไปในส่วนที่ 2 ต่อมาในส่วนที่ 4 ผู้วิจัยได้นำประเด็นและข้อควรพิจารณาที่ได้จากการศึกษาในส่วนที่ 1 ถึงส่วนที่ 3 มาใช้ในการวิเคราะห์ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในกฎหมายไทย และส่วนที่ 5 นำเสนอบทสรุปและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

1.2 นิยามและที่มาของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (freedom of panorama) เป็นหลักการที่อนุญาตให้ผู้คนสามารถบันทึกภาพจากทัศนียภาพได้ แม้ว่าการทำเช่นนั้นอาจบันทึกผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น เช่น การวาดรูปตึกอาคารอันเป็นงานสถาปัตยกรรม การถ่ายภาพรูปปั้นอันเป็นงานประติมากรรม และการถ่ายภาพยนตร์ที่เห็นบรรยากาศของเมืองซึ่งอาจถ่ายตติงานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น ก็เป็นเสรีภาพที่ปัจเจกชนสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานเหล่านั้น เสรีภาพใน

การบันทึกทัศนียภาพถูกนำไปบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในหลายประเทศทั่วโลกภายใต้เงื่อนไขสำคัญอันเป็นพื้นฐานว่างานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องตั้งอยู่เป็นการถาวรในที่สาธารณะ

แนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ หรือที่เรียกว่า *panoramafreiheit* (panorama freedom)² เมื่อแรกเริ่มนั้นถูกพัฒนาขึ้นภายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี³ โดยในปี ค.ศ. 1840 ราชอาณาจักรบาวาเรียออกกฎหมายรับรองให้การบันทึกภาพงานสถาปัตยกรรมในลักษณะภายนอกและอนุสาวรีย์ที่ตั้งอยู่ในพื้นที่สาธารณะเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์⁴ ความริเริ่มนี้ได้รับการยอมรับโดยรัฐอื่น ๆ จนนำไปสู่การถกเถียงในระดับประเทศระหว่างกระบวนการรวมชาติของเยอรมนีในขณะนั้น โดยเนื้อหาการถกเถียงมุ่งเน้นถึงความสมดุลที่เหมาะสมระหว่างสิทธิของศิลปินในการควบคุมการเผยแพร่ผลงานของตน และการรักษาพื้นที่สาธารณะให้เป็น “สมบัติส่วนรวม” (*Gemeingut*)⁵ ต่อมาแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้รับการยอมรับภายในประเทศ จนเมื่อปี ค.ศ. 1876 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนี⁶ จากนั้นแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและถูกนำไปบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในหลายประเทศ ทั้งกฎหมายในระดับสหภาพยุโรป กฎหมายภายในของหลายประเทศทั่วทวีปยุโรป กฎหมายในสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร รวมถึงในประเทศไทยด้วย

² นักวิชาการฝรั่งเศส Mélanie Dulong de Rosnay และ Pierre-Carl Langlais ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการเรียกชื่อแนวคิดนี้ไว้ว่า “ที่น่าสังเกตคือ แม้แต่ในประเทศเยอรมนีเองก็ยังไม่มียกเว้นที่เป็นที่ยอมรับอย่างเป็นทางการและสม่ำเสมอในการเรียกข้อยกเว้น และข้อจำกัดเหล่านี้ แม้แนวคิดจะมีอายุยาวนานกว่า 170 ปี แต่คำศัพท์ที่ใช้เรียกแนวคิดนี้เพิ่งปรากฏขึ้นในช่วงทศวรรษ 1990 โดยคำว่า “Panoramafreiheit” น่าจะมีต้นกำเนิดมาจากประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เป็นภาษาพูดที่แพร่กระจายอย่างรวดเร็วในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมันและฝรั่งเศส ความสำเร็จในระยะแรกนี้เกิดจากการเปลี่ยนมุมมองเชิงภาษาศาสตร์ที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับการถกเถียงเรื่องการประยุกต์ใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยเปลี่ยนไปเน้นที่มุมมองของผู้ใช้เป็นหลัก ขณะที่คำว่า “ข้อยกเว้น” เน้นถึงข้อจำกัดที่มีต่อการครอบครองคุ้มครองของเจ้าของสิทธิ คำว่า “เสรีภาพ” กลับเน้นความสามารถในการนำผลงานทางปัญญากลับมาใช้ใหม่ (หรือไม่ใช้เลยก็ได้) ดังนั้น คำนี้จึงปรากฏในผลงานวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศและการปฏิบัติในยุคดิจิทัลตั้งแต่ช่วงเริ่มต้น” (Mélanie Dulong de Rosnay and Pierre-Carl Langlais, “Public artworks and the freedom of panorama controversy: a case of Wikimedia influence,” 5 (citations omitted)).

³ Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” *Art Antiquity and Law* 23, no. 4 (2018): 317.

⁴ Gesetzblatt für das Königreich Bayern 1840, No. 4, Art. II, Nr. 1, accessed 14 August 2025, <https://www.bavikon.de/object/bav:BSB-MDZ-00000BSB10345295>.

⁵ Mélanie Dulong de Rosnay and Pierre-Carl Langlais, “Public artworks and the freedom of panorama controversy: a case of Wikimedia influence,” 5.

⁶ Law relating to Copyright in Works of Fine Art, 1876 (Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, 1876), § 6 Nr. 3: “Als verbotene Nachbildung ist nicht anzusehen: ... die Nachbildung von Werken der bildenden Künste, welche auf oder an Straßen oder öffentlichen Plätzen bleibend sich befinden. Die Nachbildung darf jedoch nicht in derselben Kunstform erfolgen...” (“การกระทำต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นการซ้ำที่ต้องห้าม: ...การซ้ำผลงานศิลปกรรมที่ตั้งอยู่ถาวรบนหรือบริเวณถนนหรือสถานที่สาธารณะ อย่างไรก็ตาม การทำซ้ำนั้นต้องไม่กระทำในรูปแบบศิลปะเดียวกันกับต้นฉบับ...”).

กฎหมายลิขสิทธิ์จะเป็นกฎหมายที่เป็นธรรม เหมาะสม และสอดคล้องกับบริบททางสังคมได้ ก็ต่อเมื่อมีการสร้างสมดุลอย่างเป็นธรรมระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และสิทธิของผู้ใช้ผลงานที่ได้รับ การคุ้มครอง ดังนั้น แม้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ประโยชน์จากผลงานของตนตาม กฎหมาย แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ในหลายประเทศก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นบางประการที่อนุญาตให้บุคคลทั่วไป ใช้ผลงานที่มีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของสิทธิ ข้อยกเว้นเหล่านี้มักมีลักษณะเฉพาะเจาะจง และขอบเขตจำกัด และโดยทั่วไปจะสะท้อนหลักการของการใช้งานอย่างเป็นธรรม

ในระดับนานาชาติ อนุสัญญากรุงเบิร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม หรือ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works⁷ (อนุสัญญากรุงเบิร์น) ซึ่งเป็นกรอบมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในหมู่ประเทศภาคี แม้ไม่ได้ระบุโดยตรงถึงเสรีภาพ ในการบันทึกทัศนียภาพ แต่ก็เปิดโอกาสให้ประเทศภาคีสามารถบัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าวได้ตามหลักที่ เรียกว่า Three-step test ใน ข้อ 9(2) ซึ่งบัญญัติว่า

“... ให้เป็นไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศภาคีของสหภาพในการอนุญาตให้ทำซ้ำ ผลงานดังกล่าวในกรณีเฉพาะบางกรณี โดยมีเงื่อนไขว่าการทำซ้ำนั้นต้องไม่ขัดต่อการใช้ ประโยชน์ตามปกติของผลงาน และต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมาย ของผู้สร้างสรรค์ผลงานเกินสมควร ...”⁸

ในสหภาพยุโรป เสรีภาพในการถ่ายภาพทัศนียภาพเป็นหนึ่งในข้อยกเว้นที่ได้รับการกล่าวถึง ภายใต้ Directive 2001/29/EC (ต่อไปเรียกว่า “InfoSoc Directive”)⁹ กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อปรับให้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปมีความสอดคล้องกัน โดยเฉพาะในบริบทของ การใช้ผลงานลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลและสังคมสารสนเทศ เช่น การทำสำเนาแบบดิจิทัล การเผยแพร่ผลงาน ผ่านอินเทอร์เน็ต และข้อยกเว้นในการใช้งาน เช่น การศึกษา การวิจารณ์ และการบันทึกทัศนียภาพ ข้อ 5(3)(h) ของ InfoSoc Directive บัญญัติว่า

⁷ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886 (Berne Convention).

⁸ Berne Convention, “Article 9 ... (2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. ...”

⁹ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (InfoSoc Directive).

“... รัฐสมาชิกอาจกำหนดข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดต่อสิทธิที่กำหนดไว้ในข้อ 2 และข้อ 3 ได้ในกรณีต่อไปนี้:

...การใช้ผลงานเช่นงานสถาปัตยกรรมหรือประติมากรรมที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อให้ตั้งอยู่ถาวรในพื้นที่สาธารณะ; ...”¹⁰

แม้ว่า InfoSoc Directive ของสหภาพยุโรปมีวัตถุประสงค์ในการสร้างความกลมกลืนของกฎหมายในกลุ่มประเทศสมาชิก รวมถึงการปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเบิร์น แต่ข้อ 5(3)(h) ของ InfoSoc Directive ไม่ได้มีสภาพบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพข้อนี้ไว้เป็นกฎหมายภายในประเทศแต่อย่างใด โดยในปัจจุบันประเทศอิตาลีเป็นหนึ่งในประเทศที่ไม่มีการบัญญัติรับรองข้อยกเว้นตามแนวทางในข้อ 5(3)(h) ของ InfoSoc Directive¹¹ และแม้ประเทศสมาชิกส่วนมากจะรับหลักการนี้และนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในประเทศตน แต่แต่ละประเทศมีอิสระในการกำหนดขอบเขตของข้อยกเว้นด้านลิขสิทธิ์ของตนเอง ส่งผลให้ข้อกำหนดเกี่ยวกับเสรีภาพในการถ่ายภาพทัศนียภาพในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปมีความแตกต่างกันอย่างมาก ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดปัญหาความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการปรับใช้ข้อยกเว้นทางลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพภายในกลุ่มประเทศสมาชิกยุโรปในบางกรณี โดยเฉพาะเมื่อการบันทึกทัศนียภาพนั้นมีลักษณะของการเข้าถึงและใช้เนื้อหาที่มีลิขสิทธิ์ข้ามพรมแดน กล่าวคือ แม้การใช้ผลงานที่มีลิขสิทธิ์บางประเภทอาจได้รับการยกเว้นให้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปประเทศหนึ่ง แต่การกระทำเดียวกันนั้นอาจถูกตีความว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายของอีกประเทศสมาชิกหนึ่งได้¹²

¹⁰ InfoSoc Directive, Article 5: “Member States may provide for exceptions or limitations to the rights provided for in Articles 2 and 3 in the following cases:

...3. Member States may provide for exceptions or limitations to the rights provided for in Articles 2 and 3 in the following cases:

...(h) use of works, such as works of architecture or sculpture, made to be located permanently in public places; ...”

¹¹ กฎหมายลิขสิทธิ์ของอิตาลีไม่มีข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ อย่างไรก็ตาม อิตาลีมีประมวลกฎหมายว่าด้วยมรดกทางวัฒนธรรมและภูมิทัศน์ (Code of Cultural Heritage and Landscape, Legislative Decree no. 42 of January 22, 2004) ที่บัญญัติให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอาจถูกทำซ้ำได้ตามหลักเกณฑ์และภายใต้ข้อจำกัดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนี้ โดยต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต และต้องชำระค่าธรรมเนียม เว้นแต่ในกรณีที่การทำซ้ำดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อการใช้ส่วนบุคคล เพื่อการศึกษา หรือเพื่อการที่มีประโยชน์ (See e.g., Marco Francetti, “Italy,” in *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, eds. Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, and Pranvera Këllezi (Springer, 2018), 500).

¹² Eleonora Rosati, “Non-Commercial Quotation and Freedom of Panorama: Useful and Lawful?,” *JIPITEC* 8, no. 4 (2017): 315, para 16.

1.3 แนวคิดและหลักการที่สนับสนุนเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพมีรากฐานมาจากแนวคิดที่ว่า หากผลงานใดถูกจัดแสดงตั้งอยู่ในที่สาธารณะเพื่อให้คนทั่วไปได้ชื่นชมในเชิงสุนทรีย์ะ ใช้ในการเรียนรู้ หรือเพื่อการเสริมสร้างการพัฒนาทางปัญญาแล้ว สาธารณชนก็ควรมีสิทธิในการทำซ้ำผลงานนั้นในขอบเขตที่เหมาะสมเพื่อส่งเสริมวัตถุประสงค์เหล่านั้นต่อไปได้¹³ เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพมุ่งที่จะสร้างสมดุลระหว่างสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินและผลประโยชน์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสำคัญของการอนุญาตให้ประชาชนสามารถถ่ายภาพในพื้นที่สาธารณะได้อย่างเสรีในระดับที่เหมาะสม¹⁴

แนวคิดข้างต้นนี้สอดคล้องกับความเห็นของผู้ร่างกฎหมายและศาลในต่างประเทศ เช่น หน่วยงานรัฐที่เสนอร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศนอร์เวย์เห็นว่าข้อเสนอเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ในพื้นที่สาธารณะมีพื้นฐานมาจากข้อเท็จจริงที่ว่างานดังกล่าวเสมือนเป็นสมบัติสาธารณะในแง่หนึ่ง และไม่ควรให้ผู้สร้างสรรค์คนใดมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำส่วนหนึ่งส่วนใดของสภาพแวดล้อมภายนอกที่งานศิลปะหรืออาคารนั้นได้กลายเป็นองค์ประกอบร่วมอยู่ในนั้นโดยอาศัยการติดตั้งหรือก่อสร้างไว้ในสถานที่ดังกล่าว¹⁵ ศาลในประเทศเยอรมนีที่ได้ให้ความเห็นในลักษณะเดียวกันว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ได้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะในเสรีภาพทางทัศนียภาพ โดยมีพื้นฐานมาจากแนวคิดที่ว่างานสร้างสรรค์ที่ตั้งอยู่โดยถาวรบนถนนหรือจัตุรัสสาธารณะนั้น ได้กลายเป็นทรัพย์สินสาธารณะในแง่หนึ่ง และสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่า เมื่อผู้สร้างสรรค์ยินยอมให้มีการติดตั้งหรือก่อสร้างผลงานของตนในสถานที่สาธารณะ ย่อมถือว่าเขาได้อุทิศผลงานนั้นให้แก่สาธารณชนในระดับหนึ่ง¹⁶ ศิลปินที่สร้างสรรค์ผลงานเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวจะต้องคาดหมายได้ว่าผลงานเหล่านั้นจะถูกมองเห็นในพื้นที่สาธารณะ การชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายนำไปสู่ข้อสรุปว่า โดยหลักแล้ว เจ้าของสิทธิจะต้องยอมรับได้ว่าผลงานอาจถูกถ่ายภาพหรือบันทึกวิดีโอในสถานที่สาธารณะโดยไม่ได้รับความยินยอมจากตน¹⁷ และตามที่ศาลสูงสุดของสวีเดนได้อธิบายไว้ว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพนั้นมีรากฐานมาจากประโยชน์สาธารณะในการที่ประชาชนสามารถทำซ้ำภาพทิวทัศน์ของเมืองหรือภูมิทัศน์ได้อย่างเสรี โดยไม่กระทบต่อสิทธิในผลงานศิลปะที่ปรากฏอยู่ในนั้น¹⁸ นอกจากนี้ ผู้พิพากษาในนิวซีแลนด์ยังเคยให้ความเห็นในการวินิจฉัยคดีหนึ่งว่า “หากศิลปินสร้างประติมากรรมหรืออาคารที่ตั้ง

¹³ Barron Oda, “Mobile Devices, Public Spaces, and Freedom of Panorama: Reconciling the Copyright Act with Technological Advances and Social Norms Regarding Content Creation and Online Sharing,” *SciTech Lawyer* 14, no. 2 (2018).

¹⁴ Bryce Clayton Newell, “Freedom of Panorama: a Comparative Look at International Restrictions on Public Photography,” *Creighton Law Review* 44, no. 2 (2011): 406.

¹⁵ Prop. 104 L (2016 –2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), at 5.8.5, p.137 (เอกสารเสนอร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ของนอร์เวย์).

¹⁶ Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 192/00, 5 June 2003, *Hundertwasser-Haus*.

¹⁷ Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund*, para 29.

¹⁸ Högsta Domstolen (Supreme Court of Sweden), 4 April 2016, Case no. Ö 849-15, *BUS v Wikimedia Sverige*, para 14, p.9.

อยู่ในที่สาธารณะอย่างถาวร โอกาสเดียวที่ศิลปินจะได้รับผลตอบแทนคือจากการสร้างผลงานนั้นตั้งแต่แรกเท่านั้น”¹⁹ ดังนั้น การบันทึกภาพและนำภาพงานนั้นไปใช้จึงไม่ควรเป็นการกระทบสิทธิของศิลปินหรือเจ้าของผลงานที่เลือกตั้งผลงานของตนเองไว้ในที่สาธารณะ การที่ศาลได้วางแนวการพิจารณาเช่นนี้สะท้อนว่าศาลให้น้ำหนักในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมากกว่าประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ผลงานหรือเจ้าของลิขสิทธิ์²⁰

นอกจากนี้ ลักษณะการสร้างสรรคงานด้วยภาพและสื่อทัศนวิสัยในปัจจุบันมีรูปแบบที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเมื่อเทียบกับการสร้างสรรคงานและเทคโนโลยีในยุคเริ่มแรกที่มีการให้การคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานและเจ้าของลิขสิทธิ์ แม้การจัดแสดงงานศิลปะในพื้นที่สาธารณะจะก่อให้เกิดประโยชน์ทางสังคมและวัฒนธรรม แต่หากกฎหมายให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มงวดอย่างไม่สมเหตุผล ผลกลับจะส่งผลให้พื้นที่สาธารณะถูกจำกัดมากขึ้น เพราะเมื่อมีการติดตั้งงานศิลปะที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์ในพื้นที่เหล่านั้น สิทธิของสาธารณชนในการถ่ายภาพและเผยแพร่ภาพของสถานที่และสภาพแวดล้อมอาจถูกจำกัดหรือยกเลิกไปโดยสิ้นเชิง

ในประเด็นนี้ Julia Reda นักวิชาการชาวเยอรมันและอดีตสมาชิกรัฐสภายุโรป (Member of the European Parliament) จากประเทศเยอรมนี ได้ให้ความเห็นไว้ในเอกสารข้อเสนอให้รัฐสภายุโรป (European Parliament) พิจารณาปรับปรุง InfoSoc Directive ให้สอดคล้องกับยุคดิจิทัลและสังคมสารสนเทศเพื่อรองรับเทคโนโลยีใหม่และรับรองสิทธิของผู้ใช้งานในยุคอินเทอร์เน็ต โดยมีสาระสำคัญว่า ในกรณีการคุ้มครองลิขสิทธิ์และเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ เดิมทีกฎหมายมุ่งป้องกันการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์อย่างไม่เหมาะสม เช่น การขายโปสการ์ดจำนวนมาก โดยไม่กังวลต่อการถ่ายภาพส่วนตัวของนักท่องเที่ยวทั่วไป แต่ในปัจจุบัน นักท่องเที่ยวสามารถถ่ายภาพดิจิทัลและเผยแพร่ลงสื่อสังคมออนไลน์ซึ่งอาจเข้าถึงได้โดยผู้คนทั่วโลก ด้วยพฤติกรรมเช่นนี้ของชาวยุโรปนับล้านคน กฎหมายลิขสิทธิ์จะมีความยุติธรรมและใช้ได้จริง ก็ต่อเมื่อการถ่ายภาพอาคารหรือประติมากรรมในที่สาธารณะได้รับการยกเว้นจากลิขสิทธิ์ มิฉะนั้นจะเป็นภาระเกินควรต่อกิจกรรมออนไลน์ประจำวัน นอกจากนี้ การหลอมรวมกันของสื่อ (media convergence) ได้เปลี่ยนแปลงวิธีที่ผู้คนสร้างและบริโภคเนื้อหาอย่างมาก แต่กฎหมายยุโรปยังไม่ทันต่อการเปลี่ยนแปลงนี้ หากข้อยกเว้นทางกฎหมายจะสามารถปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกในยุคดิจิทัลได้จริง ก็ต้องไม่จำกัดแค่เนื้อหาที่เป็นข้อความ แต่ต้องครอบคลุมถึงสื่อภาพและเสียง และบัญญัติไว้ให้ยืดหยุ่นพอที่จะรองรับรูปแบบการแสดงออกทางวัฒนธรรมใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นในอนาคต²¹

¹⁹ *Radford v Hallensteins Bros Ltd*, (District Court) Auckland CIV 2005-004-3008, 17 July 2006, Judge Hubble; *Radford v Hallenstein Bros Ltd*, (High Court of New Zealand) Auckland CIV 006-404-004881, [2007] BCL 363, Keane J, para [4].

²⁰ Aura Bertoni and Maria Lilla Montagnani, “Public Art and Copyright Law: How the Public Nature of Architecture Changes Copyright Protection,” *Future Anterior: Journal of Historic Preservation History, Theory, and Criticism* 12, no. 1 (2015): 49-50

²¹ Julia Reda, Draft report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2014/2256 (INI)), 15 January 2015, p.11.

ความเห็นของ Julia Reda สอดคล้องกับความเห็นของนักวิชาการท่านอื่นที่สะท้อนว่า เทคโนโลยีสมัยใหม่กำลังทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อกระบวนการสร้างสรรค์และการจัดการภาพถ่ายอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องด้วยการสร้างภาพถ่ายโดยบุคคลทั่วไปในพื้นที่สาธารณะมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ประกอบกับการเผยแพร่ภาพถ่ายดังกล่าวอย่างแพร่หลายผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต กฎหมายที่กำหนดข้อจำกัดในการถ่ายภาพหรือเผยแพร่ภาพในพื้นที่สาธารณะจึงมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดข้อจำกัดต่อเสรีภาพทางความคิดสร้างสรรค์มากยิ่งขึ้น เมื่อเทียบกับบริบทในช่วงเวลาที่กฎหมายลิขสิทธิ์เริ่มมีผลบังคับใช้ในระบแรกเริ่ม²² ดังนั้น การบัญญัติคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่ให้เกิดการบันทึกและเผยแพร่ภาพที่บันทึกได้จากทัศนียภาพอาจกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกได้ เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจึงอาจถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการแสดงออก (freedom of expression)²³ และเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร (freedom of information)²⁴ อันเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Convention on Human Rights หรือ ECHR) ปี ค.ศ. 1950²⁵ และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR)²⁶

นอกจากแนวคิดข้างต้นที่ว่าสิทธิของผู้สร้างสรรค์และเจ้าของลิขสิทธิ์ควรถูกจำกัดด้วยเหตุที่ได้ยินยอมให้จัดแสดงผลงานไว้ในที่สาธารณะ และรูปแบบการสร้างสรรค์ภาพและเผยแพร่ทัศนียภาพควรได้รับการรับรองภายใต้เสรีภาพในการแสดงออกนั้น หลักการอีกประการหนึ่งที่สามารถสนับสนุนหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้ คือ สิทธิมนุษยชนในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรม (to participate in the cultural life of the community) ดังที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ข้อ 27 วรรคหนึ่งได้บัญญัติว่า “ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชนอย่างเสรี มีสิทธิที่จะเพลิดเพลินกับศิลปะ และมีสิทธิที่จะแบ่งปันความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และประโยชน์ที่เกิดจากสิ่งนั้น” ภายใต้หลักการดังกล่าว การบันทึกและเผยแพร่ภาพถ่ายจากทัศนียภาพในพื้นที่สาธารณะ แม้จะมีผลงานที่อยู่ภายใต้ลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นปรากฏอยู่ในภาพด้วย ก็ควรได้รับการคุ้มครองในระดับที่ไม่ด้อยไปกว่าสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เพื่อส่งเสริมเสรีภาพในการเข้าถึงวัฒนธรรม ความคิดสร้างสรรค์ และการสื่อสารของประชาชนในสังคม

²² Andrew Inesi, “Images of Public Places: Extending the Copyright Exemption for Pictorial Representations of Architectural Works to Other Copyrighted Works,” *Journal of Intellectual Property Law* 13, no. 1 (2005): 63; Bryce Clayton Newell, “Freedom of Panorama: a Comparative Look at International Restrictions on Public Photography,” 409.

²³ Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” 327, 330-331; Joshua Lobert, et.al., “The EU Public Interest Clinic and Wikimedia Present: Extending Freedom of Panorama in Europe,” *HEC Paris Research Paper No. LAW-2015-1092* (April 2015), accessed 14 August 2025, <http://ssrn.com/abstract=2602683>; Alifia Qonita Sudharto, “Freedom of Expression and Right to Privacy in the European Union: The Right to Photographs Private Properties,” *Indonesian Journal of International Law* 11, no. 4 (2014): 511-536.

²⁴ Prop. 104 L (2016 –2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), at 5.8.5, p.137 (เอกสารการเสนอร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ของนอร์เวย์)

²⁵ ECHR, Article 10.

²⁶ UDHR, Article 19.

1.4 ปัญหาในการบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

แม้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจะได้รับการยอมรับและถูกนำไปบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในหลายประเทศ แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ที่บัญญัติถึงเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในนานาประเทศนั้นกลับไม่มีแนวทางในการกำหนดขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่เป็นอันหนึ่งเดียวกัน²⁷ ในทางตรงข้าม เงื่อนไขในการอนุญาตให้บันทึกทัศนียภาพกลับมีความแตกต่างกันในหลายประการ ดังนี้

ประการแรก ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในหลายประเทศกำหนดแตกต่างกัน กล่าวคือ บางประเทศบัญญัติอนุญาตเฉพาะงานสถาปัตยกรรมเพียงประเภทเดียว บางประเทศอนุญาตเฉพาะงานสถาปัตยกรรมและประติมากรรม บางประเทศอนุญาตทั้งงานสถาปัตยกรรม ประติมากรรมและงานประติมากรรม และบางประเทศบัญญัติอนุญาตครอบคลุมงานศิลปกรรมทุกประเภท

ประการที่สอง การกำหนดลักษณะการตั้งอยู่ของงานอันมีลิขสิทธิ์มีความแตกต่างกัน เช่น หลายประเทศกำหนดให้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องตั้งอยู่เป็นการถาวรในที่สาธารณะ ในขณะที่บางประเทศบัญญัติเพียงว่าต้องเป็นงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ โดยไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นการตั้งอยู่เป็นการถาวรแต่อย่างใด นอกจากนี้ นิยามของคำว่า “ที่สาธารณะ” และ “ตั้งอยู่เป็นการถาวร” มีขอบเขตและการตีความที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ

ประการที่สาม ลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้บุคคลสามารถทำได้ภายใต้หลักดังกล่าวมีขอบเขตที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศที่ศึกษาส่วนมากอนุญาตให้บุคคลสามารถบันทึกภาพได้เพียงในรูปแบบสองมิติ (visual or pictorial form) เท่านั้น ในขณะที่บางประเทศบัญญัติให้บุคคลสามารถ “ทำซ้ำ” (reproduce) งานที่เข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นได้โดยไม่ได้รับอนุญาตจำกัดรูปแบบในการทำซ้ำไว้

ประการที่สี่ บางประเทศบัญญัติห้ามไม่ให้บุคคลที่ได้รับอนุญาตให้กระทำตามข้อยกเว้นเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพนำงานที่ได้บันทึกนั้นไปใช้เพื่อหากำไร (for profit) หรือเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์หรือทางการค้า (commercial use) แต่บางประเทศไม่บัญญัติห้าม นอกจากนี้ ลักษณะการใช้ในทางการค้านั้นมีปัญหาในการตีความโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้งานที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่งานในสื่อออนไลน์

ประการสุดท้าย นอกจากเงื่อนไขพื้นฐานอันเป็นองค์ประกอบการบัญญัติข้อยกเว้นภายใต้หลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่ได้กล่าวข้างต้น 4 ประการ อันได้แก่ การกำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงานนั้น ลักษณะการกระทำต่องาน

²⁷ See e.g., Benoit Michaux, “International Report,” in *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, eds. Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, and Pranvera Këllezi (Springer, 2018), 320.

เหล่านั้น และขอบเขตการนำงานไปใช้ในทางพาณิชย์แล้ว บางประเทศยังได้กำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติม เช่น การจำกัดบุคคลที่สามารถใช้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ การกำหนดให้ต้องพิจารณาถึงหลัก Three-step test ด้วยว่าการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้นขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่ และการกำหนดว่าการบันทึกภาพงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องไม่เป็นวัตถุหลักที่ปรากฏ (primary or main subject) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อนุญาตเพียงการบันทึกภาพที่ปรากฏงานอันมีลิขสิทธิ์โดยบังเอิญ (incidental inclusion) เท่านั้น เป็นต้น

2. ประเด็นที่ต้องพิจารณาในการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

จากการศึกษาวิจัยพบว่าการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในหลายประเทศทั่วโลกมีความแตกต่างกัน โดยสามารถสรุปได้เป็น 5 ประเด็น ได้แก่ การกำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงานอันมีลิขสิทธิ์ ลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้กระทำต่องานเหล่านั้น ขอบเขตการนำงานไปใช้ในทางพาณิชย์ และการกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติม โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1 ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

จากการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ พบว่าประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นนี้มีการบัญญัติแตกต่างกัน ประเทศที่กำหนดประเภทงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อนุญาตตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพโดยมีขอบเขตที่แคบที่สุดคือ สหรัฐอเมริกา ซึ่งอนุญาตเฉพาะงานสถาปัตยกรรมเพียงประเภทเดียว บางประเทศอนุญาตเฉพาะงานสถาปัตยกรรมและประติมากรรม เช่น ประเทศฝรั่งเศส และลิทัวเนีย และหลายประเทศบัญญัติอนุญาตครอบคลุมงานสถาปัตยกรรม ประติมากรรม และงานศิลปกรรมทุกประเภท เช่น เยอรมนี ออสเตรเลีย สวีเดน เดนมาร์ก นอร์เวย์ ฟินแลนด์ สเปน กรีซ ลักเซมเบิร์ก และฮังการี

2.1.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อนุญาตให้บันทึกภาพได้เฉพาะงานสถาปัตยกรรม

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สะท้อนถึงเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในสหรัฐอเมริกาปรากฏอยู่ในมาตรา 120(a) ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งบัญญัติว่า

“ลิขสิทธิ์ในงานสถาปัตยกรรมที่ได้ก่อสร้างขึ้นแล้ว ไม่รวมถึงสิทธิในการห้ามมิให้มีการจัดทำ แจกจ่าย หรือแสดงต่อสาธารณะซึ่งภาพ ภาพวาดเขียน ภาพถ่าย หรือการแสดงภาพในรูปแบบอื่นของงานนั้น หากอาคารซึ่งเป็นที่แสดงของงานดังกล่าวตั้งอยู่ในหรือสามารถมองเห็นได้ตามปกติจากสถานที่สาธารณะ”²⁸

จากถ้อยคำในบทบัญญัตินี้ กฎหมายของสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้การบันทึกทัศนียภาพครอบคลุมถึงเพียง “งานสถาปัตยกรรม” (architectural work) เพียงเท่านั้น คำว่า “งานสถาปัตยกรรม” มีนิยามตามกฎหมายว่า “การออกแบบของอาคาร (building) ซึ่งแสดงออกในสื่อที่จับต้องได้ รวมถึงตัวอาคาร แผนผังทางสถาปัตยกรรม หรือแบบร่าง งานดังกล่าวรวมถึงรูปแบบโดยรวม ตลอดจนการจัดวางและองค์ประกอบของพื้นที่และองค์ประกอบต่าง ๆ ในการออกแบบ แต่ไม่รวมถึงลักษณะมาตรฐานที่เป็นส่วนเฉพาะแต่ละรายการ”²⁹

มาตรา 120(a) ถูกเพิ่มเข้าไปในกฎหมายลิขสิทธิ์โดยกฎหมาย Architectural Works Copyright Protection Act (AWCPA) ในปี ค.ศ. 1990 รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมาย AWCPA ขึ้น เพื่อให้สหรัฐอเมริกาปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญากรุงเบิร์น ซึ่งกำหนดให้ประเทศภาคีต้องให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานสถาปัตยกรรม จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าถ้อยคำในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ปรากฏในมาตรา 120(a) นี้จึงระบุไว้เพียง “งานสถาปัตยกรรม” ตามความมุ่งหมายของกฎหมาย AWCPA อย่างไรก็ดี นิยามของคำว่า “งานสถาปัตยกรรม” ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นนี้กลับหมายมุ่งถึงสิ่งก่อสร้างเฉพาะ “อาคาร” (building) โดยในการร่างกฎหมาย AWCPA รัฐสภามองว่า “อาคาร” คือสิ่งก่อสร้างที่มนุษย์สามารถพักอาศัยได้ ซึ่งมีความหมายที่แคบและไม่ครอบคลุมถึงสิ่งก่อสร้างอื่น ๆ เช่น อนุสาวรีย์ สะพาน และงานประติมากรรมอื่น ๆ³⁰ Jane Ginsburg นักวิชาการลิขสิทธิ์ได้ให้ความเห็นต่อร่างกฎหมายฉบับนี้ว่าการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้จะทำให้มีปัญหาในการปรับใช้โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่ออาคารประกอบด้วยองค์ประกอบที่อาจได้รับความคุ้มครองแยกต่างหากในลักษณะงานจิตรกรรม หรือประติมากรรม เช่น รูปปั้นการ์กอยล์ การทำภาพหรือบันทึกภาพสิ่งเหล่านั้นโดยไม่ได้รับอนุญาตอาจถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของงานจิตรกรรมหรือประติมากรรมดังกล่าว แม้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานสถาปัตยกรรมที่ตั้งอยู่ใกล้เคียง³¹

²⁸ United States, 17 U.S. Code § 120(a): “The copyright in an architectural work that has been constructed does not include the right to prevent the making, distributing, or public display of pictures, paintings, photographs, or other pictorial representations of the work, if the building in which the work is embodied is located in or ordinarily visible from a public place.”

²⁹ United States, 17 U.S. Code §101.

³⁰ Mary LaFrance, “Public Art, Public Space, and the Panorama Right,” *Wake Forest Law Review* 55 (2020): 603-604 (citing H.R. REP. No 101-735 (1990), at 20).

³¹ Jane C. Ginsburg, “Copyright in the 101st Congress: Commentary on the Visual Artists Rights Act and the Architectural Works Copyright Protection Act of 1990,” *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 14 (1990): 495.

ส่วนสำคัญในการปรับใช้และการตีความมาตรา 120(a) จึงอยู่ที่คำว่า “งานสถาปัตยกรรม” (architectural work) ซึ่งมีนัยที่มุ่งหมายถึง “อาคาร” (building) ที่ผู้คนพักอาศัยอยู่ได้ หากไม่ใช่อาคารที่คนสามารถพักอาศัยได้ สิ่งนั้นย่อมไม่ใช่ “อาคาร” และจึงไม่เป็น “งานสถาปัตยกรรม” ที่อยู่ภายใต้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามมาตรา 120(a) เช่น ในคดี *Gaylord v. United States*³² การจัดพิมพ์และจำหน่ายแสตมป์ที่ปรากฏภาพงานประติมากรรมไม่เข้าข่ายยกเว้นมาตรา 102(a) เพราะงานประติมากรรมไม่ใช่อาคาร จึงไม่ใช่งานสถาปัตยกรรม



รูปที่ 1: แสตมป์ที่แสดงภาพประติมากรรมชื่อ “The Column”³³

โจทก์ในคดีนี้เป็นผู้สร้างประติมากรรมชื่อ “The Column” ซึ่งตั้งอยู่ที่อนุสรณ์สถานทหารผ่านศึกสงครามเกาหลีในกรุงวอชิงตัน ดี.ซี. ประติมากรรมดังกล่าวประกอบด้วยรูปปั้นทหารอเมริกันจำนวน 19 นาย แสดงภาพทหารเดินแถวในสนามรบช่วงสงครามเกาหลี เมื่อปี ค.ศ. 2005 ที่ทำการไปรษณีย์แห่งสหรัฐอเมริกา (U.S. Postal Service) ได้ออกแสตมป์เพื่อรำลึกครบรอบ 50 ปีของการลงนามสงบศึกในสงครามเกาหลี โดยมีภาพถ่ายประติมากรรมดังกล่าวซึ่งปรากฏรูปปั้นทหาร 14 นายจากทั้งหมด 19 นาย คดีนี้ Court of Federal Claims³⁴ ซึ่งเป็นศาลชั้นต้นตัดสินว่าประติมากรรมดังกล่าวไม่ถือเป็น “อาคาร” จึงไม่เข้าข่ายเป็น “งานสถาปัตยกรรม” ตามความหมายของกฎหมาย AWCPA³⁵ โดยศาลให้เหตุผลว่า ผลงานชิ้นนี้เป็นการแสดงออกทางศิลปะที่มีจุดประสงค์เพื่อสื่อสารข้อความหรือความรู้สึกมากกว่าที่จะถูกใช้เป็นพื้นที่สำหรับการอยู่อาศัยของคนทั่วไป ศาลอธิบายเพิ่มเติมว่า อนุสรณ์สถานแห่งนี้

³² *Gaylord v. United States*, 85 Fed. Cl. 59 (2008); *Gaylord v. United States*, 595 F.3d 1364 (Fed. Cir. 2010).

³³ *Gaylord v. United States*, 595 F.3d 1364 (Fed. Cir. 2010), at 1371.

³⁴ United States Court of Federal Claims เป็นศาลของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับข้อเรียกร้องค่าเสียหายต่อรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา

³⁵ นอกเหนือจากการยกข้อต่อสู้โดยอาศัยหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามบทบัญญัติมาตรา 120(a) แล้ว จำเลยในคดีนี้ยังได้ยกข้อต่อสู้อื่นเพิ่มเติมด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการโต้แย้งว่าการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของหลัก “fair use” อย่างไรก็ดีตาม ประเด็นเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่อง fair use นั้น อยู่นอกเหนือขอบเขตของงานวิจัยฉบับนี้ ผู้วิจัยจึงไม่นำมาวิเคราะห์โดยละเอียดในที่นี้

อนุญาตให้บุคคลเดินผ่านหรือเข้าถึงได้เช่นเดียวกับทางเดินหรือสะพาน แต่ไม่ได้ถูกออกแบบมาให้เข้าอยู่อาศัย (not intended for occupancy) แต่อย่างใด³⁶ ศาลอุทธรณ์เห็นชอบด้วยคำตัดสินข้างต้นของศาลชั้นต้น³⁷ นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์ยังได้อ้างอิงถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความหมายของ “อาคาร” (building) ตามที่บัญญัติไว้ในข้อบังคับของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา หรือ Code of Federal Regulations (CFR) ว่า “อาคาร” คือ “โครงสร้างที่มนุษย์สามารถอยู่อาศัยได้ ซึ่งถูกออกแบบให้มีลักษณะถาวรและไม่เคลื่อนที่ เช่น บ้านและอาคารสำนักงาน รวมถึงโครงสร้างถาวรและไม่เคลื่อนที่อื่น ๆ ที่ออกแบบมาเพื่อการอยู่อาศัยของมนุษย์ เช่น โบสถ์ พิพิธภัณฑ์ ศาลา และศาลาในสวน”³⁸ คำจำกัดความนี้ไม่รวมถึง “โครงสร้างที่ไม่ใช่อาคาร” เช่น สะพาน ทางแยก เชื้อน ทางเดิน เติ้นท์ ยานพาหนะเพื่อการพักผ่อน บ้านเคลื่อนที่ และเรือ³⁹ จากนิยามนี้ จะเห็นได้ว่าประติมากรรมกลางแจ้งที่ไม่ได้ออกแบบมาเพื่อการอยู่อาศัย ไม่เข้าเกณฑ์ของคำว่า “อาคาร” และจึงไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของกฎหมาย AWCOPA

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาในประเด็นการปรับใช้มาตรา 120(a) พบว่า ศาลได้วางแนวการตีความคำว่า “งานสถาปัตยกรรม” (architectural work) ว่าครอบคลุมถึง “อาคาร” (building) ซึ่งต้องเป็นอาคารที่ผู้คนสามารถพักอาศัยอยู่ได้ ส่วนงานจิตรกรรม และงานสถาปัตยกรรมอาจอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามมาตรา 120(a) ได้ หากงานเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งหรือเชื่อมโยงกับงานสถาปัตยกรรมในทางกายภาพ

ยกตัวอย่างเช่น คดี *Leicester v. Warner Brothers*⁴⁰ จำเลยในคดีนี้เป็นผู้สร้างภาพยนตร์ Batman Forever โดยจำเลยถ่ายทำภาพยนตร์ตอนหนึ่งโดยฉากพื้นหลังเป็นอาคาร 801 Tower ที่ตั้งอยู่ใจกลางเมืองลอสแอนเจลิสโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของตึก แต่ฉากดังกล่าวปรากฏภาพกลุ่มหอคอยสี่หอซึ่งเป็นงานประติมากรรมที่ตั้งอยู่ในลานข้างอาคาร 801 Tower ด้วย ผู้สร้างสรรคงานประติมากรรมเป็นโจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ โดยนำงานของตนไปใช้ในการถ่ายทำภาพยนตร์ โฆษณาภาพยนตร์ดังกล่าว และใช้ภาพในทางพาณิชย์เช่นการขายเสื้อที่มีภาพงานของโจทก์ปรากฏอยู่ด้วย ศาลชั้นต้นซึ่งเห็นชอบด้วยศาลอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยว่าจำเลยไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในประติมากรรมหอคอยทั้งสี่ เนื่องจากประติมากรรมที่ปรากฏในฉากภาพยนตร์นั้นไม่ถือเป็นผลงานประติมากรรมแยกต่างหาก แต่เป็นส่วนหนึ่งของงานสถาปัตยกรรมที่รวมอยู่ในอาคาร 801 Tower ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา 120(a) เหตุที่ศาลตัดสินเช่นนี้เนื่องมาจากการสร้างอาคาร 801 Tower เจ้าของโครงการจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนด

³⁶ *Gaylord v. United States*, 85 Fed. Cl. 59 (2008), at 72.

³⁷ *Gaylord v. United States*, 595 F.3d 1364 (Fed. Cir. 2010) at 1381.

³⁸ 37 CFR § 202.11(b)(1) - Architectural works: “For the purposes of this section, the term building means humanly habitable structures that are intended to be both permanent and stationary, such as houses and office buildings, and other permanent and stationary structures designed for human occupancy, including but not limited to churches, museums, gazebos, and garden pavilions.”

³⁹ 37 CFR § 202.11(d)(1): “Works excluded. The following structures, features, or works cannot be registered: ...Structures other than buildings. Structures other than buildings, such as bridges, cloverleaves, dams, walkways, tents, recreational vehicles, mobile homes, and boats.”

⁴⁰ *Leicester v. Warner Brothers*, 232 F.3d 1212 (9th Cir. 2000).

ของหน่วยงานพัฒนาเมืองในการที่ต้องจัดให้มีการสร้าง “streetwall” ที่ต่อเนื่องจากฐานของอาคารไปจนถึงแนวเขตที่ดิน เพื่อให้เกิดบรรยากาศแบบถนนในเขตเมืองและผสมผสานความงามเชิงศิลปะเข้ากับโครงสร้างเมือง ซึ่งอาคารต่าง ๆ มักตั้งชิดกันจนเกิดเป็นแนวนิ่งต่อเนื่องทั้งสองฝั่งถนน เจ้าของอาคาร 801 Tower เลือกที่จะพัฒนาองค์ประกอบทางศิลปะในพื้นที่ดังกล่าวด้วยการว่าจ้างให้โจทก์ออกแบบและติดตั้งงานศิลปะที่พิพาทในคดีนี้ในพื้นที่ลานด้านทิศใต้ของอาคาร

นอกจากนี้ งานจิตรกรรมฝาผนัง (mural) ที่ปรากฏอยู่ภายนอกอาคาร หากเป็นงานจิตรกรรมที่อยู่ติดกับอาคารนั้น แม้ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของอาคารมาแต่เดิม ก็อาจเข้าข่ายกเว้นมาตรา 120(a) ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้ โดยในคดี *Mercedes Benz USA LLC v. Lewis*⁴¹ ศาลได้ตัดสินว่าการที่บริษัท Mercedes Benz ถ่ายภาพรถยนต์เพื่อลงโฆษณาในสื่อสังคมออนไลน์ โดยภาพที่ถ่ายนั้นมีพื้นหลังเป็นงานจิตรกรรมฝาผนังที่กลุ่มศิลปินได้วาดไว้โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งปรากฏบนตึกอาคารที่ตั้งอยู่ใจกลางเมืองดีทรอยต์นั้น เป็นการกระทำที่เข้าข่ายกเว้นมาตรา 120(a) เพราะงานจิตรกรรมดังกล่าวเป็นงานที่ติดอยู่กับงานสถาปัตยกรรมที่มองเห็นในที่สาธารณะ

หากงานศิลปกรรมใดไม่ได้อยู่ติดกับอาคารที่เป็นงานสถาปัตยกรรมที่มองเห็นได้ในที่สาธารณะ งานนั้นไม่อยู่ภายใต้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น ในคดี *Davidson v. United States*⁴² ที่ทำการไปรษณีย์แห่งสหรัฐอเมริกาได้ออกแสตมป์ที่เป็นภาพหน้าของเทพีเสรีภาพ (Statue of Liberty) ซึ่งไม่ใช่เทพีเสรีภาพอันเป็นงานที่อยู่ในสาธารณสมบัติ (public domain) แต่เป็นเทพีเสรีภาพอีกชิ้นงานหนึ่งซึ่งเป็นงานประติมากรรมอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ งานประติมากรรมของโจทก์ตั้งอยู่หน้าอาคารคาสีโน New York, New York Hotel & Casino ในเมืองลาสเวกัส จำเลยยกข้อต่อสู้ประการหนึ่งว่างานของโจทก์เป็นส่วนหนึ่งของงานสถาปัตยกรรม การกระทำของจำเลยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพราะเข้าข่ายกเว้นมาตรา 120(a) คดีนี้ Court of Federal Claims พิจารณาแล้วตัดสินว่าข้อต่อสู้ของจำเลยฟังไม่ขึ้น ศาลวินิจฉัยว่าประติมากรรมของโจทก์ไม่ใช่อาคาร และบทบัญญัติมาตรา 120(a) ไม่อาจปรับใช้ได้กับงานประติมากรรม โดยศาลอธิบายว่า “การถือว่ารูปปั้นเป็นสิ่งเดียวกันกับอาคารที่เป็นส่วนประกอบของคาสีโนนั้น ไม่สอดคล้องกับการตีความตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งยังขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐสภาสหรัฐอเมริกาในการแก้ไขกฎหมายเมื่อปี ค.ศ. 1990 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อขยายความคุ้มครองให้ครอบคลุมถึงงานสถาปัตยกรรม โดยมีได้มีเจตนาที่จะลดทอนความคุ้มครองที่มีอยู่เดิมต่อผลงานประเภทอื่น ๆ”⁴³

⁴¹ *Mercedes Benz USA LLC v. Lewis*, Case No. 19-10948 (E.D. Mich. 2019).

⁴² *Davidson v. United States*, 2017 U.S. Claims LEXIS 841; *Davidson v. United States*, 138 Fed. Cl. 159 (2018).

⁴³ *Davidson v. United States*, 2017 U.S. Claims LEXIS 841, at *7.

ขอบเขตแห่งกฎหมายที่รับรองเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพไว้อย่างแคบเพียงงานสถาปัตยกรรมเช่นในสหรัฐอเมริกา เป็นผลให้การบันทึกภาพงานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่นที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ เช่น งานประติมากรรมและงานจิตรกรรม มีแนวโน้มเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และอาจทำให้ศิลปินหรือเจ้าของลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกาเริ่มใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ของตนอย่างเข้มงวดมากขึ้น ศิลปินบางรายที่มีผลงานประติมากรรมในพื้นที่สาธารณะอาจดำเนินการหรือข่มขู่ว่าจะดำเนินการบังคับใช้สิทธิต่อช่างภาพที่ถ่ายภาพผลงานของตน แม้ว่าผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นจะเป็นผู้อนุญาตให้ตั้งแสดงผลงานไว้ในที่สาธารณะเองก็ตาม⁴⁴

2.1.2 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อนุญาตให้บันทึกภาพได้เฉพาะงานสถาปัตยกรรมและประติมากรรม

ในประเทศฝรั่งเศส ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพนั้นเกี่ยวข้องกับการทำซ้ำและการแสดงผลงานสถาปัตยกรรมและประติมากรรม ดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศส (Code de la propriété intellectuelle)⁴⁵ ในมาตรา 122-5(11) ซึ่งถูกเพิ่มเติมเมื่อปี ค.ศ. 2016⁴⁶ บัญญัติว่า

“เมื่อผลงานได้ถูกเปิดเผยแล้ว ผู้สร้างสรรค์จะไม่สามารถห้ามการทำซ้ำและการแสดงผลงานสถาปัตยกรรมและประติมากรรมที่ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะ ซึ่งกระทำโดยบุคคลธรรมดา โดยยกเว้นการใช้เพื่อวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์”⁴⁷

บทบัญญัตินี้มีข้อกำหนดที่เข้มงวดเพื่อจำกัดขอบเขตการใช้งานตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ 3 ประการสำคัญ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง ข้อยกเว้นนี้ใช้ได้เฉพาะกับงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานสถาปัตยกรรมหรืองานประติมากรรมที่ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะเท่านั้น ประการที่สอง ห้ามใช้งานสถาปัตยกรรมและประติมากรรมในลักษณะเชิงพาณิชย์ และประการสุดท้าย ข้อยกเว้นนี้ใช้ได้เฉพาะกับบุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่รวมบริษัทหรือสมาคม⁴⁸

⁴⁴ See e.g. Mary LaFrance, “Public Art, Public Space, and the Panorama Right,” 615-617.

⁴⁵ French Intellectual Property Code (Code de la propriété intellectuelle).

⁴⁶ Law No. 2016-1321 of 7 October 2016.

⁴⁷ French Intellectual Property Code, Article L122-5(11): “Lorsque l’oeuvre a été divulguée, l’auteur ne peut interdire : ... 11° Les reproductions et représentations d’œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l’exclusion de tout usage à caractère commercial...”

⁴⁸ Martina Isola and Guillaume Couet, “France,” in *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, eds. Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, and Pranvera Këllezi (Springer, 2018), 433-434.

นอกจากประเทศฝรั่งเศสที่บัญญัติชัดเจนถึงงานเพียงสองประเภทคือ งานสถาปัตยกรรมและประติมากรรม สหราชอาณาจักรเป็นอีกหนึ่งประเทศที่บัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมงานทั้งสองประเภทและ “งานฝีมือศิลปะ” (work of artistic craftsmanship) อย่างไรก็ดี แนวการพิจารณาของนักวิชาการลิขสิทธิ์เห็นไปในทางสอดคล้องกันว่า “งานฝีมือศิลปะ” ตามบทบัญญัตินั้น ครอบคลุมเพียงงานที่มีลักษณะเป็นสามมิติเท่านั้น มาตรา 62 กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักร (Copyright, Designs and Patents Act 1988 หรือ CDPA) บัญญัติว่า

“การแสดงผลงานศิลปกรรมบางประเภทในที่สาธารณะ

(1) ข้อกำหนดนี้ใช้บังคับกับ—

(a) อาคาร และ

(b) ประติมากรรม แบบจำลองสำหรับอาคาร และงานฝีมือศิลปะ
ถ้าหากตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ หรือในสถานที่ที่เปิดให้ประชาชนเข้าชมได้

(2) สิทธิในงานดังกล่าวจะไม่ถูกละเมิดโดย—

(a) การสร้างงานกราฟิกที่เป็นการแสดงงานนั้น

(b) การถ่ายภาพหรือถ่ายภาพยนตร์ของงานนั้น

(c) การแพร่ภาพของงานนั้น

(3) และสิทธิในงานศิลปกรรมจะไม่ถูกละเมิดโดยการแจกจ่ายสำเนาหรือการเผยแพร่ต่อสาธารณะของสิ่งใด ๆ ที่การสร้างสิ่งนั้นไม่ได้ถือเป็นการละเมิดสิทธิตามข้อกำหนดในมาตรานี้”⁴⁹

⁴⁹ United Kingdom, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), Section 62: “Representation of certain artistic works on public display.

(1) This section applies to—

(a) buildings, and

(b) sculptures, models for buildings and works of artistic craftsmanship, if permanently situated in a public place or in premises open to the public.

(2) The copyright in such a work is not infringed by—

(a) making a graphic work representing it,

(b) making a photograph or film of it, or

(c) making a broadcast of a visual image of it.

(3) Nor is the copyright infringed by the issue to the public of copies, or the communication to the public, of anything whose making was, by virtue of this section, not an infringement of the copyright.”

คำว่า “อาคาร” (building) มีนิยามตามกฎหมาย CDPA ให้หมายรวมถึง “สิ่งปลูกสร้างถาวรใด ๆ ตลอดจนส่วนหนึ่งของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างถาวรนั้นด้วย”⁵⁰ คำว่า “ประติมากรรม” มีความหมายถึง “แม่พิมพ์หรือแบบจำลองที่สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำประติมากรรม” เมื่อพิจารณานิยามข้างต้นจะเห็นได้ว่าอาคารและประติมากรรมมีลักษณะเป็นงานที่มีรูปทรงสามมิตินักวิชาการลิขสิทธิ์หลายท่านจึงให้ความเห็นถึงการตีความคำว่า “งานฝีมือศิลปะ” (work of artistic craftsmanship) ว่ามีความหมายถึงงานศิลปกรรมในรูปแบบสามมิติ ไม่รวมถึงงานจิตรกรรม เช่น ภาพที่วาดบนกำแพงหรือจิตรกรรมฝาผนัง⁵¹

เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในประเทศออสเตรเลีย⁵² นิวซีแลนด์⁵³ และแคนาดา⁵⁴ มีการกำหนดประเภทงานที่เข้าข้อยกเว้นและใช้ถ้อยคำคล้ายคลึงกับมาตรา 62 แห่งกฎหมาย CDPA ของสหราชอาณาจักร โดยทั้งสามประเทศที่กล่าวถึงนี้ต่างบัญญัติว่า “อาคาร” (building) หรือ “สถาปัตยกรรม” (architectural work) “ประติมากรรม” (sculpture) และ “งานฝีมือศิลปะ” (work of artistic craftsmanship) อยู่ในขอบเขตงานที่รับรองในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลในประเทศนิวซีแลนด์เคยอธิบายถึงขอบเขตการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในมาตรา 73 ของกฎหมาย Copyright Act 1994 ของนิวซีแลนด์ว่า บทบัญญัตินี้อนุญาตให้มีการทำซ้ำงานที่มีรูปทรงสามมิติด้วยการทำซ้ำในรูปแบบสองมิติเท่านั้น เพื่อไม่ให้ผลงานที่ดัดแปลงนั้นเป็นการสร้างงานเดิมขึ้นใหม่หรือนำมาใช้แทนผลงานต้นฉบับได้⁵⁵ อย่างไรก็ตาม การตีความคำว่า “งานฝีมือศิลปะ” (work of artistic craftsmanship) ในประเทศต่าง ๆ เช่น สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และแคนาดา ยังคงไม่ชัดเจนว่าจะถูกจำกัดความเพียงเฉพาะงานที่อยู่ในรูปแบบสามมิติ หรืออาจตีความในเชิงกว้างเพื่อให้ครอบคลุมงานศิลปกรรมประเภทอื่น เช่น งานจิตรกรรม ทั้งนี้ยังต้องรอดูแนวทางของกฎหมายและคำพิพากษาที่จะเกิดขึ้นต่อไป

⁵⁰ Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), Section 4.

⁵¹ Francesca Barra, “The Relationship between Street Art and Freedom of Panorama under UK Law,” *Art Antiquity and Law* 26, no. 3 (2021): 244-245; Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” 319-320; Enrico Bonadio, “Copyright Protection of Street Art and Graffiti under UK Law,” *Intellectual Property Quarterly* 2 (2017): 28.

⁵² Australia, Copyright Act 1968, Sections 65-66.

⁵³ New Zealand, Copyright Act 1994, Section 73.

⁵⁴ Canada, Copyright Act (R.S.C., 1985, c. C-42), Section 32.2.

⁵⁵ See e.g. *Radford v Hallenstein Bros Ltd*, (High Court of New Zealand) Auckland CIV 006-404-004881, [2007] BCL 363 at [39].

2.1.3 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อนุญาตให้บันทึกภาพได้ทั้งงานสถาปัตยกรรม ประติมากรรม และงานศิลปกรรมทุกประเภท

หลายประเทศในทวีปยุโรปบัญญัติอนุญาตครอบคลุมงานสถาปัตยกรรม ประติมากรรม และงานศิลปกรรมทุกประเภท เช่น เยอรมนี⁵⁶ สวีเดน⁵⁷ เดนมาร์ก⁵⁸ นอร์เวย์⁵⁹ ฟินแลนด์⁶⁰ สเปน⁶¹ กรีซ⁶² ลักเซมเบิร์ก⁶³ และฮังการี⁶⁴ โดยใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติที่กว้างและครอบคลุมงานศิลปกรรมหลายประเภท เช่น คำว่า “งาน” (work) และ “งานศิลปะ” (work of art)

จากการศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายของต่างประเทศทั้ง 20 ประเทศ ผู้วิจัยสามารถสรุปประเภทของงานที่กฎหมายอนุญาตให้บันทึกได้ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ ดังนี้

ตารางที่ 1: ตารางเปรียบเทียบประเภทของงานที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

ลำดับที่	ประเทศ	งานสถาปัตยกรรม	งานประติมากรรม	งานจิตรกรรม	งานศิลปกรรม ประเภทอื่น
1	สหราชอาณาจักร	✓	✓	? (ประเด็นการตีความ “งานฝีมือศิลปะ”)	
2	ออสเตรเลีย	✓	✓	? (ประเด็นการตีความ “งานฝีมือศิลปะ”)	
3	นิวซีแลนด์	✓	✓	? (ประเด็นการตีความ “งานฝีมือศิลปะ”)	
4	แคนาดา	✓	✓	? (ประเด็นการตีความ “งานฝีมือศิลปะ”)	
5	สหรัฐอเมริกา	✓	-	-	-

⁵⁶ Germany, Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz (UrhG)), Section 59.

⁵⁷ Sweden, Act (1960:729) on Copyright in Literary and Artistic Works (Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk), Section 24.

⁵⁸ Denmark, Consolidated Act on Copyright (Bekendtgørelse af lov om ophavsret), Section 24.

⁵⁹ Norway, Act No. 40 of 15 June 2018, on Copyright for Intellectual Property (Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)), Section 31.

⁶⁰ Finland, Act No. 404/1961, amended up to Act No. 1216/2023 (Tekijänoikeuslaki), Section 25a (821/2005).

⁶¹ Spain, Consolidated Text of the Law on Intellectual Property, Regularizing, Clarifying and Harmonizing the Applicable Statutory Provisions (Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes), approved by Royal Legislative Decree No. 1/1996 of April 12, 1996, and amended up to Royal Decree-Law No. 6/2022 of March 29, 2022), Article 35(2).

⁶² Greece, Law on Copyright, Related Rights and Cultural Matters, No. 2121/1993, Article 26.

⁶³ Luxembourg, Law of April 18, 2001, on Copyright and Related Rights and Databases, Section 10(7).

⁶⁴ Hungary, Act No. LXXVI of 1999 on Copyright, Section 68.

ลำดับที่	ประเทศ	งานสถาปัตยกรรม	งานประติมากรรม	งานจิตรกรรม	งานศิลปกรรม ประเภทอื่น
6	ฝรั่งเศส	✓	✓	-	-
7	เยอรมนี	✓	✓	✓	✓
8	สวีเดน	✓	✓	✓	✓
9	เดนมาร์ก	✓	✓	✓	✓
10	นอร์เวย์	✓	✓	✓	✓
11	ฟินแลนด์	✓	✓	✓	✓
12	เบลเยียม	✓	✓	✓	✓
13	ฮังการี	✓	✓	✓	✓
14	ออสเตรีย	✓	✓	✓	✓
15	สเปน	✓	✓	✓	✓
16	กรีซ	✓	✓	✓	✓
17	ลักเซมเบิร์ก	✓	✓	✓	✓
18	เอสโตเนีย	✓	✓	✓	✓
19	ลิทัวเนีย	✓	✓	-	-
20	อิตาลี	ไม่มีบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ			

2.2 ลักษณะการตั้งอยู่ของงานอันมีลิขสิทธิ์

กฎหมายที่กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในหลายประเทศบัญญัติให้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องตั้งอยู่ในที่สาธารณะและตั้งอยู่เป็นการถาวร ในขณะที่บางประเทศบัญญัติเพียงว่าต้องเป็นงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ โดยไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นการตั้งอยู่เป็นการถาวรแต่อย่างใด อย่างไรก็ดี ประเทศโดยส่วนมากไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่า “ที่สาธารณะ” และ “การตั้งอยู่เป็นการถาวร” ว่ามีขอบเขตและการตีความอย่างไร

2.2.1 การตั้งอยู่ในที่สาธารณะและตั้งอยู่เป็นการถาวร

จากการศึกษาพบว่า เบลเยียม เยอรมนี ฝรั่งเศส สเปน กรีซ และอิตาลีบัญญัติให้งานที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจะต้องเป็นงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะเป็นการถาวร ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติในข้อ 5(3)(h) ของ InfoSoc Directive สหรัฐอเมริกาบัญญัติให้งานสถาปัตยกรรมที่เข้าข้อยกเว้นต้องตั้งอยู่หรือมองเห็นได้เป็นปกติจากที่สาธารณะโดยไม่ได้ระบุว่าต้องตั้งอยู่เป็นการถาวรด้วยหรือไม่ ส่วนลักเซมเบิร์กบัญญัติถึงงานใด ๆ ที่ตั้งอยู่ในสถานที่สาธารณะสามารถเข้าถึงได้โดยไม่ได้ระบุว่าต้องตั้งอยู่เป็นการถาวรหรือไม่

นอกจากนี้ ในหลายประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร นิวซีแลนด์ ออสเตรเลีย แคนาดา สวีเดน เดนมาร์ก นอร์เวย์ และฟินแลนด์บัญญัติถึงการตั้งอยู่ของงานโดยแยกแยะระหว่างงานสถาปัตยกรรมหรืออาคารออกจากงานประเภทอื่น กล่าวคือ ไม่กำหนดเงื่อนไขว่างานสถาปัตยกรรมหรืออาคารต้องตั้งอยู่ในที่สาธารณะและตั้งอยู่เป็นการถาวรหรือไม่ แต่กลับกำหนดเงื่อนไขให้แก่งานประเภทอื่น เช่น งานประติมากรรมต้องตั้งอยู่เป็นการถาวรในที่สาธารณะ เป็นต้น ผู้วิจัยเห็นว่าเหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากอาคารหรือสถาปัตยกรรมที่ก่อสร้างแล้ว โดยสภาพของงานย่อมเป็นวัตถุที่ตั้งอยู่เป็นการถาวรและตั้งอยู่ในที่สาธารณะหรือสามารถมองเห็นได้จากที่สาธารณะนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น สวีเดนบัญญัติข้อยกเว้นในกฎหมายลิขสิทธิ์ มาตรา 24 วรรคแรก ไว้ว่า “งานศิลปกรรมอาจถูกทำซ้ำในรูปแบบภาพได้ หากงานนั้นตั้งอยู่ถาวรภายนอกอาคารในสถานที่สาธารณะ” ส่วนวรรคท้ายของมาตรานี้บัญญัติว่า สิ่งปลูกสร้าง (*byggnader* หรือ *building*) สามารถถูกทำซ้ำในรูปแบบภาพได้อย่างเสรี⁶⁵

2.2.1.1 การพิจารณาลักษณะของ “การตั้งอยู่เป็นการถาวร”

“การตั้งอยู่เป็นการถาวร” (*permanently located*) มีแนวทางในการพิจารณา เช่นไร เนื่องจากงานในบางสถานที่อาจเป็นเพียงการจัดแสดงชั่วคราวในระยะเวลาไม่กี่วัน ไม่กี่สัปดาห์ แต่ในบางกรณีอาจมีกำหนดในการจัดแสดงในที่สาธารณะนานเป็นปี เช่น งานประติมากรรมที่จัดแสดงบนแท่นที่สี่ (The Fourth Plinth) ซึ่งเป็นฐานติดตั้งรูปปั้นที่จัตุรัสทราฟัลการ์ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ประติมากรรมแต่ละชิ้นมีเวลาจัดแสดงโดยประมาณอยู่ระหว่างหนึ่งปีถึงสองปี⁶⁶

⁶⁵ Sweden, Act (1960:729) on Copyright in Literary and Artistic Works (*Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk*), Section 24.

⁶⁶ ที่จัตุรัสทราฟัลการ์ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ มีแท่นฐาน (*plinth*) ตั้งอยู่ที่มุมทั้งสี่ของจัตุรัสแห่งนี้ แท่นสามแห่งมีการติดตั้งรูปปั้นถาวรมานานกว่า 150 ปีก่อน แต่แท่นที่สี่ (The Fourth Plinth) แต่เดิมมีแผนจะติดตั้งรูปปั้นทรงม้าของพระเจ้าวิลเลียมที่ 4 บนแท่นดังกล่าว แต่ไม่สามารถดำเนินการได้ สมาคมทางศิลปะ Royal Society of Arts ในประเทศอังกฤษจึงได้ทำโครงการนำผลงานประติมากรรมร่วมสมัยมาติดตั้งเป็นการชั่วคราวบนแท่นดังกล่าว โดยแต่ละผลงานจะมีระยะเวลาจัดแสดงอยู่ระหว่างหนึ่งปีถึงสองปี ดังนั้น แม้รูปปั้นบนแท่นทั้งสามจะเป็นการจัดแสดงแบบถาวรในพื้นที่สาธารณะ แต่ผลงานบนแท่นที่สี่กลับมีลักษณะเป็นการจัดแสดงชั่วคราว ถือเป็นตัวอย่างหนึ่งของความสัมพันธ์ระหว่างศิลปะร่วมสมัยกับพื้นที่สาธารณะ รายการผลงานที่เคยติดตั้งแสดงบนแท่นที่สี่ตั้งแต่ปี 1998 ถึงปัจจุบันถูกรวบรวมไว้บนเว็บไซต์ของ Art UK (Katey Goodwin, “Lists of London: Fourth Plinth,” accessed 14 August 2025, <https://artuk.org/discover/curations/lists-of-london-fourth-plinth>)

Anna Stefan ได้ให้ความเห็นถึงลักษณะของ “การตั้งอยู่เป็นการถาวร” ว่าควรพิจารณาที่วัตถุประสงค์หลักของการนำผลงานไปติดตั้งในพื้นที่สาธารณะว่าเป็นไปเพื่อให้ปรากฏอยู่เป็นระยะเวลาที่ไม่มีกำหนด (indefinite period of time) หรือไม่ หากผลงานถูกจัดแสดงในพื้นที่สาธารณะเป็นระยะเวลาที่กำหนดไว้ล่วงหน้า และมีการคาดหมายอย่างชัดเจนว่าจะมีการรื้อถอนออกภายหลัง การจัดแสดงงานดังกล่าวถือเป็นการตั้งอยู่เป็นการชั่วคราว⁶⁷ Jonathan Barrett ให้ความเห็นว่าการจำแนกระหว่างงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะเป็นการถาวรกับการตั้งอยู่เป็นการชั่วคราวนั้นจะก่อให้เกิดปัญหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อนักท่องเที่ยวที่เยี่ยมชมสถานที่สาธารณะ เช่นในกรณีของผลงานที่จัดแสดงบนแท่นที่สี่ที่จัตุรัสทราฟัลการ์ซึ่งเปลี่ยนทุกหนึ่งปีหรือสองปีนั้น หากพิจารณาแล้วไม่เป็นการตั้งอยู่อย่างถาวร ผู้คนย่อมไม่สามารถบันทึกภาพผลงานที่แสดงบนแท่นที่สี่นั้นได้ แต่สามารถบันทึกภาพงานประติมากรรมที่ตั้งอยู่บนแท่นอีกสามแท่นที่เหลือได้ นอกจากนี้ การจัดแสดงผลงานศิลปะเป็นการชั่วคราวในที่สาธารณะยังเป็นกิจกรรมที่มีอยู่เป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นการยากอย่างยิ่งที่จะคาดหมายว่าผู้ที่เยี่ยมชมงานเหล่านั้นจะไม่บันทึกภาพผลงานที่จัดแสดงเหล่านั้น⁶⁸

Jonathan Barrett ยังให้ข้อสังเกตอีกว่างานศิลปะที่แสดงในที่สาธารณะบางชิ้นถูกสร้างขึ้นโดยมีจุดประสงค์ที่ชัดเจนว่าให้เป็นเพียงงานชั่วคราว เช่น ประติมากรรมที่ทำจากวัสดุที่เสื่อมสภาพได้ง่าย ดังนั้น วัสดุที่ใช้สร้างงานประติมากรรมอาจมีความเกี่ยวข้องต่อการพิจารณาว่าเป็นงานถาวรหรือไม่ เช่น รูปปั้นที่ทำจากหินอ่อนจะมีอายุการใช้งานยาวนานกว่างานที่ทำจากกระดาษแข็ง และกระดาษแข็งก็ทนทานกว่าน้ำแข็ง แต่งานประติมากรรมเหล่านั้นอาจถูกตั้งใจให้จัดแสดงในพื้นที่สาธารณะตราบนานเท่าที่วัสดุของมันยังคงอยู่ได้⁶⁹ ในประเด็นนี้ Anna Stefan เห็นว่า “ผลงานหลายชิ้นมีอายุการดำรงอยู่ค่อนข้างสั้นและเสื่อมสภาพลงตามเวลา เนื่องจากวัสดุที่ใช้สร้างผลงานนั้นไม่คงทน เช่น ซอล์ก ทราห์ หิมะ น้ำแข็ง ดอกไม้สด เป็นต้น ... อายุขัยทางธรรมชาติที่สั้นของผลงานนี้ไม่ได้หมายความว่า การจัดแสดงในพื้นที่สาธารณะนั้นจะถือเป็นการตั้งอยู่แบบชั่วคราวเสมอไป แม้แต่สิ่งปลูกสร้างขนาดใหญ่ที่ทำจากวัสดุคงทนซึ่งสามารถคงรูปได้นานหลายศตวรรษ ก็ยังสามารถถูกทำลายได้โดยปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ เช่น แผ่นดินไหว ดังนั้น การพิจารณาว่าผลงานหนึ่ง ๆ ตั้งอยู่ในพื้นที่สาธารณะอย่างถาวรหรือไม่นั้น มิได้ขึ้นอยู่กับความคงทนของวัสดุที่ใช้สร้างผลงาน แต่ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์หลักของการจัดวางผลงานในพื้นที่สาธารณะเพื่อให้คงอยู่โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา”⁷⁰

ในประเด็นนี้ศาลแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof) ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของเยอรมนีได้ตัดสินในคดี *Verhüllter Reichstag* ว่า ผลงานศิลปะชิ้นหนึ่งจะไม่ถือว่าตั้งอยู่ในพื้นที่สาธารณะเป็นการถาวร หากมีการจัดแสดงในนิทรรศการชั่วคราว โดยศาลอธิบายว่า หลักเกณฑ์ของคำว่า “ถาวร” ขึ้นอยู่

⁶⁷ Anna Stefan, “Freedom of Panorama in the EU: Main Features and Hidden Sides,” *European Journal of Legal Studies* 16, no. 1 (2024): 41-42.

⁶⁸ Jonathan Barrett, “Time to Look Again? Copyright and Freedom of Panorama,” *Victoria University of Wellington Law Review* 48, no. 2 (2017): 271.

⁶⁹ Ibid, 270-271.

⁷⁰ Anna Stefan, “Freedom of Panorama in the EU: Main Features and Hidden Sides,” 42.

กับเจตนาของผู้ถือสิทธิในผลงาน หากผลงานศิลปะถูกติดตั้งในพื้นที่สาธารณะตลอดช่วงอายุของผลงาน ก็ถือว่ามี การจัดวางอย่างถาวร แม้ว่าช่วงชีวิตของผลงานนั้นจะถูกจำกัดด้วยวัสดุที่ใช้สร้างก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ ผู้ถือสิทธิได้อุทิศผลงานต่อสาธารณะโดยจัดวางไว้ในพื้นที่สาธารณะตลอดระยะเวลาที่ผลงานสามารถดำรงอยู่ได้ตามธรรมชาติ แต่หากผู้ถือสิทธิได้กำหนดแต่แรกว่าผลงานจะจัดแสดงต่อสาธารณะในระยะเวลาที่สั้นกว่าช่วงชีวิตตามธรรมชาติของผลงาน เช่นนี้แล้ว ผลงานจะไม่ถือว่าตั้งอยู่ในพื้นที่สาธารณะอย่างถาวร แต่เป็นเพียงการอุทิศต่อสาธารณะชั่วคราว ไม่ว่าผลงานนั้นจะยังคงมีอยู่หลังจากการรื้อถอนหรือจะเสื่อมสลายไปพร้อมกับการรื้อถอนหรือไม่ก็ตาม⁷¹ นอกจากนี้ ในคดี *AIDA Kussmund* ศาลแห่งสหพันธรัฐพิจารณาไปในทางเดียวกันว่างานจะถือว่า “ตั้งอยู่ถาวร” บนทางสาธารณะ ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะ หากผลงานนั้นตั้งอยู่ในสถานที่สาธารณะอย่างถาวร มิใช่เพียงชั่วคราว ซึ่งจะถือว่าเป็นเช่นนั้นก็ต่อเมื่อผลงานนั้น จากมุมมองของสาธารณชนทั่วไป มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คงอยู่ในสถานที่สาธารณะดังกล่าวเป็นระยะเวลานาน โดยมากจะไม่มีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน นอกจากนี้ ศาลพิจารณาการตั้งอยู่ถาวรว่าไม่จำเป็นที่งานชิ้นนั้นจะตั้งอยู่เพียงสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง กล่าวคือ การตั้งแสดงงานชิ้นนั้นอาจย้ายสถานที่ได้หากสถานที่ตั้งอยู่งานนั้นยังอยู่บนทางสาธารณะ ถนนสาธารณะหรือจัตุรัส⁷²

2.2.2.2 กรอบความหมายของ “ที่สาธารณะ”

การตั้งอยู่ใน “ที่สาธารณะ” (public place) เป็นเงื่อนไขพื้นฐานที่สำคัญที่สุด เพราะเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพเป็นสิ่งที่ควรได้รับการรับรองคุ้มครองเมื่อผู้คนเสพบรรยากาศในพื้นที่สาธารณะ เงื่อนไขข้อนี้จึงเป็นองค์ประกอบในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่ทุกประเทศบัญญัติไว้ในกฎหมายของตน อย่างไรก็ดี การใช้ถ้อยคำในบางประเทศนั้นมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง ทั้งที่แตกต่างเพียงถ้อยคำแต่สาระสำคัญยังคงเหมือนกัน และการใช้ถ้อยคำที่ต่างกันและอาจนำไปสู่การปรับใช้และการตีความที่แตกต่างกัน จากการศึกษา ผู้วิจัยสามารถจัดกลุ่มถ้อยคำในบทบัญญัติที่มีกรอบความหมายใกล้เคียงกันได้ดังนี้

ก. กลุ่มที่ 1 การบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำว่า “ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ”⁷³ กับ “ตั้งอยู่ในสถานที่ที่สาธารณชนเข้าชมได้”⁷⁴ หรือบางประเทศบัญญัติทั้ง “ตั้งอยู่ในที่สาธารณะหรือสถานที่ที่สาธารณชนเข้าชมได้”⁷⁵ ซึ่งถ้อยคำเหล่านี้มีขอบเขตความหมายที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน กล่าวคือเป็นสถานที่ที่ผู้คนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้

ข. กลุ่มที่ 2 การบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างขึ้นกว่ากลุ่มที่ 1 โดยใช้วลีเช่น “ตั้งอยู่ในหรืออยู่ใกล้กับที่สาธารณะ”⁷⁶ หรือ “ตั้งอยู่ในหรืออยู่ใกล้กับที่สาธารณะหรือถนน

⁷¹ Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 102/99, 24 January 2002, *Verhüllter Reichstag*.

⁷² Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund*.

⁷³ เช่น เบลเยียม กรีซ อังกฤษ แคนาดา สวีเดน และสเปน

⁷⁴ เช่น ลักเซมเบิร์ก

⁷⁵ เช่น สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์

⁷⁶ เช่น ฟินแลนด์

ที่สาธารณชนเข้าถึงได้”⁷⁷ หรือ “ตั้งอยู่ในหรือสามารถมองเห็นได้ตามปกติจากสถานที่สาธารณะ”⁷⁸ ซึ่งขยายขอบเขตถึงงานที่ไม่ได้ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ แต่ตั้งอยู่ใกล้กับที่สาธารณะ หรือสามารถมองเห็นได้จากที่สาธารณะด้วย

ค. กลุ่มที่ 3 การบัญญัติกฎหมายโดยใช้โดยใช้อ้อยคำว่า “ตั้งอยู่บนทางสาธารณะ”⁷⁹ “ตั้งอยู่บนทางสาธารณะ ถนนสาธารณะ หรือจัตุรัส”⁸⁰ อ้อยคำในลักษณะนี้จะทำให้เกิดปัญหาการตีความว่างานนั้นต้องตั้งอยู่ในที่ผู้คนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ด้วยหรือไม่ หรือเป็นสถานที่เช่นอาคารส่วนบุคคลซึ่งตั้งอยู่บนทางสาธารณะก็ได้เช่นกัน

ตัวอย่างบทบัญญัติในกลุ่มที่ 3 เช่น มาตรา 59 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศเยอรมนี (Urheberrechtsgesetz (UrhG)) ที่บัญญัติว่า

“งานในสถานที่สาธารณะ

(1) อนุญาตให้ทำซ้ำ เผยแพร่ และสื่อสารต่อสาธารณชนซึ่งงานที่ตั้งอยู่/ถาวรบนทางสาธารณะ ถนนสาธารณะ หรือจัตุรัสสาธารณะได้ โดยใช้วิธีการทางจิตรกรรมหรือศิลปะกราฟิก โดยการถ่ายภาพหรือภาพยนตร์ ในกรณีของสิ่งปลูกสร้าง สิทธิเหล่านี้จำกัดเฉพาะการมองเห็นภายนอกเท่านั้น

(2) ห้ามทำการทำซ้ำบนตัวอาคารเอง”⁸¹

จากบทบัญญัติข้างต้น มีประเด็นที่ศาลต้องตีความอ้อยคำที่บัญญัติถึงสถานที่ตั้งของงานว่า “การตั้งอยู่ถาวร” และ การตั้งอยู่ “บนทางสาธารณะ ถนนสาธารณะ หรือจัตุรัสสาธารณะ” มีความหมายอย่างไร ซึ่งศาลประเทศเยอรมนีได้อธิบายไว้ในคดี *AIDA Kussmund*⁸² เมื่อปี ค.ศ. 2017 คดีนี้โจทก์ประกอบธุรกิจการจัดการท่องเที่ยว โดยเรือสำราญของโจทก์ตกแต่งด้วยลวดลายเฉพาะซึ่งประกอบด้วยภาพปากที่วาดไว้บริเวณหัวเรือ ตาและเส้นโค้งคล้ายคิ้วที่วาดไว้ด้านข้างของเรือ (เป็นที่รู้จักกันในชื่อ “AIDA Kussmund” หรือ “AIDA Kissing Mouth”)

⁷⁷ เช่น เดนมาร์ก และนอร์เวย์

⁷⁸ เช่น สหรัฐอเมริกา

⁷⁹ เช่น ฝรั่งเศส

⁸⁰ เช่น เยอรมนี

⁸¹ (เน้นโดยผู้เขียน) Germany, Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz (UrhG)), Section 59: “Werke an öffentlichen Plätzen

(1) Zulässig ist, Werke, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, mit Mitteln der Malerei oder Graphik, durch Lichtbild oder durch Film zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Bei Bauwerken erstrecken sich diese Befugnisse nur auf die äußere Ansicht.

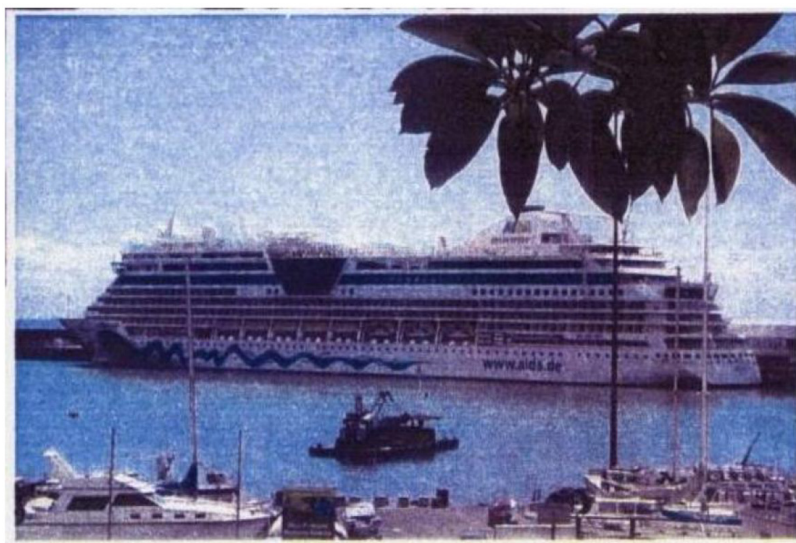
(2) Die Vervielfältigungen dürfen nicht an einem Bauwerk vorgenommen werden.”

⁸² Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund*.



รูปที่ 2: ภาพเรือสำราญของโจทก์ที่ปรากฏภาพ “AIDA Kussmund”⁸³

จำเลยได้ดำเนินการเว็บไซต์ที่นำเสนอกิจกรรมท่องเที่ยวระหว่างการเดินทางในประเศอียิปต์ และได้เผยแพร่ภาพถ่ายด้านข้างของเรือสำราญของโจทก์ซึ่งแสดงให้เห็นลวดลาย “AIDA Kussmund” ดังกล่าว ตามภาพด้านล่างนี้



รูปที่ 3: ภาพที่จำเลยนำไปใช้ในการโฆษณาบนเว็บไซต์⁸⁴

โจทก์เห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดสิทธิในลวดลาย “AIDA Kussmund” โดยการนำภาพดังกล่าวมาเผยแพร่โดยไม่ได้รับอนุญาต และการใช้ภาพนั้นไม่เข้าข่ายยกเว้นตามมาตรา 59 ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (UrH) เนื่องจากผลงานศิลปะบนเรือมิได้ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะ ถนนสาธารณะ หรือจัตุรัสสาธารณะ

⁸³ Nicole Deutzmann-Asmussen, “BGH-Urteil: AIDA unterliegt im Streit um Kussmund-Foto” (CruiseStart.de, 27. April 2017), Photo credit: lenthe/touristik-foto.de.

⁸⁴ Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund*, para 2.

ศาลอุทธรณ์ในคดีนี้ตัดสินว่าวลวลาย “AIDA Kussmund” เป็นศิลปะประยุกต์อันเป็นสิทธิของโจทก์ และศาลได้อธิบายการตีความและการปรับใช้มาตรา 59 ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (UrhG) ว่างานสร้างสรรค์ถือว่า “ตั้งอยู่บน” ทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะ หากสามารถมองเห็นได้จากทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะ โดยไม่จำเป็นต้องสามารถเข้าถึงได้โดยสาธารณชน และทางเดิน ถนน หรือจัตุรัส ถือเป็น “สาธารณะ” ตามความหมายของมาตรา 59 หากบุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงได้โดยเสรี ไม่ว่าทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสจะเป็นทรัพย์สินของเอกชนหรือของรัฐ

นอกจากนี้ ศาลยังได้อธิบายอีกว่าการกล่าวถึง “ทางเดิน ถนน หรือจัตุรัส” ในมาตรา 59 นี้ เป็นเพียงการยกตัวอย่างเท่านั้น มิใช่การระบุให้ครบถ้วนโดยจำกัดความแต่อย่างใด โดยบทบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมสถานที่ใด ๆ ที่ตั้งอยู่กลางแจ้ง เช่น ทางเดิน ถนน หรือจัตุรัส บทบัญญัตินี้สามารถใช้กับงานสร้างสรรค์ที่เชื่อมโยงกับยานพาหนะซึ่งตามวัตถุประสงค์แล้วมีการใช้งานในพื้นที่สาธารณะ โดยถือว่างานเหล่านี้ก็อยู่ในพื้นที่สาธารณะอย่างถาวรตามความหมายของบทบัญญัตินี้เช่นกัน บทบัญญัตินี้ยังใช้บังคับกับงานสร้างสรรค์ที่อยู่นบนทางน้ำสาธารณะด้วย ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่ต้องการคุ้มครองพื้นที่สาธารณะไม่ให้ถูกจำกัดสิทธิ และงานสร้างสรรค์ถือว่า “ตั้งอยู่บนทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะ” ตามความหมายของมาตรานี้ แม้จะมีการเคลื่อนย้ายสถานที่ก็ตาม หากสถานที่ต่าง ๆ ที่งานนั้นไปตั้งอยู่เป็นสถานที่สาธารณะ ดังนั้น ภาพถ่ายที่จำเอยนำขึ้นเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตจึงอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาตรา 59 ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (UrhG)

2.2.2 ตำแหน่งมุมมองและสถานที่ในการบันทึกภาพ

แนวคิดและแนวทางการพิจารณาคดีของศาลในประเทศเยอรมนีเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพมักถูกเรียกว่า *panoramafreiheit* (panorama freedom)⁸⁵ ในทางวิชาการในเยอรมนีอีกคำหนึ่งที่มีถูกกล่าวถึงด้วยคือ *Straßenbildfreiheit* (streetscape freedom)⁸⁶ ซึ่งมีความหมายถึงเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพท้องถนน สะท้อนว่าเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองในเยอรมนีนั้นจำกัดเพียงมุมมองของผู้คนทั่วไปที่ชมทัศนียภาพตามท้องถนนหรือพื้นที่สาธารณะในระดับพื้นถนนเท่านั้น

⁸⁵ นักวิชาการฝรั่งเศส Mélanie Dulong de Rosnay และ Pierre-Carl Langlais ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการเรียกชื่อแนวคิดนี้ไว้ว่า “ที่น่าสังเกตคือ แม้แต่ในประเทศเยอรมนีเองก็ยังไม่มียี่ห้อที่เป็นที่ยอมรับอย่างเป็นทางการและสม่ำเสมอในการเรียกข้อยกเว้นและข้อจำกัดเหล่านี้ แม้แนวคิดจะมีอายุยาวนานกว่า 170 ปี แต่คำศัพท์ที่ใช้เรียกแนวคิดนี้เพิ่งปรากฏขึ้นในช่วงทศวรรษ 1990 โดยคำว่า “Panoramafreiheit” น่าจะมีต้นกำเนิดมาจากประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เป็นภาษาพูดที่แพร่กระจายอย่างรวดเร็วในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมันและฝรั่งเศส ความสำเร็จในระยะแรกนี้เกิดจากการเปลี่ยนมุมมองเชิงภาษาศาสตร์ที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับกรณียกเว้นเรื่องการประยุกต์ใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยเปลี่ยนไปเน้นที่มุมมองของผู้ใช้เป็นหลัก ขณะที่คำว่า “ข้อยกเว้น” เน้นถึงข้อจำกัดที่มีต่อการคุ้มครองของเจ้าของสิทธิ คำว่า “เสรีภาพ” กลับเน้นความสามารถในการนำผลงานทางปัญญากลับมาใช้ใหม่ (หรือไม่ใช้เลยก็ได้) ดังนั้น คำนี้จึงปรากฏในผลงานวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศและการปฏิบัติในยุคดิจิทัลตั้งแต่ช่วงเริ่มต้น” (Mélanie Dulong de Rosnay and Pierre-Carl Langlais, “Public artworks and the freedom of panorama controversy: a case of Wikimedia influence,” 5 (citations omitted)).

⁸⁶ Sebastian Follmer, “Panoramafreiheit - Was ist das? Einfach erklärt,” accessed 14 August 2025, https://praxistipps.chip.de/panoramafreiheit-was-ist-das-einfach-erklart_41915; Dieter Nennen, “Wie frei ist die Panoramafreiheit?,” accessed 14 August 2025, <https://nennen.de/news/artikel/panoramafreiheit>.

เช่นในคดี *Hundertwasser-Haus*⁸⁷ โจทก์เป็นทายาทของ Friedensreich Hundertwasser (“ผู้สร้างสรรค์”) ผู้เป็นศิลปินด้านทัศนศิลป์ที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ หนึ่งในผลงานทางสถาปัตยกรรมที่มีชื่อเสียงมากที่สุดซึ่งผู้สร้างสรรค์มีส่วนร่วมในการสร้างคืออาคาร Hundertwasser-Haus ในกรุงเวียนนา อาคารนี้เป็นทั้งที่พักอาศัยและอาคารพาณิชย์ ผู้สร้างสรรค์ได้จัดทำนายโปสการ์ดซึ่งพิมพ์จากภาพถ่ายของอาคาร Hundertwasser-Haus ซึ่งผ่านการตกแต่งพิเศษโดยตัวเขาเองมาเป็นเวลาหลายปี ภาพถ่ายดังกล่าวแสดงให้เห็นด้านหน้าทั้งสองด้านของอาคารที่อยู่ติดมุมถนน โดยถ่ายจากมุมสูงของอาคารฝั่งตรงข้าม จำเลยคือบริษัท M. ซึ่งจำหน่ายภาพของอาคาร Hundertwasser-Haus ที่ไม่ได้มาจากผู้สร้างสรรค์ในรูปแบบภาพพิมพ์ใส่กรอบ ภาพถ่ายของอาคาร Hundertwasser-Haus นี้ถ่ายจากมุมสูงเช่นเดียวกัน โดยถ่ายจากห้องพักส่วนตัวที่อยู่ชั้นบนของอาคารที่อยู่ฝั่งตรงข้าม



รูปที่ 4: ตัวอย่างภาพของจำเลยในคดี *Hundertwasser-Haus*⁸⁸

โจทก์เห็นว่าภาพพิมพ์ที่จำหน่ายโดยจำเลยเป็นการทำซ้ำงานสถาปัตยกรรมของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งไม่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามมาตรา 59 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์เยอรมัน (UrhG) จำเลยต่อสู้ว่าภาพที่ตนจัดทำจำหน่ายเป็นภาพของสิ่งปลูกสร้างที่ตั้งอยู่ถาวรบนถนนสาธารณะ และทุกสิ่งที่ปรากฏในภาพนั้นสามารถมองเห็นได้จากถนนหรือจากระเบียงของร้านค้าที่ตั้งอยู่ในชั้นหนึ่งของอาคาร Hundertwasser-Haus

⁸⁷ Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 192/00, 5 June 2003, *Hundertwasser-Haus*.

⁸⁸ Ibid.

ศาลแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof) ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของเยอรมนีตัดสินว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ และการกระทำของจำเลยไม่เข้าข่ายยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 59 โดยศาลอธิบายว่า บทบัญญัติจำกัดสิทธิในมาตรา 59 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ (UrhG) ให้สิทธิพิเศษเฉพาะแก่ภาพถ่ายงานสถาปัตยกรรมอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งถ่ายจากทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะที่อยู่ติดกับสถานที่ที่สิ่งปลูกสร้างดังกล่าวตั้งอยู่เท่านั้น สิทธิในการทำซ้ำและเผยแพร่ภาพถ่ายของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตั้งอยู่บนถนนหรือจัตุรัสสาธารณะตามมาตรา 59 ถูกจำกัดไว้เฉพาะในส่วนของคุณลักษณะภายนอกของสิ่งปลูกสร้างเท่านั้น สิทธินี้ครอบคลุมเฉพาะส่วนของอาคารที่สามารถมองเห็นได้จากถนนหรือจัตุรัสสาธารณะ เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามมาตรา 59 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์เยอรมันไม่อนุญาตให้ทำซ้ำโดยการถ่ายภาพส่วนด้านหลังหรือบริเวณลานภายในของอาคาร หากอาคารนั้นเพียงแต่มีด้านหน้าอยู่ติดกับถนนหรือจัตุรัสสาธารณะเท่านั้น ในทำนองเดียวกัน ภาพถ่ายทางอากาศของอาคารดังกล่าวก็ไม่อยู่ในข่ายได้รับสิทธิพิเศษตามกฎหมาย เนื่องจากเผยให้เห็นส่วนของอาคารที่ไม่สามารถมองเห็นได้จากถนน ทางเดิน หรือจัตุรัสสาธารณะ มาตรา 59 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สาธารณชนสามารถรับชมสิ่งที่พวกเขามองเห็นได้ด้วยตาของตนเองจากถนน ในรูปแบบของภาพเขียน ภาพร่าง ภาพถ่าย หรือภาพยนตร์ หากมีการบันทึกภาพจากสถานที่ที่ประชาชนทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงได้ ย่อมไม่อยู่ในขอบเขตของวัตถุประสงค์ตามกฎหมายดังกล่าว

แนวการพิจารณาและตีความของศาลในคดี *Hundertwasser-Haus* ถูกนำไปใช้ในการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสถาปัตยกรรมด้วยการถ่ายภาพโดยใช้เครื่องมือช่วยบันทึกภาพอากาศยานไร้คนขับ หรือโดรน (drone) ในคดี *Über alle Berge*⁸⁹ ที่ศาลแห่งสหพันธ์รัฐตัดสินเมื่อปี ค.ศ. 2024

คดีนี้ โจทก์เป็นสมาคมที่ได้รับการรับรองจากรัฐ มีวัตถุประสงค์ตามข้อบังคับสมาคมในการดูแลและใช้สิทธิในนามของเจ้าของลิขสิทธิ์ จำเลยประกอบกิจการสิ่งพิมพ์ จำเลยได้ตีพิมพ์หนังสือชื่อ *Über alle Berge – Der definitive Haldenführer Ruhrgebiet* ซึ่งเขียนโดย Wolfgang Berke โดยหนังสือเล่มดังกล่าวมีภาพถ่ายทางอากาศของงานศิลปะติดตั้งหลายชิ้นงาน เช่น “นาฬิกาแดดพร้อมกากบาทภูมิศาสตร์ (Sonnenuhr mit Geokreuz)” ของศิลปิน Jan Bormann, “สัญญาณยามค่ำคืน (Nachtzeichen)” ของศิลปิน Klaus Nocolak และ “บันไดสู่ฟ้า (Himmelstreppe)” ของศิลปิน Herman Prigann ซึ่งถ่ายภาพโดยใช้โดรนทั้งหมด โจทก์ฟ้องจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ในนามของศิลปินที่กล่าวถึงข้างต้น

⁸⁹ Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 67/23, 23 October 2024, *Über alle Berge*.



รูปที่ 5: ตัวอย่างภาพที่ปรากฏในหนังสือ Über alle Berge – Der definitive Haldenführer Ruhrgebiet⁹⁰

ศาลแห่งสหพันธ์รัฐตัดสินว่า งานศิลปะดังกล่าวถือได้ว่าอยู่ใน “ทางสาธารณะ ถนน หรือสถานที่สาธารณะ” ตามความหมายของ มาตรา 59 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ (UrhG) เนื่องจากพื้นที่ที่งานเหล่านี้ถูกจัดตั้งอยู่นั้นสามารถเข้าถึงได้โดยสาธารณชน และสามารถมองเห็นงานศิลปะจากทางหรือถนนสาธารณะที่อยู่รอบบริเวณโดยรอบได้ อย่างไรก็ตาม ข้อนี้ มิได้หมายความว่า งานศิลปะจะสามารถถูกบันทึกภาพจากทุกมุมมองได้ ข้อยกเว้นตามบทบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมเฉพาะมุมมองที่มาจากทางสาธารณะ ถนนหรือสถานที่สาธารณะเท่านั้น มุมมองจากทางอากาศซึ่งได้มาจากโดรน ไม่อยู่ในขอบเขตของข้อยกเว้นนี้ แนวการพิจารณาที่สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลแห่งสหพันธ์รัฐในคดี *AIDA Kussmund* ที่อธิบายว่างานสร้างสรรค์ถือว่าอยู่ที่หรืออยู่บนทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะ ตราบเท่าที่งานนั้นสามารถมองเห็นได้โดยประชาชนจากสถานที่สาธารณะดังกล่าว โดยไม่จำเป็นว่างานนั้นจะต้องเปิดให้สาธารณชนเข้าถึงได้โดยตรง จุดนี้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่ต้องการให้ประชาชนสามารถนำสิ่งที่มองเห็นได้ด้วยตนเองจากพื้นที่สาธารณะ มาถ่ายทอดในรูปแบบภาพถ่าย ภาพร่าง ภาพถ่าย หรือภาพยนตร์ได้⁹¹

⁹⁰ Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 192/00, 5 June 2003, *Hundertwasser-Haus*, MIR 10/2024, accessed 14 August 2025 <https://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT-MIR-2024-Dok-088.pdf>

⁹¹ Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund*, para 22.

จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายประกอบแนวการพิจารณาของศาลในเยอรมนี สรุปได้ว่ามาตรา 59 ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (UrhG) บัญญัติให้การทำซ้ำและการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งผลงานที่ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่สาธารณะ เช่น ถนน ทางเท้า ทางเดินบนภูเขา หรือแม่น้ำสาธารณะ เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากผลงานนั้นเป็นสิ่งปลูกสร้าง เช่น อาคารหรือโครงสร้างทางสถาปัตยกรรม สิทธิในการถ่ายภาพจะจำกัดเฉพาะการถ่ายจากภายนอกเท่านั้น ไม่รวมถึงการบันทึกภาพภายในตัวอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง แม้จะเป็นสถานที่เปิดให้ผู้คนทั่วไปเข้าชมได้ก็ตาม ทั้งนี้ การทำซ้ำดังกล่าวสามารถกระทำผ่านสื่อหรือใช้เทคนิคต่าง ๆ เช่น การวาดเขียน การสร้างภาพกราฟิก การถ่ายภาพนิ่ง หรือภาพยนตร์ เช่น การวาดภาพประติมากรรมและน้ำพุในจัตุรัสกลางเมือง การถ่ายภาพศิลปะที่ตั้งอยู่ริมฝั่งแม่น้ำ หรือแผ่นจารึกรำลึกที่ติดตั้งอยู่ในสวนสาธารณะ นอกจากนี้ ผลงานที่บันทึกภาพนั้นต้องมองเห็นได้จากพื้นที่สาธารณะซึ่งอยู่ในระดับถนนด้วย ดังนั้น การใช้เครื่องมือช่วยเหลือ เช่น บันได ไดรอน หรือการปีนข้ามพุ่มไม้เพื่อให้ได้มุมมองบางอย่าง⁹² รวมถึงการถ่ายภาพจากอาคารฝั่งตรงข้าม อาจถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ดี ยังมีคำพิพากษาของศาลแฟรงก์เฟิร์ต อัม ไมน์ (Landgericht Frankfurt am Main) ในคดีสะพาน *Lahntalbrücke Limburg*⁹³ ที่มีความเห็นต่างจากแนวการพิจารณาข้างต้น โดยคดีดังกล่าวเกี่ยวข้องกับภาพถ่ายทางอากาศของสะพานซึ่งถ่ายจากอากาศโดยใช้โดรนซึ่งจำเลยเป็นผู้ถ่ายภาพและนำลงเผยแพร่บนเว็บไซต์ของตน ศาลแฟรงก์เฟิร์ต อัม ไมน์ มีคำวินิจฉัยว่า ภาพถ่ายดังกล่าวอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายของเยอรมนี โดยศาลนี้เห็นต่างจากแนววินิจฉัยในคดี *Hundertwasser-Haus* โดยเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 59 ต้องได้รับการตีความให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของสหภาพยุโรปตาม *Inforsoc Directive* และได้เน้นย้ำว่า ทุกบทบัญญัติรวมถึงบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น ต้องได้รับการตีความอย่างถูกต้องและเป็นไปตามถ้อยคำที่บัญญัติไว้ โดยศาลเห็นว่าการถ่ายภาพทางอากาศและการใช้เครื่องมือช่วยในการบันทึกภาพก็อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 59 เช่นกัน

⁹² Anna Stefan, “Freedom of Panorama in the EU: Main Features and Hidden Sides,” 52; Landesbildungsserver, Baden-Württemberg, “GMT_LPE13_02_Panoramafreiheit_HE.pdf,” accessed 14 August 2025, https://www.schule-bw.de/faecher-und-schularten/berufliche-schularten/berufliches-gymnasium-oberstufe/bg_tg/gestaltung-und-medientechnik/tg_gmt/GMT.

⁹³ Landgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 25.11.2020 - 2-06 O 136/20, *Lahntalbrücke Limburg*.



รูปที่ 6: ตัวอย่างภาพที่จำเลยบันทึกได้ในคดีสะพาน *Lahntalbrücke Limburg*⁹⁴

ศาลแฟรงก์เฟิร์ต อัม ไมน์ วินิจฉัยว่า การตีความถ้อยคำที่บัญญัติถึง “ทางเดิน ถนน หรือ จัตุรัส” ในมาตรา 59 วรรคหนึ่ง ต้องถือว่าเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น ดังนั้น เรือสำราญซึ่งใช้ในทางน้ำทางทะเล และท่าเรือ ย่อมถือเป็น “สถานที่สาธารณะ” ได้เช่นกัน เพราะน่านน้ำดังกล่าวเปิดให้เข้าถึงโดยทั่วไป และสามารถเดินเรือได้โดยเสรี เรือสำราญนั้นจึงอยู่ในสถานที่สาธารณะเท่าที่สามารถมองเห็นได้จากบริเวณผิวน้ำ นอกจากนี้ เรือดังกล่าวยังถือว่าอยู่ในสถานที่สาธารณะด้วยเหตุที่สามารถมองเห็นได้จากชายฝั่ง ซึ่งเปิดให้สาธารณชนเข้าถึงได้ ศาลได้อธิบายต่อไปอีกว่า จากเหตุผลดังกล่าว ศาลนี้เห็นว่าศาลแห่งสหพันธรัฐได้วินิจฉัยโดยนัยแล้วว่า การใช้เครื่องมือช่วยเพื่อให้สามารถมองเห็นงานได้ถือเป็นสิ่งที่กระทำได้โดยชอบ เนื่องจากการมองเห็นจากบริเวณผิวน้ำจำเป็นต้องใช้เรือหรือพาหนะทางน้ำ ซึ่งถือเป็นเครื่องมือช่วยในการเข้าถึงผลงาน ดังนั้น ผลงานภาพถ่ายสะพานในคดีนี้ก็สามารถมองเห็นได้จากสถานที่สาธารณะตามกฎหมายการจราจรทางอากาศ (Luftverkehrsgesetz) การใช้ห้วงอากาศโดยอากาศยานย่อมกระทำได้โดยเสรีโดยหลักการ อีกทั้งไม่ปรากฏเหตุผลอันขัดแย้งว่า เหตุใดเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจึงสามารถใช้ได้ในกรณีที่ผลงานสามารถมองเห็นจากผิวน้ำ แต่กลับไม่สามารถใช้ได้กรณีที่ผลงานสามารถมองเห็นได้จากทางอากาศ

เป็นที่น่าสังเกตว่าแนวการพิจารณาของศาลในคดี *Hundertwasser-Haus* และคดี *Über alle Berge* ถึงตำแหน่งมุมมองและสถานที่ในการบันทึกภาพว่าต้องอยู่ในระดับท้องถนนนั้น ไม่ได้เป็นแนวการพิจารณาถึงหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่สอดคล้องกับประเทศอื่น เช่น กรณีการบันทึกภาพจากมุมสูงเช่นในคดี *Hundertwasser-Haus* ซึ่งอาคารหลังนี้ตั้งอยู่ที่กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย แต่คดีนี้โจทก์ฟ้องที่ประเทศเยอรมนี และใช้กฎหมายเยอรมนีในการพิจารณาตามหลักกฎหมาย

⁹⁴ Terhaag & Partner Rechtsanwälte, “Panoramafreiheit gilt auch für von Drohnen angefertigte Fotos, LG Frankfurt a.M., Urt. v. 25.11.2020, Az.: 2-06 O 136/20,” accessed 14 August 2025, <https://www.aufrecht.de/urteile/urheberrecht/panoramafreiheit-gilt-auch-fuer-von-drohnen-angefertigte-fotos-lg-frankfurt-am-urt-v-25112020-az-2-06-o-13620>.

ขัดกัน⁹⁵ หากคดีนี้ต้องพิจารณาด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรียในมาตรา 54(1) วรรคห้า ซึ่งบัญญัติว่ากฎหมายอนุญาตให้ “ทำซ้ำ แจกจ่าย นำเสนอในที่สาธารณะโดยใช้เครื่องมือทางแสง และแพร่ภาพผลงานทางสถาปัตยกรรมหลังจากที่ได้มีการก่อสร้างเสร็จสิ้น หรือผลงานศิลปกรรมอื่นใดที่ตั้งอยู่โดยถาวรในสถานที่ซึ่งใช้เป็นทางสัญจรสาธารณะ ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวไม่ให้รวมถึงการจำลองแบบผลงานทางสถาปัตยกรรม และการทำซ้ำภาพวาดหรือผลงานกราฟิกโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำผลงานที่ทำซ้ำนั้นไปตั้งไว้โดยถาวรในสถานที่ประเภทดังกล่าว หรือการทำซ้ำผลงานสามมิติในลักษณะสามมิติด้วยตนเอง”⁹⁶ จากบทบัญญัตินี้เป็นไปได้อย่างยิ่งว่าการกระทำของจำเลยในคดี *Hundertwasser-Haus* เป็นการกระทำที่สามารถทำได้และไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของออสเตรีย⁹⁷

2.3 ลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้กระทำต่องานที่อยู่ในที่สาธารณะ

การใช้ถ้อยคำในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กำหนดถึงลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้บุคคลสามารถกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในที่สาธารณะได้ ในหลายประเทศที่ศึกษาพบว่ามีแตกต่างกัน บางประเทศใช้คำว่า “ทำซ้ำ” หรือ “ทำซ้ำและเผยแพร่ต่อสาธารณชน”⁹⁸ หรือ “สร้างและใช้”⁹⁹ ซึ่งมีความหมายค่อนข้างกว้าง และอาจทำให้มีปัญหาในการตีความและปรับใช้ได้ว่าบุคคลสามารถทำซ้ำ (reproduce) งานที่เข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นได้โดยไม่ได้จำกัดรูปแบบหรือไม่ อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่า ประเทศโดยส่วนมากกลับเลือกใช้ถ้อยคำที่สื่อว่าการทำซ้ำนั้นสามารถทำได้เฉพาะในลักษณะที่เป็นการบันทึกภาพหรือทำให้ปรากฏภาพในรูปแบบสองมิติเท่านั้น เช่น “ถ่ายภาพ” “วาดเขียน” “สร้างงานกราฟิก” “จำลองภาพ” “ถ่ายภาพยนตร์” “บันทึกในสื่อทัศนวัสดุ” เป็นต้น¹⁰⁰ ส่วนการเผยแพร่งานนั้น ประเทศโดยส่วนมากเลือกบัญญัติว่าหากการทำซ้ำหรือบันทึกภาพนั้นเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องแล้วผู้บันทึกก็สามารถเผยแพร่ภาพของงานนั้นได้

สหรัฐอเมริกาอนุญาตให้มี “การจัดทำ แจกจ่าย หรือแสดงต่อสาธารณะซึ่งภาพ ภาพวาดเขียน ภาพถ่าย หรือการแสดงภาพในรูปแบบอื่นของงานนั้น” (“the making, distributing, or public display of pictures, paintings, photographs, or other pictorial representations of the work”)¹⁰¹ กฎหมายเยอรมนี “อนุญาตให้ทำซ้ำ เผยแพร่ และสื่อสารต่อสาธารณชนซึ่งงาน... โดยใช้วิธีการทาง

⁹⁵ Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” 329.

⁹⁶ Austria, Federal Law on Copyright in Works of Literature and Art and on Related Rights (BGBl. No. 111/1936, as last amended [BGBl. I No. 25/1998]), Section 54 (1) para 5.

⁹⁷ Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” 329.

⁹⁸ เช่น ลักเซมเบิร์ก เบลเยียม และสเปน

⁹⁹ เช่น อังกฤษ

¹⁰⁰ เช่น สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ แคนาดา สหรัฐอเมริกา เยอรมนี สวีเดน เดนมาร์ก นอร์เวย์ ฟินแลนด์ และกรีซ

¹⁰¹ United Kingdom, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), Section 62.

จิตรกรรมหรือศิลปะกราฟิก โดยการถ่ายภาพหรือภาพยนตร์”¹⁰² ซึ่งเป็นการอนุญาตให้ทำซ้ำงานนั้นในรูปแบบสองมิติเท่านั้น¹⁰³ สเปนบัญญัติกฎหมายว่างานที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ สามารถถูกทำซ้ำ แจกจ่าย และเผยแพร่ได้อย่างเสรี “โดยใช้วิธีการเขียนระบายสี การวาดเขียน ภาพถ่าย หรือวิธีการทางโสตทัศนูปกรณ์”¹⁰⁴ ส่วนสหราชอาณาจักรบัญญัติให้ “สิทธิในงานดังกล่าวจะไม่ถูกละเมิดโดย... การสร้างงานกราฟิกที่เป็นการแสดงงานนั้น... การถ่ายภาพหรือถ่ายภาพยนตร์ของงานนั้น หรือ... การแพร่ภาพของงานนั้น”¹⁰⁵

ในคดี *Radford v Hallensteins Bros Ltd* ศาลในนิวซีแลนด์ได้ปรับใช้มาตรา 73 อันข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศนิวซีแลนด์¹⁰⁶ ซึ่งบัญญัติถึงลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้กระทำการที่อยู่ในที่สาธารณะโดยใช้ถ้อยคำใกล้เคียงกับบทบัญญัติในมาตรา 62 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในสหราชอาณาจักร¹⁰⁷ โดยศาลในคดีนี้อธิบายว่า มาตรา 73 ของกฎหมายลิขสิทธิ์นิวซีแลนด์ “ให้การยกเว้นเฉพาะสำหรับการทำสำเนางานศิลปกรรมสามมิติที่ตั้งอยู่โดยถาวรในพื้นที่สาธารณะเท่านั้น ไม่รวมถึงงานที่จัดแสดงเพียงชั่วคราว และการยกเว้นดังกล่าวครอบคลุมเฉพาะการทำสำเนาในรูปแบบสองมิติเท่านั้น ตัวผลงานเองไม่สามารถจำลองหรือทำซ้ำในรูปแบบสามมิติได้ไม่ว่าการทำซ้ำนั้นจะกระทำโดยตรง หรือเป็นการทำซ้ำจากสำเนาในรูปแบบสองมิติก็ตาม”¹⁰⁸ นอกจากนี้ มาตรา 54(1) วรรคห้าตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรเลียบัญญัติถึงรูปแบบการทำซ้ำงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะว่า กฎหมายอนุญาตให้มีการทำซ้ำงานสถาปัตยกรรมและศิลปกรรมที่ตั้งอยู่โดยถาวรในสถานที่ซึ่งใช้เป็นทางสัญจรสาธารณะ เช่น การถ่ายภาพและวาดเขียน และเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ “โดยใช้เครื่องมือทางแสง” ซึ่งหมายรวมถึงการฉายภาพของลักษณะภายนอกของอาคารที่อยู่ในที่สาธารณะ การออกอากาศหรือแพร่ภาพดังกล่าว เป็นต้น¹⁰⁹ บทบัญญัตินี้ยังเน้นย้ำอีกว่า “ไม่ให้งานถึง... การทำซ้ำผลงานสามมิติในลักษณะสามมิติด้วยกันเอง”¹¹⁰

¹⁰² Germany, Urheberrechtsgesetz (UrhG), Section 59.

¹⁰³ Thomas Hoeren, “Germany,” in *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, eds. Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, and Pranvera Këllezi (Springer, 2018), 459.

¹⁰⁴ Spain, Consolidated Text of the Law on Intellectual Property, Regularizing, Clarifying and Harmonizing the Applicable Statutory Provisions (Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes), approved by Royal Legislative Decree No. 1/1996 of April 12, 1996, and amended up to Royal Decree-Law No. 6/2022 of March 29, 2022), Article 35(2).

¹⁰⁵ United States, 17 U.S. Code § 120(a).

¹⁰⁶ New Zealand, Copyright Act 1994, Section 73.

¹⁰⁷ United Kingdom, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), Section 62.

¹⁰⁸ *Radford v Hallenstein Bros Ltd*, (High Court of New Zealand) Auckland CIV 006-404-004881, [2007] BCL 363, Keane J, para [29]: “On this interpretation, moreover, s 73 remains a true exception. It only exempts copies of three-dimensional works that are permanently in the public domain, not works exhibited temporarily, and only two-dimensional copies. The work itself cannot be replicated in three-dimensions, whether directly or as a copy of one made in two-dimensions. The governing principle of the 1994 Act remains uncompromised.”

¹⁰⁹ Valerie Eder, “Austria,” in *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, eds. Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, and Pranvera Këllezi (Springer, 2018), 341.

¹¹⁰ Austria, Federal Law on Copyright in Works of Literature and Art and on Related Rights (BGBL. No. 111/1936, as last amended [BGBL. I No. 25/1998]), Section 54 (1) para 5.

ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ในกลุ่มประเทศนอร์ดิก (Nordic countries) อันได้แก่ สวีเดน¹¹¹ เดนมาร์ก¹¹² นอร์เวย์¹¹³ และฟินแลนด์¹¹⁴ ต่างบัญญัติอนุญาตให้งานที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะนั้นสามารถ “ถูกจำลองภาพ” (be reproduced in pictorial form) ได้ ประเทศสวีเดน เดนมาร์ก และนอร์เวย์ มีรากศัพท์ทางภาษาเดียวกัน ทั้งสามประเทศบัญญัติข้อยกเว้นตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพโดยใช้คำว่า “avbildas” (สวีเดน) “afbilde” (เดนมาร์ก) และ “avbilde” (นอร์เวย์) ซึ่งมีนัยถึงการจำลองภาพหรือทำให้ปรากฏเป็นภาพ ส่วนประเทศฟินแลนด์แม้ว่าไม่ได้มีรากศัพท์เดียวกันกับสามประเทศข้างต้น แต่ได้บัญญัติกฎหมายโดยใช้คำว่า “kuvaaminen” ซึ่งตรงกับคำว่า “avbildas” ในภาษาสวีเดน¹¹⁵ ศาลสูงสุดของสวีเดนในคดี *Wikimedia Sverige* ได้อธิบายว่า ถ้อยคำในบทบัญญัติคำว่า “avbildas” หมายถึง “การที่ผลงานศิลปะอาจถูกทำซ้ำโดยวิธีการวาดเขียน ระบายสี ถ่ายภาพ หรือเทคนิคอื่นใดที่ทำให้ผลงานศิลปะนั้นถูกถ่ายทอดในลักษณะแบนราบ (สองมิติ)”¹¹⁶

หลายประเทศอนุญาตให้การบันทึกทัศนียภาพที่เข้าเงื่อนไขแล้วนั้นรวมถึงการเผยแพร่ภาพที่บันทึกได้ต่อสาธารณชนด้วย เช่น สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา เบลเยียม เยอรมนี และลักเซมเบิร์ก ซึ่งหมายรวมถึงการเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตได้ อย่างไรก็ดี มีคำพิพากษาของศาลในประเทศสวีเดนที่วินิจฉัยว่าการเผยแพร่ภาพต่อสาธารณชนนั้นจะต้องเป็นการเผยแพร่ทางสื่อเดิม การเผยแพร่ต่อสาธารณชนทางสื่อออนไลน์นั้นเป็นการกระหนาบสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร จึงไม่สามารถทำได้หากไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยในคดี *BUS v Wikimedia Sverige*¹¹⁷ องค์การ Bildupphovsrätt i Sverige (BUS) ซึ่งเป็นองค์การจัดเก็บค่าตอบแทนลิขสิทธิ์ในสวีเดนเป็นโจทก์ยื่นฟ้อง Wikimedia Sverige ซึ่งเป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรที่ให้บริการเว็บไซต์และฐานข้อมูลออนไลน์ โดยกล่าวหาว่า Wikimedia Sverige ได้ละเมิดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยการเผยแพร่ภาพถ่ายของงานศิลปะในที่สาธารณะผ่านเว็บไซต์ออนไลน์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือจาก BUS ซึ่งเป็นผู้จัดการสิทธิ จำเลยต่อสู้ว่าการกระทำของตนเข้าข้อยกเว้นมาตรา 24 ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสวีเดน¹¹⁸ จึงไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

¹¹¹ Sweden, Act (1960:729) on Copyright in Literary and Artistic Works (Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk), Section 24.

¹¹² Denmark, Consolidated Act on Copyright (Bekendtgørelse af lov om ophavsret), Section 24.

¹¹³ Norway, Act No. 40 of 15 June 2018, on Copyright for Intellectual Property (Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)), Section 31.

¹¹⁴ Finland, Act No. 404/1961, amended up to Act No. 1216/2023 (Tekijänoikeuslaki), Section 25a (821/2005).

¹¹⁵ ผู้วิจัยเปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของฟินแลนด์และคำแปลจากเว็บไซต์ของ WIPO สืบค้นเมื่อ 14 สิงหาคม 2568, <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/22374>.

¹¹⁶ Högsta Domstolen (Supreme Court of Sweden), 4 April 2016, Case no. Ö 849-15, *BUS v Wikimedia Sverige*, para 14, p.7, accessed 14 August 2025, <https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstodomstolen/avgoranden/2016/o-849-15.pdf>.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Sweden, Act (1960:729) on Copyright in Literary and Artistic Works (Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk), Section 24.

ศาลสูงสุดแห่งสวีเดนได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 24 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งบัญญัติให้มีข้อจำกัดต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์เฉพาะกรณีที่เป็นการ “จำลองภาพ” นั้น มิได้ให้อำนาจแก่ Wikimedia ในการถ่ายโอนภาพถ่ายของงานศิลปกรรมซึ่งตั้งอยู่ถาวรบนหรือใกล้สถานที่สาธารณะกลางแจ้ง จากฐานข้อมูลของตนไปยังสาธารณชนผ่านทางอินเทอร์เน็ตได้ ไม่ว่าในการเผยแพร่จะมีวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม ประเด็นสำคัญของคดีคือการตีความคำว่า “จำลองภาพ” (avbild) ว่าครอบคลุมเพียงใด ศาลวินิจฉัยโดยพิจารณาถึงมาตรา 5(5) แห่ง Infosoc Directive ของสหภาพยุโรปซึ่งเป็นหลักเดียวกันกับหลัก Three-step test ใน ข้อ 9(2) แห่งอนุสัญญากรุงเบิร์น กล่าวคือ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ต้องเป็นการใช้ในกรณีเฉพาะบางกรณี ซึ่งจะต้องไม่ขัดต่อการใช้ประโยชน์ตามปกติของผลงาน และต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของสิทธิเกินสมควร ในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่าการ “จำลองภาพ” ครอบคลุมถึงการเผยแพร่ต่อสาธารณชนด้วย เช่น การเผยแพร่ในสื่อสิ่งพิมพ์เช่นโปสการ์ดที่จัดพิมพ์เป็นจำนวนหนึ่ง แต่ศาลเห็นว่ากรณีงานศิลปกรรมที่ได้ถูกทำให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยทั่วไปผ่านฐานข้อมูลแบบเปิด การใช้ประโยชน์จากงานศิลปกรรมในลักษณะดังกล่าวโดยทั่วไปแล้วมีมูลค่าทางพาณิชย์ไม่น้อย ไม่ว่าต่อผู้ที่เป็นเจ้าของฐานข้อมูลเอง หรือผู้ที่ให้บริการเข้าถึงฐานข้อมูลควบคู่กับบริการอื่น มูลค่านี้ควรสงวนไว้ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานศิลปกรรม การที่ผู้ถือครองฐานข้อมูลจะมีวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์โดยตรงหรือไม่ จึงไม่ใช่ประเด็นที่มีนัยสำคัญ ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 24 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ควรได้รับการตีความอย่างเคร่งครัด กรณีแห่งคดีนี้ต้องขังน้ำหนักเทียบกับวัตถุประสงค์ของการจัดทำฐานข้อมูล ซึ่งแม้วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะอยู่ในขอบเขตของสิ่งที่อาจถือได้ว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่ฐานข้อมูลในลักษณะเช่นนี้เปิดช่องให้มีการใช้ประโยชน์จากงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นวงกว้าง โดยที่ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนใด ๆ ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ ดังนั้น จึงถือเป็นการกระทบสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์มากเกินไปที่บทบัญญัตินั้นมุ่งหมายไว้ ดังนั้น การเผยแพร่ผลงานต่อสาธารณชนในลักษณะที่กระทำโดยฐานข้อมูลของ Wikimedia นั้น จึงเป็นการละเมิดสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้สร้างสรรค์โดยไม่เป็นธรรม¹¹⁹

ผู้วิจัยเห็นว่าแนวทางการพิจารณาของศาลประเทศสวีเดนในคดี *BUS v Wikimedia Sverige* อาจไม่สอดคล้องกับแนวการวินิจฉัยของศาลในประเทศอื่น ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศนอร์เวย์ แม้ว่าจะเป็นประเทศที่มีบทบัญญัติคล้ายคลึงและใช้ถ้อยคำที่มีรากศัพท์ทางภาษาคำเดียวกันกับประเทศสวีเดน ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น แต่นอร์เวย์กลับเห็นว่า คำว่า “จำลองภาพ” (avbilde) ในบทกฎหมายของนอร์เวย์ ควรตีความให้ครอบคลุมถึงการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ทั้งการเผยแพร่ทางสื่อเดิมและสื่อใหม่ที่เป็นการเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตด้วย¹²⁰ นอกจากนี้ บางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และเยอรมนี

¹¹⁹ Högsta Domstolen (Supreme Court of Sweden), 4 April 2016, Case no. Ö 849-15, *BUS v Wikimedia Sverige*, at paras 19-22.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m., at 3.4.10.4.8, p.100; Prop. 104 L (2016 –2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), at 5.8.5, p.137 (เอกสารการเสนอร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ของนอร์เวย์).

ได้บัญญัติกฎหมายไว้ชัดเจนว่าอนุญาตให้ “เผยแพร่ต่อสาธารณชน” ซึ่งงานที่บันทึกได้โดยเข้าช้อยกเว้นตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ อีกทั้งยังมีแนวคำพิพากษาที่ศาลไม่ได้ห้ามการเผยแพร่งานต่อสาธารณชนทางอินเทอร์เน็ตและสื่อออนไลน์¹²¹

2.4 ขอบเขตการนำงานไปใช้ในทางพาณิชย์

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสบัญญัติถึงหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (liberté de panorama) ไว้ชัดเจนว่าการบันทึกภาพตามหลักนี้จะต้องไม่นำไปใช้ในลักษณะทางการค้า (commercial) โดยมาตรา L122-5, 11° แห่งกฎหมาย Code de la propriété intellectuelle บัญญัติว่า “เมื่อผลงานได้รับการเปิดเผยต่อสาธารณชนแล้ว ผู้สร้างสรรค์ไม่อาจห้าม... การทำซ้ำและการเผยแพร่งานสถาปัตยกรรมและประติมากรรม ซึ่งติดตั้งถาวรบนทางสาธารณะ โดยบุคคลธรรมดา และต้องไม่ใช้ในลักษณะทางการค้า”¹²² ประเทศเดนมาร์ก นอร์เวย์และฟินแลนด์ก็บัญญัติห้ามไม่ให้มีการใช้งานที่บันทึกตามหลักนี้ในทางการค้า เช่น มาตรา 24 วรรสองของกฎหมายลิขสิทธิ์เดนมาร์ก¹²³ และมาตรา 31 ของกฎหมายลิขสิทธิ์นอร์เวย์¹²⁴ บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่แทบจะเหมือนกันว่า “กฎหมายอนุญาตให้ทำภาพจำลองของงานศิลปกรรมได้ เมื่อผลงานนั้นได้ถูกตั้งไว้อย่างถาวรบนหรือใกล้สถานที่หรือถนนซึ่งประชาชนสามารถเข้าถึงได้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้จะไม่สามารถใช้บังคับได้ หากงานศิลปกรรมนั้นเป็นองค์ประกอบหลักของภาพ และภาพจำลองดังกล่าวถูกนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์” ส่วนฟินแลนด์บัญญัติกฎหมายในลักษณะเดียวกันว่าอนุญาตให้ทำภาพจำลองของงานศิลปกรรมได้ “หากผลงานนั้นได้ถูกตั้งอยู่ถาวรบนหรือใกล้สถานที่สาธารณะ อย่างไรก็ตาม หากงานศิลปกรรมนั้นเป็นองค์ประกอบหลักของภาพ ภาพดังกล่าวต้องไม่ถูกนำไปใช้เพื่อแสวงหากำไร”¹²⁵ ประเทศเอสโตเนีย¹²⁶ และลิทัวเนีย¹²⁷ ก็บัญญัติห้ามการนำไปใช้ในทางพาณิชย์เช่นเดียวกัน

¹²¹ คำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกา เช่น คดี *Mercedes Benz USA LLC v. Lewis*, Case No. 19-10948 (E.D. Mich. 2019) และพิพากษาของศาลในเยอรมนี เช่น คดี *Bundesgerichtshof (BGH)*, I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund* และ *Landgericht Frankfurt am Main*, Urteil vom 25.11.2020 - 2-06 O 136/20, *Lahntalbrücke Limburg*.

¹²² France, Code de la propriété intellectuelle (Intellectual Property Code), Article L122-5, 11°: “Lorsque l’oeuvre a été divulguée, l’auteur ne peut interdire : ... Les reproductions et représentations d’œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l’exclusion de tout usage à caractère commercial”.

¹²³ Denmark, Consolidated Act on Copyright (Bekendtgørelse af lov om ophavsret), Section 24.

¹²⁴ Norway, Act No. 40 of 15 June 2018, on Copyright for Intellectual Property (Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)), Section 31.

¹²⁵ Finland, Act No. 404/1961, amended up to Act No. 1216/2023 (Tekijänoikeuslaki), Section 25a (821/2005).

¹²⁶ Estonia, Copyright Act (Autoriõiguse seadus), §20¹.

¹²⁷ Lithuania, Law No. VIII-1185 of 18 May 1999, on Copyright and Related Rights, Article 28.

อย่างไรก็ดี บางประเทศไม่ได้บัญญัติห้ามการนำงานที่บันทึกตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพไปใช้ในทางการค้า เช่น กฎหมายของสวีเดนไม่ได้บัญญัติห้ามการใช้ในทางพาณิชย์ สหราชอาณาจักรบัญญัติขอบเขตการใช้งานที่ค่อนข้างกว้างและไม่ได้จำกัดการใช้งานในทางการค้าหรือพาณิชย์¹²⁸ สหรัฐอเมริกาบัญญัติมาตรา 120 (a)¹²⁹ ไว้ค่อนข้างกว้างเช่นกัน จึงครอบคลุมถึงการใช้งานในทางการค้า เช่น การขายภาพที่บันทึกได้เป็นโปสเตอร์ โปสการ์ด และบนเสื้อยืด¹³⁰ นอกจากนี้ ยังเคยมีตัวอย่างคดีที่ศาลในสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยแล้วว่าช้อยกเว้นตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพนั้นครอบคลุมถึงการใช้ในทางการค้าได้¹³¹ ส่วนในเยอรมนี ผู้บันทึกทัศนียภาพที่ปรากฏงานอันมีลิขสิทธิ์ตามเงื่อนไขในมาตรา 59 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนีสามารถนำไปใช้ในทางพาณิชย์ได้ เช่น การพิมพ์จำหน่ายโปสการ์ด¹³² โดยศาลแห่งสหพันธรัฐได้อธิบายไว้ในคดี *AIDA Kusmund* ว่าช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาตรา 59 นี้มีพื้นฐานมาจากแนวคิดที่ว่า การจัดตั้งงานศิลปะไว้ในสถานที่สาธารณะ ย่อมแสดงถึงการที่เจ้าของผลงานมีเจตนาจะอุทิศผลงานนั้นให้แก่สาธารณชน ซึ่งวัตถุประสงค์เช่นนี้เป็นเหตุให้สามารถจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ในลักษณะที่บุคคลทั่วไปมีสิทธิบันทึกภาพของงานดังกล่าวและนำภาพที่ได้ไปใช้ประโยชน์ได้ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงไม่เพียงอนุญาตให้ถ่ายภาพงานสร้างสรรค์ที่ตั้งอยู่โดยถาวรบนทางเดินถนน หรือจัดตั้งสาธารณะเท่านั้น แต่ยังอนุญาตให้มีการทำซ้ำ เผยแพร่ และเผยแพร่สู่สาธารณะของภาพถ่ายดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการใช้ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ สิทธิในการเผยแพร่สู่สาธารณะครอบคลุมถึงสิทธิในการทำให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยทั่วไปผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ด้วย¹³³ แนวความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายในออสเตรเลียในประเด็นการใช้เพื่อการค้าหรือพาณิชย์ก็มีแนวทางในลักษณะเดียวกัน นักวิชาการ Valerie Eder ได้อธิบายถึงกฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรเลียในมาตรา 54(1) วรรคห้า¹³⁴ ซึ่งเป็นช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพว่า วัตถุประสงค์ของการทำซ้ำไม่เป็นสาระสำคัญ ดังนั้น จึงสามารถใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าได้เช่นกัน ช้อยกเว้นนี้จึงอนุญาตให้มีการใช้ภาพในการตีพิมพ์เพื่อขายเป็นโปสการ์ด ปฏิทิน และโปสเตอร์ เป็นต้น¹³⁵

¹²⁸ Eleonora Rosati, “Non-Commercial Quotation and Freedom of Panorama: Useful and Lawful?,” 318; Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” 324.

¹²⁹ United States, 17 U.S. Code § 120(a).

¹³⁰ Mary LaFrance, “Public Art, Public Space, and the Panorama Right,” 605.

¹³¹ See e.g., *Leicester v. Warner Brothers*, 232 F.3d 1212 (9th Cir. 2000); *Mercedes Benz USA LLC v. Lewis*, Case No. 19-10948 (E.D. Mich. 2019).

¹³² Thomas Hoeren, “Germany,” 440.

¹³³ Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kusmund*, para 16.

¹³⁴ Austria, Federal Law on Copyright in Works of Literature and Art and on Related Rights (BGBl. No. 111/1936, as last amended [BGBl. I No. 25/1998]), Section 54 (1) para 5.

¹³⁵ Valerie Eder, “Austria,” 341.

ศาลในนิวซีแลนด์ได้ปรับใช้มาตรา 73 อันข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศนิวซีแลนด์¹³⁶ ในคดี *Radford v Hallensteins Bros Ltd*¹³⁷ โดยคดีนี้ โจทก์เป็นผู้สร้างผลงานประติมากรรมขนาดใหญ่สามชิ้นซึ่งตั้งอยู่ในสวนสาธารณะในเมืองโอ๊คแลนด์ ประเทศนิวซีแลนด์ จำเลยเป็นบริษัทประกอบกิจการค้าปลีกเสื้อผ้าได้จำหน่ายเสื้อยืดโดยมีภาพถ่ายของประติมากรรมสองชิ้นจากสามชิ้นของโจทก์พิมพ์อยู่ด้านหน้าของเสื้อยืดร่วมกับองค์ประกอบภาพอื่น ๆ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์และธรรมสิทธิ (moral right) ประเด็นข้อพิพาทในคดีนี้มุ่งเน้นไปที่สิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างผลงานในการควบคุมการทำซ้ำผลงานในรูปแบบสองมิติ กับผลประโยชน์สาธารณะในการเข้าถึงและใช้การทำซ้ำดังกล่าว ศาลมีคำวินิจฉัยว่าไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 73 ที่ได้ยกเว้นสิทธิในลิขสิทธิ์ที่ผู้สร้างผลงานอาจมีอยู่ ทำให้ผลประโยชน์สาธารณะได้รับความสำคัญสูงสุด แม้ว่าการกระทำของจำเลยจะทำการเพื่อการค้าก็ตาม

ประเด็นที่ว่าเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพควรมีขอบเขตการใช้ครอบคลุมถึงการใช้ในทางการค้าหรือพาณิชย์หรือไม่นั้น นักวิชาการลิขสิทธิ์บางท่านไม่เห็นด้วยที่จะอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในทางการค้าได้ เช่น Barron Oda เห็นว่าประเด็นนี้จะก่อให้เกิดความขัดแย้งมากที่สุดในการพิจารณาเรื่องหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ เนื่องจากการอนุญาตให้บันทึกทัศนียภาพและนำไปใช้เพื่อการค้าได้นั้นจะเป็นการกระทบสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร เนื่องจากมีแนวโน้มที่จะลดทอนสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่กฎหมายให้แก่เจ้าของสิทธิในการใช้ประโยชน์ทางการค้าจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน¹³⁸ และ Jean-Marie Cavada เคยเสนอให้แก้ไขกฎหมายของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพว่า “อนุญาตให้มีการทำซ้ำและใช้ประโยชน์จากงาน เช่น งานสถาปัตยกรรมหรือประติมากรรมที่ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่สาธารณะ โดยยกเว้นการใช้ประโยชน์ใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกัวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์”¹³⁹ อย่างไรก็ตาม การบัญญัติห้ามมิให้ใช้งานภายใต้หลักนี้ในทางพาณิชย์นั้นอาจมีปัญหาในการวินิจฉัย เช่น Pauline Combe เห็นว่า แม้ว่าการเผยแพร่งานที่บันทึกได้ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจะครอบคลุมถึงการเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต แต่การกำหนดเงื่อนไขว่าต้องไม่เป็นการใช้ในทางพาณิชย์นั้นจะทำให้การเผยแพร่ภาพทางอินเทอร์เน็ตเกิดปัญหาได้ เนื่องจากเส้นแบ่งระหว่างการใช้งานในเชิงพาณิชย์และไม่ใช่เชิงพาณิชย์บนอินเทอร์เน็ตนั้นคลุมเครือและแยกแยะได้ยาก เว็บไซต์ส่วนใหญ่มีการโฆษณา ซึ่งมักปรากฏอยู่ด้านข้างของหน้าเว็บไซต์ หากภาพถ่ายของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ถาวรในพื้นที่สาธารณะถูกเผยแพร่บนเว็บไซต์เหล่านี้ ก็อาจถือได้ว่าเป็นการใช้ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากเว็บไซต์เหล่านั้น

¹³⁶ New Zealand, Copyright Act 1994, Section 73.

¹³⁷ *Radford v Hallensteins Bros Ltd*, (District Court) Auckland CIV 2005-004-3008, 17 July 2006; *Radford v Hallenstein Bros Ltd*, (High Court of New Zealand) Auckland CIV 006-404-004881, [2007] BCL 363.

¹³⁸ Barron Oda, “Mobile Devices, Public Spaces, and Freedom of Panorama: Reconciling the Copyright Act with Technological Advances and Social Norms Regarding Content Creation and Online Sharing.”

¹³⁹ Jean-Marie Cavada, “Proposal for a directive Article 5 a (new), A8-0245/162, Report A8-0245/2018, (5 September 2018),” accessed 14 August 2025, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-162-165_EN.pdf.

มีรายได้จากการโฆษณาดังกล่าว¹⁴⁰ และ Eleonora Rosati แสดงความกังวลเช่นเดียวกันว่าการใช้งานเพื่อประโยชน์ “ทางการค้า” (commercial) หรือ “เพื่อหากำไร” (for profit) ยังขาดการตีความหรือการให้นิยามที่ชัดเจน การตีความถ้อยคำเหล่านี้อย่างกว้างอาจครอบคลุมถึงการทำซ้ำหรือเผยแพร่งานบนเว็บไซต์ที่มีโฆษณา และการกำหนดว่าเมื่อใดที่การใช้งานจะถือเป็นทางการค้า หรือเพื่อแสวงหากำไรอาจเป็นเรื่องที่มีความท้าทายเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในกรณีที่มีลักษณะเชิงพาณิชย์หรือการแสวงหากำไรนั้นเป็นเพียงทางอ้อมหรือเป็นวัตถุประสงค์รองจากการใช้งานที่เป็นข้อพิพาท¹⁴¹

2.5 เจื่อนไขเพิ่มเติมอื่น ๆ

นอกจากเจื่อนไขพื้นฐาน 4 ประการในการบัญญัติข้อยกเว้นภายใต้หลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่ได้กล่าวไปข้างต้น อันได้แก่ การกำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงานนั้น ลักษณะการกระทำต่องานเหล่านั้น และขอบเขตการนำงานไปใช้ในทางพาณิชย์แล้ว บางประเทศยังได้กำหนดเจื่อนไขอื่นเพิ่มเติม บทความวิจัยนี้จะอธิบายโดยสังเขปถึงเจื่อนไขเพิ่มเติมอีก 3 ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง การจำกัดบุคคลที่สามารถใช้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ ประการที่สอง การกำหนดให้ต้องพิจารณาถึงหลัก Three-step test ในการปรับใช้บทบัญญัติแห่งข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ และประการที่สาม การบันทึกงานดังกล่าวนั้นต้องไม่ปรากฏงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นวัตถุหลักในภาพ

เจื่อนไขเพิ่มเติมประการที่หนึ่ง การจำกัดบุคคลที่สามารถใช้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้ เช่น การกำหนดให้ผู้ที่สามารถใช้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้ต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือสื่อมวลชนเท่านั้น พิจารณาตัวอย่างได้จากกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสและกรีซ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศส (Code de la propriété intellectuelle)¹⁴² ในมาตรา 122-5(11) บัญญัติว่า “เมื่อผลงานได้ถูกเปิดเผยแล้ว ผู้สร้างสรรค์จะไม่สามารถห้ามการทำซ้ำและการแสดงผลงานสถาปัตยกรรมและประติมากรรมที่ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะ ซึ่งกระทำโดยบุคคลธรรมดา โดยยกเว้นการใช้เพื่อวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์”¹⁴³ มาตราข้างต้นสะท้อนให้เห็นถึงขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่แคบกว่าหลาย ๆ ประเทศ เนื่องจาก (1) จำกัดประเภทของงานเฉพาะสถาปัตยกรรมและประติมากรรม (2) ห้ามการใช้งานในทางพาณิชย์ และ (3) อนุญาตให้บุคคลธรรมดาเท่านั้นเป็นผู้ทำซ้ำและเผยแพร่งานได้ ดังนั้น นิติบุคคลและบริษัททั้งหลายจึงไม่อาจอ้างบทบัญญัตินี้ได้ ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ของกรีซ มาตรา 26 บัญญัติว่า

¹⁴⁰ Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” 334.

¹⁴¹ Eleonora Rosati, “Non-Commercial Quotation and Freedom of Panorama: Useful and Lawful?,” 315-320.

¹⁴² French Intellectual Property Code (Code de la propriété intellectuelle).

¹⁴³ (เน้นโดยผู้เขียน) French Intellectual Property Code, Article L122-5(11): “Lorsque l’oeuvre a été divulguée, l’auteur ne peut interdire : ... 11° Les reproductions et représentations d’œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l’exclusion de tout usage à caractère commercial...”

“การทำซ้ำและการเผยแพร่ภาพงานสถาปัตยกรรม งานศิลปกรรม งานภาพถ่าย หรืองานศิลปประยุกต์ที่ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่สาธารณะเป็นครั้งคราวโดยสื่อมวลชน ถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์ผลงาน และไม่ต้องมีการจ่ายค่าตอบแทน”¹⁴⁴ การบัญญัติเช่นนี้เป็นการจำกัดบุคคลที่สามารถใช้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพไว้เฉพาะสื่อมวลชนเท่านั้น บุคคลทั่วไปไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หากไม่ใช่สื่อมวลชนก็จะไม่สามารถใช้ช้อยกเว้นมาตรานี้ได้

เงื่อนไขเพิ่มเติมประการที่สอง การกำหนดให้ต้องพิจารณาถึงหลัก Three-step test ด้วยว่าการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่ เช่น มาตรา XI.190 2/1° แห่งกฎหมาย Code of Economic Law ของประเทศเบลเยียมซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่องานได้ถูกเปิดเผยต่อสาธารณชนโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้สร้างงานไม่อาจห้ามมิให้กระทำการดังต่อไปนี้: ... การทำซ้ำและการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานศิลปกรรม ประเภททัศนศิลป์ กราฟิก หรือสถาปัตยกรรม ที่มีวัตถุประสงค์ให้ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่สาธารณะ ทั้งนี้ เฉพาะในกรณีที่เป็นการทำซ้ำหรือการเผยแพร่ผลงานในลักษณะที่ปรากฏอยู่ ณ ที่นั้น และการทำซ้ำหรือการเผยแพร่นั้นไม่กระทบต่อการใช้ประโยชน์ตามปกติของงาน หรือก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไม่เป็นธรรมต่อผลประโยชน์อันชอบธรรมของผู้สร้างผลงาน”¹⁴⁵

บทบัญญัตินี้ถูกเพิ่มเติมไว้ในกฎหมาย Code of Economic Law เมื่อปี ค.ศ. 2016¹⁴⁶ โดยมีข้อความที่เพิ่มเติมในตอนท้ายของบทบัญญัติที่ต่างจากบทบัญญัติของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปอื่น ๆ ที่กำหนดให้ต้องพิจารณาด้วยว่าการทำซ้ำหรือการเผยแพร่งานศิลปกรรมที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะนั้นไม่กระทบต่อการใช้ประโยชน์ตามปกติของผลงาน และต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไม่เป็นธรรมต่อผลประโยชน์อันชอบธรรมของผู้สร้างผลงาน แม้ว่าประเทศอื่น ๆ ไม่ได้บัญญัติกฎหมายไว้เช่นนี้ แต่ในการปรับใช้ช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ ศาลอาจเลือกนำหลัก Three-step test ซึ่งปรากฏในอนุสัญญากรุงเบิร์น หรือที่บัญญัติใน Infosoc Directive มาเป็นเงื่อนไขเพิ่มเติมในการวินิจฉัยได้ อันจะเห็นตัวอย่างได้จากแนวการวินิจฉัยของศาลในประเทศสวีเดน เช่นในคดี Wikimedia Sverige¹⁴⁷ ที่ได้กล่าวถึงไปแล้วข้างต้น ซึ่งแม้ว่าในบทบัญญัติช้อยกเว้นในกฎหมายสวีเดนจะไม่ปรากฏข้อความให้ศาลต้องพิจารณาหลัก Three-step test ประกอบด้วย แต่ศาลอาจเลือกที่จะนำหลักนี้มาใช้ประกอบการวินิจฉัยเพื่อหาจุดสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของผลงานที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะกับประโยชน์ของสาธารณชนในทัศนียภาพนั้น

¹⁴⁴ (เน้นโดยผู้เขียน) Greece, Law on Copyright, Related Rights and Cultural Matters, No. 2121/1993, Article 26.

¹⁴⁵ (เน้นโดยผู้เขียน) Belgium, Code de droit économique (Code of Economic Law), Article XI.190 2/1°.

¹⁴⁶ Loi du 27 juin 2016 modifiant le Code de droit économique en vue de l'introduction de la liberté de panorama.

¹⁴⁷ Högsta Domstolen (Supreme Court of Sweden), 4 April 2016, Case no. Ö 849-15, *BUS v Wikimedia Sverige*.

เงื่อนไขเพิ่มเติมประการที่สาม กฎหมายบางประเทศกำหนดให้ต้องพิจารณาด้วยว่างานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะนั้นเป็นวัตถุหลักที่ปรากฏ (primary or main subject) ในภาพหรือไม่ หรือเป็นเพียงการบันทึกภาพที่ปรากฏงานอันมีลิขสิทธิ์โดยบังเอิญ (incidental inclusion) เช่น กฎหมายในประเทศเดนมาร์ก¹⁴⁸ นอร์เวย์¹⁴⁹ ฟินแลนด์¹⁵⁰ ลักเซมเบิร์ก¹⁵¹ เอสโตเนีย¹⁵² และลิทัวเนีย¹⁵³ บัญญัติว่าการบันทึกภาพงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะนั้นจะต้องไม่เป็นวัตถุหลักที่ปรากฏในภาพ ในขณะที่ประเทศสวีเดนไม่มีบทบัญญัติเช่นนั้น และศาลสูงสุดแห่งสวีเดนเคยอธิบายว่าการจำลองภาพตามข้อยกเว้นมาตรา 24 ของกฎหมายลิขสิทธิ์สวีเดนนั้นใช้ได้แม้ว่างานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะเป็นวัตถุหลักในการบันทึกภาพก็ตาม¹⁵⁴

เป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งว่าประเด็นที่ว่างานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นวัตถุหลักในการบันทึกภาพหรือไม่นั้น แม้แต่ในประเทศที่ท้ายที่สุดแล้วไม่ได้มีบทบัญญัติบังคับเงื่อนไขนี้ แต่ที่เคยมีการถกเถียงหรือเคยมีแนวการวินิจฉัยของศาลที่ชี้ว่ามีแนวคิดอีกทางหนึ่งว่าเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพควรเป็นการบันทึกบรรยากาศโดยรวม ไม่ใช่การทำซ้ำภาพงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นใดขึ้นหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง เช่น ในการรับฟังความคิดเห็นการร่างกฎหมาย Architectural Works Copyright Protection Act (AWCPA) ของสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 1990 ซึ่งมีการถกเถียงกันถึงขอบเขตมาตรา 120(a) เกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ นักวิชาการลิขสิทธิ์ Jane Ginsburg เคยทำความเข้าใจสนับสนุนให้บัญญัติเงื่อนไขเพิ่มเติมว่างานสถาปัตยกรรมนั้นจะต้องมิใช่วัตถุหลักของการนำเสนอในภาพถ่ายหรือภาพเขียนจึงจะเข้าข้อยกเว้นตามหลักนี้ได้¹⁵⁵ ซึ่ง David Perdue ผู้ทำความเข้าใจจากสถาบันสถาปนิกอเมริกัน (American

¹⁴⁸ Denmark, Consolidated Act on Copyright (Bekendtgørelse af lov om ophavsret), Section 24.

¹⁴⁹ Norway, Act No. 40 of 15 June 2018, on Copyright for Intellectual Property (Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)), Section 31.

¹⁵⁰ Finland, Act No. 404/1961, amended up to Act No. 1216/2023 (Tekijänoikeuslaki), Section 25a (821/2005).

¹⁵¹ Luxembourg, Law of April 18, 2001, on Copyright and Related Rights and Databases, Section 10(7).

¹⁵² Estonia, Copyright Act (Autoriõiguse seadus), §20¹.

¹⁵³ Lithuania, Law No. VIII-1185 of 18 May 1999, on Copyright and Related Rights, Article 28.

¹⁵⁴ Högsta Domstolen (Supreme Court of Sweden), 4 April 2016, Case no. Ö 849-15, *BUS v Wikimedia Sverige*, para 15.

¹⁵⁵ “The Floor Remarks indicate a possible limitation of the pictorial representation exception to “instances in which the architectural work does not constitute the primary subject of the two-dimensional representation” ... I believe such a limitation would be desirable. It also enjoys well-elaborated precedent in Berne countries, notably France, where the courts have devised the limitation and articulated its contours.” (citation omitted) (Architectural Design Protection: Hearing Before the Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, 101st Congress, Second Session, on H.R. 3990 and H.R. 3991, p.187 (1990) (Letter from Jane C. Ginsburg, Associate Professor, Columbia University School of Law School, to Hon. Robert Kastenmeier), accessed 14 August 2025, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=pur1.32754075285266&seq=129>).

Institute of Architects) เคยยื่นเอกสารทำความเข้าใจสนับสุนนในประเด็นนี้เช่นเดียวกัน¹⁵⁶ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ท้ายที่สุดแล้วถ้อยคำที่กำหนดว่างานนั้นต้องมีชีวิตหลักของการบันทึกภาพก็ไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 120(a) แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ในคดี *Buren et Drevet v Lyon*¹⁵⁷ ซึ่งตัดสินโดยศาลในประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 2005 ก่อนที่จะมีการบัญญัติมาตรา 122-5(11) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศส (Code de la propriété intellectuelle) ในปี ค.ศ. 2016 คดีนี้ศิลปิน Daniel Buren และ Christian Drevet ได้ทำการปรับปรุงจัตุรัส Place des Terreaux ในเมือง Lyon ประเทศฝรั่งเศส ทั้งสองได้สร้างงานติดตั้งขนาดใหญ่ที่ออกแบบเฉพาะสำหรับสถานที่ ประกอบด้วยน้ำพุขนาดเล็กจำนวนมากซึ่งฝังอยู่ใต้พื้นและเสา อีกจำนวนหนึ่ง ต่อมามีการนำภาพของจัตุรัสดังกล่าวไปพิมพ์ลงบนโปสการ์ดและจำหน่ายต่อสาธารณชน โดยไม่ได้รับความยินยอมจากศิลปินและไม่ได้ระบุชื่อของพวกเขาไว้บนโปสการ์ด ทั้งสองจึงยื่นฟ้องผู้จัดพิมพ์โปสการ์ดในข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลฎีกาแห่งฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ได้มีคำพิพากษายกฟ้อง โดยให้เหตุผลถึงการปรากฏโดยบังเอิญหรือการเป็นองค์ประกอบรองของภาพ (accessoire au sujet traité/accessory to the subject matter) โดยศาลเห็นว่าผลงานของโจทก์เป็นเพียงส่วนหนึ่งขององค์ประกอบสถาปัตยกรรมที่กว้างกว่า และเป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งในภาพรวมของจัตุรัส Place des Terreaux กล่าวคือ งานของโจทก์มีลักษณะเป็นส่วนประกอบรองมากกว่าการเป็นองค์ประกอบหลักของสถานที่ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันฝรั่งเศสมีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาตรา 122-5(11) ซึ่งไม่ปรากฏว่ามีหลักนี้เป็นองค์ประกอบในบทบัญญัติแต่อย่างใด

อนึ่ง แนวคิดเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์งานที่บังเอิญบันทึกได้ (incidental use) นอกจากการออกบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพแล้ว บางประเทศยังบัญญัติกรณีนี้เป็นอีกข้อยกเว้นหนึ่งแยกต่างหากไป เช่น มาตรา 31 กฎหมาย CDPA ของสหราชอาณาจักรบัญญัติให้ “(1) การปรากฏโดยบังเอิญของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรม สิ่งบันทึกเสียง ภาพยนตร์ หรือการแพร่เสียงแพร่ภาพจะไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผลงานนั้น และ (2) การจัดจำหน่ายต่อสาธารณชน การเปิดเผย การแสดง หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชนของสิ่งใดก็ตามที่มีการสร้างขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามวรรค (1) ซึ่งไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ก็จะไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน”¹⁵⁸ นอกจากนี้

¹⁵⁶ “We would encourage the committee to ... narrow the exception to instances where the architectural work is not the primary subject of the pictorial representation.” (Architectural Design Protection: Hearing Before the Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, 101st Congress, Second Session, on H.R. 3990 and H.R. 3991 (1990), p.125 (Letter from David K. Perdue, Associate General Counsel and Corporate Secretary of the American Institute of Architects, to Hon. Robert Kastenmeier), accessed 14 August 2025, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=pur1.32754075285266&seq=129>).

¹⁵⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 1, 15 March 2005, 03-14.820.

¹⁵⁸ United Kingdom, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), Section 31.

มาตรา 57 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์เยอรมันก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นที่คล้ายคลึงกับมาตรา 31 ของสหราชอาณาจักร โดยระบุว่าการทำซ้ำ เผยแพร่ และการเผยแพร่ต่อสาธารณชนของงานที่เป็นเพียงองค์ประกอบเล็กน้อย (unwesentliches Beiwerk) เมื่อเทียบกับวัตถุประสงค์หลักของการถ่ายภาพหรือเผยแพร่ นั้นเป็นการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ หากงานศิลปกรรมปรากฏอยู่ในภาพถ่ายเพียงเล็กน้อยหรือไม่ใช่จุดสนใจหลัก เช่น การถ่ายภาพบุคคลที่สวนสาธารณะโดยมีประติมากรรมอยู่ในฉากหลัง โดยไม่ได้ตั้งใจให้เห็นเด่นชัด ก็สามารถทำได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์¹⁵⁹ ซึ่งข้อยกเว้นเหล่านี้ปรับใช้ได้กับงานตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติโดยไม่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นงานที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ

3. ตารางสรุปข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศทั้งหมด 20 ประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ แคนาดา สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมนี สวีเดน นอร์เวย์ เดนมาร์ก ฟินแลนด์ เบลเยียม ฮังการี ออสเตรีย สเปน กรีซ ลักเซมเบิร์ก เอสโตเนีย ลิทัวเนีย และอิตาลี ผู้วิจัยสามารถทำตารางเปรียบเทียบบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพของแต่ละประเทศ โดยระบุถึงประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงานอันมีลิขสิทธิ์ การกระทำที่อนุญาตให้ทำได้ และเงื่อนไขอื่น ๆ ได้ดังนี้

¹⁵⁹ Germany, Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz (UrhG)), Section 57.

ตารางที่ 2: ตารางเปรียบเทียบบทบาทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในประเทศที่ศึกษา

ลำดับที่	ประเทศ	ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์	การตั้งอยู่ของงาน	การกระทำที่อนุญาต	เงื่อนไขอื่น
1	สหราชอาณาจักร	อาคาร	-	การสร้างงานกราฟิกที่เป็นการแสดงงานนั้น	-
		งานประติมากรรมแบบจำลองอาคาร งานฝีมือศิลปะ	ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ หรือในสถานที่ที่เปิดให้ประชาชนเข้าชมได้	การถ่ายภาพหรือถ่ายภาพยนตร์ของงานนั้น การแพร่ภาพของงานนั้น การเผยแพร่ต่อสาธารณชน	-
2	ออสเตรเลีย	อาคาร แบบจำลองอาคาร	-	การสร้างภาพวาด ภาพเขียน ภาพแกะสลัก หรือ ภาพถ่ายของงาน	-
		งานประติมากรรม งานฝีมือศิลปะ	ตั้งอยู่ไม่เป็นการชั่วคราวในที่สาธารณะ หรือในสถานที่ที่เปิดให้ประชาชนเข้าชมได้	การถ่ายภาพยนตร์ หรือในการออกอากาศทางโทรทัศน์	-
3	นิวซีแลนด์	อาคาร	-	การทำซ้ำงานโดยการสร้างงานกราฟิกที่	-
		งานประติมากรรมแบบจำลองอาคาร งานฝีมือศิลปะ	ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ หรือในสถานที่ที่เปิดให้ประชาชนเข้าชมได้	เป็นการแสดงงานนั้น การถ่ายภาพหรือถ่ายภาพยนตร์ การเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งภาพของงานนั้น	-

ลำดับที่	ประเทศ	ประเภทของงาน อันมีลิขสิทธิ์	การตั้งอยู่ของงาน	การกระทำที่อนุญาต	เงื่อนไขอื่น
4	แคนาดา	งานสถาปัตยกรรม	-	การทำซ้ำงานโดยการ สร้างภาพวาด ภาพเขียน ภาพแกะสลัก หรือ ภาพถ่าย หรือการถ่ายภาพยนตร์	-
		งานประติมากรรม งานฝีมือศิลปะ แบบจำลอง ประติมากรรมหรือ งานฝีมือศิลปะ	ตั้งอยู่ถาวรในที่ สาธารณะหรืออาคาร สาธารณะ		-
5	สหรัฐ อเมริกา	งานสถาปัตยกรรม (อาคาร)	ตั้งอยู่หรือมองเห็นได้ เป็นปกติจากที่ สาธารณะ	การจัดทำ แจกจ่าย หรือแสดงต่อสาธารณะ ซึ่งภาพ ภาพวาดเขียน ภาพถ่าย หรือ การแสดงผลภาพใน รูปแบบอื่นของงานนั้น	-
6	ฝรั่งเศส	งานสถาปัตยกรรม งานประติมากรรม	ตั้งอยู่ถาวรบนทาง สาธารณะ	การทำซ้ำและ การเผยแพร่งาน	ต้องกระทำโดย บุคคลธรรมดา และต้องไม่ใช่ ในลักษณะ ทางการค้า
7	เยอรมนี	งาน	ตั้งอยู่ถาวรบนทาง สาธารณะ ถนน สาธารณะ หรือจัตุรัส สาธารณะ	การทำซ้ำ เผยแพร่ และสื่อสารต่อ สาธารณชน โดยใช้ วิธีการทางจิตรกรรม หรือศิลปะกราฟิก โดยการถ่ายภาพหรือ ภาพยนตร์	ในกรณีของ สิ่งปลูกสร้าง สิทธิเหล่านี้ จำกัดเฉพาะการ มองเห็นภายนอก เท่านั้น
8	สวีเดน	อาคาร	-	การจำลองภาพและ เผยแพร่ต่อสาธารณชน	-
		งานศิลปกรรม	ตั้งอยู่ถาวรภายนอก หรือในที่สาธารณะ		-
9	เดนมาร์ก	อาคาร	-	การจำลองภาพ	-
		งานศิลปกรรม	ตั้งอยู่ถาวรในหรือใกล้ สถานที่หรือถนนที่เข้า ถึงได้โดยสาธารณชน		งานนั้นไม่ได้เป็น วัตถุหลักในภาพ และต้องไม่ใช่ ในลักษณะ ทางการค้า

ลำดับที่	ประเทศ	ประเภทของงาน อันมีลิขสิทธิ์	การตั้งอยู่ของงาน	การกระทำที่อนุญาต	เงื่อนไขอื่น
10	นอร์เวย์	อาคาร	-	การจำลองภาพ	-
		งาน	ตั้งอยู่ถาวรในหรือใกล้ สถานที่หรือถนนที่เข้า ถึงได้โดยสาธารณชน		งานนั้นไม่ได้เป็น วัตถุหลักในภาพ และต้องไม่ใช่ ในลักษณะ ทางการค้า
11	ฟินแลนด์	งานศิลปกรรม	ตั้งอยู่ถาวรในหรือใกล้ ที่สาธารณะ	การจำลองภาพ	งานนั้นไม่ได้เป็น วัตถุหลักในภาพ และต้องไม่ใช่ ในลักษณะ เพื่อหากำไร
		อาคาร	-		-
12	เบลเยียม	งานศิลปกรรม (d'œuvres d'art plastique) งานกราฟิก งานสถาปัตยกรรม	มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่ สาธารณะ	การทำซ้ำและการ เผยแพร่ต่อสาธารณชน	ต้องเป็นการทำซ้ำ หรือการเผยแพร่ ผลงานในลักษณะ ที่ปรากฏอยู่ ณ ที่ นั้น และการทำซ้ำ หรือการเผยแพร่ นั้นต้องไม่กระทบ ต่อการใช้ ประโยชน์ ตามปกติของงาน หรือก่อให้เกิด ความเสียหาย อย่างไม่เป็นธรรม ต่อผลประโยชน์อัน ชอบธรรมของ ผู้สร้างผลงาน
13	ฮังการี	งานศิลปกรรม งานสถาปัตยกรรม งานศิลปประยุกต์	ตั้งอยู่ถาวรภายนอก อาคารในที่สาธารณะ	การสร้างและใช้	-

ลำดับที่	ประเทศ	ประเภทของงาน อันมีลิขสิทธิ์	การตั้งอยู่ของงาน	การกระทำที่อนุญาต	เงื่อนไขอื่น
14	ออสเตรีย	งานสถาปัตยกรรม งานศิลปกรรม	ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่ ซึ่งใช้เป็นทางสัญจร สาธารณะ	การทำซ้ำ แจกจ่าย นำเสนอในที่สาธารณะ โดยใช้เครื่องมือ ทางแสง และแพร่ภาพ ผลงาน	สถาปัตยกรรม และการทำซ้ำ ภาพวาดหรือ ผลงานกราฟิกโดย มีวัตถุประสงค์เพื่อ นำผลงานที่ทำซ้ำ นั้นไปตั้งไว้โดย ถาวรในสถานที่ ประเภทดังกล่าว หรือการทำซ้ำ ผลงานสามมิติ ในลักษณะสามมิติ ด้วยตนเอง
15	สเปน	งาน	ตั้งอยู่ถาวรในสวน ถนน จัตุรัส หรือที่ สาธารณะอื่นใด	การทำซ้ำ แจกจ่าย หรือเผยแพร่ทาง ภาพวาด ภาพเขียน ภาพถ่าย หรือ สไลด์ทัศนวิสัย	-
16	กรีซ	งานสถาปัตยกรรม งานศิลปกรรม งานภาพถ่าย งานศิลปประยุกต์	ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่ สาธารณะ	การทำซ้ำและ การเผยแพร่ภาพเป็น ครั้งคราว	ต้องกระทำโดย สื่อมวลชน
17	ลักเซมเบิร์ก	งาน	ตั้งอยู่ในที่ที่ สาธารณชนเข้าถึงได้	การทำซ้ำและเผยแพร่	งานนั้นต้องไม่ใช่ วัตถุหลักในการ ทำซ้ำหรือเผยแพร่

ลำดับที่	ประเทศ	ประเภทของงาน อันมีลิขสิทธิ์	การตั้งอยู่ของงาน	การกระทำที่อนุญาต	เงื่อนไขอื่น
18	เอสโทเนีย	งานสถาปัตยกรรม งานศิลปกรรม งานศิลปะประยุกต์ งานภาพถ่าย	ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่ ที่เปิดให้สาธารณชน เข้าถึงได้	การทำซ้ำและเผยแพร่ ต่อสาธารณชน	งานนั้นไม่ได้เป็น วัตถุหลักในการ ทำซ้ำและต้องไม่ใช่ เพื่อการค้าโดยตรง หากผลงานที่ระบุ ไว้ในข้อนี้มีชื่อของ ผู้สร้างสรรค์กำกับ ไว้ จะต้องมีการ ระบุชื่อดังกล่าวใน การเผยแพร่ ผลงานที่ทำซ้ำต่อ สาธารณชนด้วย
19	ลิทัวเนีย	งานสถาปัตยกรรม งานประติมากรรม	ที่สร้างขึ้นเพื่อจัดตั้ง ถาวรในสถานที่ สาธารณะ เว้นแต่ ในกรณีที่ผลงานนั้น ถูกจัดแสดงใน นิทรรศการหรือ พิพิธภัณฑ์	การทำซ้ำและเผยแพร่ ต่อสาธารณชน	มิให้ใช้บังคับใน กรณีที่ผลงาน สถาปัตยกรรมหรือ ประติมากรรมเป็น วัตถุประสงค์หลัก ของการถ่ายทอด ในการทำซ้ำ และ การทำซ้ำนั้นมี วัตถุประสงค์เพื่อ ประโยชน์ทาง การค้าโดยตรงหรือ โดยอ้อม และต้อง ระบุแหล่งที่มาและ ชื่อผู้สร้างสรรค์ (หากสามารถ กระทำได้)
20	อิตาลี	ไม่มีบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ			

4. บทวิเคราะห์เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายไทย

ในประเทศไทย บทบัญญัติที่สะท้อนถึงการรับรองเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพปรากฏอยู่ในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมาย 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งแม้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ไม่ถูกบังคับใช้แล้ว แต่การศึกษากฎหมายทั้งสองฉบับนี้เปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันทำให้เห็นถึงแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพรวมถึงขอบเขตการกระทำที่กฎหมายอนุญาตด้วย

มาตรา 20(2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 บัญญัติว่า

“ผู้ใดมิได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ กระทำการซึ่งพระราชบัญญัตินี้ให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์แต่ผู้เดียว ท่านว่าผู้นั้นละเมิดลิขสิทธิ์ แต่การกระทำต่อไปนี้ ท่านไม่ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

... การทำหรือโฆษณาภาพพระบายสี ภาพวาดเขียน ภาพแกะ หรือรูปถ่าย แห่งภาพหุ่นหรือการช่างทางศิลป ถ้าภาพหุ่นหรือการช่างทางศิลปนั้น ๆ ตั้งประจำอยู่ที่สาธารณะหรือในโรงเรือนสาธารณะ หรือการทำ หรือโฆษณาภาพพระบายสี ภาพวาดเขียน ภาพแกะ หรือรูปถ่าย แห่งสถาปัตยกรรมซึ่งเป็นศิลป”

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นว่ากฎหมายไทยให้การรับรองเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2474 โดยแยกงานประติมากรรม หรือ “หุ่น” และ “การช่างทางศิลป” ออกจากงานสถาปัตยกรรม กล่าวคือ หากเป็นงานประติมากรรมและการช่างทางศิลป งานเหล่านั้นจะต้องตั้งประจำอยู่ที่สาธารณะ แต่ถ้าเป็นงานสถาปัตยกรรม ไม่มีเงื่อนไขกำหนดว่าต้องตั้งประจำอยู่ที่สาธารณะแต่อย่างใด ส่วนการกระทำที่อนุญาตคือ การทำภาพของงานและโฆษณาภาพเหล่านั้น

ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่ามาตรา 20(2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ตรงกับปี พ.ศ. 2474 ซึ่งตรงกับปี ค.ศ. 1931 ในขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรที่บังคับใช้คือ Copyright Act 1911 ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายแม่แบบของกฎหมายในหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศในเครือจักรภพ เช่น ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์¹⁶⁰ โดยบทบัญญัติมาตรา 20(2) ของไทยเมื่อปี พ.ศ. 2474 มีข้อความตรงกับมาตรา 2(1)(iii) ใน Copyright Act 1911¹⁶¹ ทั้งประเภทงาน

¹⁶⁰ See e.g., *Radford v Hallenstein Bros Ltd*, (High Court of New Zealand) Auckland CIV 006-404-004881, [2007] BCL 363, at [24]-[26], cited Laddie, H. Prescott P and Victoria M, *The Modern Law of Copyright and Designs*, 3rd edn (Butterworths, 2000) at para 20.76; Jonathan Barrett, “Time to Look Again? Copyright and Freedom of Panorama,” 265.

¹⁶¹ United Kingdom, Copyright Act 1911, Section 2(1)(iii): “[...] the following acts shall not constitute an infringement of copyright: — (iii) The making or publishing of paintings, drawings, engravings, or photographs of a

ลักษณะการตั้งอยู่ของงาน และการกระทำที่อนุญาต ล้วนตรงกับบทบัญญัติของสหราชอาณาจักรฉบับปี ค.ศ. 1911 ทั้งนี้ คำว่า “ภาพหุ่น” ตรงกับคำว่า “sculpture” (ประติมากรรม) ส่วนคำว่า “การช่างทาง ศิลป” ตรงกับคำว่า “artistic craftsmanship”

ส่วนบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพมีอยู่ 3 มาตรา (มาตรา 35 – 37) มีข้อความตรงกับมาตรา 37 ถึงมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ดังนี้

“มาตรา 37 การวาดเขียน การเขียนระบายสี การก่อสร้าง การแกะลายเส้น การปั้น การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ การแพร่ภาพ หรือการกระทำใด ๆ ทำนองเดียวกันนี้ ซึ่งศิลปกรรมใดอันตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ นอกจากงานสถาปัตยกรรม มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมนั้น”¹⁶² (ตรงกับมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521)

“มาตรา 38 การวาดเขียน การเขียนระบายสี การแกะลายเส้น การปั้น การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ หรือการแพร่ภาพซึ่งงานสถาปัตยกรรมใด มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสถาปัตยกรรมนั้น”¹⁶³ (ตรงกับมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521)

“มาตรา 39 การถ่ายภาพหรือการถ่ายภาพยนตร์หรือการแพร่ภาพซึ่งงานใด ๆ อันมีศิลปกรรมใดรวมอยู่เป็นส่วนประกอบด้วย มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมนั้น” (ตรงกับมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521)

จากบทบัญญัติทั้งสามมาตราข้างต้น มีประเด็นที่ควรพิจารณาดังนี้

ก. มาตรา 37 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จำแนกระหว่างงานศิลปกรรม กับงานสถาปัตยกรรม โดยงานศิลปกรรมต้องตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ แต่งานสถาปัตยกรรมไม่จำเป็นต้องตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากงานสถาปัตยกรรมที่ก่อสร้างแล้ว โดยสภาพย่อมตั้งอยู่ในที่สาธารณะหรือมองเห็นได้จากที่สาธารณะเป็นการถาวรอันเป็นลักษณะการบัญญัติกฎหมายที่คล้ายคลึงกันกฎหมายต่างประเทศหลายประเทศ ดังที่ผู้วิจัยได้อธิบายไปแล้วข้างต้น

work of sculpture or artistic craftsmanship, if permanently situate in a public place or building, or the making or publishing of paintings, drawings, engravings, or photographs (which are not in the nature of architectural drawings or plans) of any architectural work of art”.

¹⁶² เน้นโดยผู้เขียน

¹⁶³ เน้นโดยผู้เขียน

ข. คำว่า “งานสถาปัตยกรรม” มีบทวิเคราะห์ศัพท์ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้แก่ “งานออกแบบอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง งานออกแบบตกแต่ง ภายในหรือภายนอก ตลอดจนบริเวณของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง หรือการสร้างสรรค์หุ่นจำลองของอาคาร หรือสิ่งปลูกสร้าง” ซึ่งมีความหมายอย่างกว้างครอบคลุมถึงงานออกแบบอาคารทั้งภายนอกและภายใน มิใช่เพียงอาคารที่ก่อสร้างเสร็จแล้วเพียงเท่านั้น ดังนั้น ในการตีความบทบัญญัติมาตรา 37 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 คำว่า “งานสถาปัตยกรรม” จึงควรตีความตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และรับรองเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ โดยตีความจำกัดเพียง “อาคาร” หรือ “สิ่งปลูกสร้างที่ก่อสร้างแล้ว” เท่านั้น ทั้งนี้ เปรียบเทียบกับกฎหมายในสหราชอาณาจักรที่บังคับใช้ในปัจจุบัน (CDPA) ที่บัญญัติโดยใช้คำว่า “อาคาร” (building) และกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่กำหนดว่า ต้องเป็นสถาปัตยกรรมที่ก่อสร้างแล้ว (จึงจะเป็นงานที่ปรากฏในทัศนียภาพที่ผู้คนทั่วไปมองเห็นได้หรือที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะอันเป็นสิ่งที่ควรให้เสรีภาพในการชื่นชมทัศนียภาพ)

ค. การกระทำที่อนุญาตตามมาตรา 37 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีขอบเขตกว้างกว่ามาตรา 20(2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 และ Copyright Act 1911 ของสหราชอาณาจักร และกฎหมายในต่างประเทศอีกหลายประเทศที่ได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ไว้ในส่วนที่ 2 และ 3 ของบทความนี้ เช่น สหรัฐอเมริกา ประเทศในเครือจักรภพทั้ง 4 ประเทศ และกลุ่มประเทศนอร์ดิก เป็นต้น ที่บัญญัติให้สามารถทำซ้ำได้เพียงในรูปแบบภาพหรือการจำลองในลักษณะสองมิติเท่านั้น กล่าวคือ นอกจากการทำซ้ำในลักษณะที่ทำให้เกิดเป็นภาพหรือจำลองภาพในรูปแบบสองมิติแล้ว มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังอนุญาตให้ “ก่อสร้าง” และ “ปั้น” งานศิลปกรรมที่ตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ ส่วนมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบัญญัติถึงงานสถาปัตยกรรมนั้น ไม่ปรากฏคำว่า “ก่อสร้าง” ดังนั้น การก่อสร้างงานสถาปัตยกรรมจึงไม่อาจกระทำได้ แต่สามารถ “ปั้น” งานสถาปัตยกรรมนั้นได้ ซึ่งเป็นการอนุญาตให้ทำซ้ำหรือดัดแปลงในลักษณะที่เป็นการขึ้นรูปทรงสามมิติ

ง. มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 สอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์งานที่บังเอิญบันทึกได้ (incidental use) (ดังที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 2.5 ของบทความนี้) บางประเทศเลือกที่จะบัญญัติข้อยกเว้นนี้ไว้ด้วย เช่น มาตรา 31 กฎหมาย CDPA ของสหราชอาณาจักร¹⁶⁴ และมาตรา 57 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์เยอรมัน (UrhG)¹⁶⁵ ซึ่งข้อยกเว้นเหล่านี้ปรับใช้ได้กับงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นงานที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ ดังนั้น ตามมาตรา 39 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ หรือการแพร่ภาพที่ปรากฏงานศิลปกรรมใด “รวมอยู่เป็นส่วนประกอบด้วย” ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมนั้น

จ. ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงาน และการกระทำที่อนุญาตตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยทั้ง 3 ฉบับ สามารถสรุปเป็นตารางได้ดังนี้

¹⁶⁴ United Kingdom, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), Section 31.

¹⁶⁵ Germany, Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz (UrhG)), Section 57.

ตารางที่ 3: ตารางเปรียบเทียบเงื่อนไขในการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

กฎหมาย	ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์	การตั้งอยู่ของงาน	การกระทำที่อนุญาต	เงื่อนไขอื่น
พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474	ภาพหุ่น หรือ การช่างทางศิลป์	ตั้งประจำอยู่ในที่สาธารณะ หรือในโรงเรียนสาธารณะ	การทำหรือโฆษณาภาพพระบายสี ภาพวาดเขียน ภาพแกะ หรือ รูปถ่าย	-
	งานสถาปัตยกรรม	-	การทำหรือโฆษณาภาพพระบายสี ภาพวาดเขียน ภาพแกะ หรือ รูปถ่าย	-
พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537	งานศิลปกรรม (ที่ไม่ใช่งานสถาปัตยกรรม)	ตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ	การวาดเขียน การเขียนระบายสี <i>การก่อสร้าง</i> การแกะลายเส้น <i>การปั้น</i> การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ การแพร่ภาพ หรือการกระทำใด ๆ ทำนองเดียวกันนี้	-
	งานสถาปัตยกรรม	-	การวาดเขียน การเขียนระบายสี การแกะลายเส้น <i>การปั้น</i> การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ หรือการแพร่ภาพ	-

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (freedom of panorama) เป็นหลักการที่สะท้อนอยู่ในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่อนุญาตให้ผู้คนสามารถบันทึกภาพจากทัศนียภาพได้แม้ว่าการทำเช่นนั้นอาจบันทึกติดงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น แนวคิดในเรื่องนี้มีรากฐานมาจากการพยายามสร้างสมดุลอย่างเป็นธรรมระหว่างสิทธิของเจ้าของผลงานที่แสดงอยู่ในที่สาธารณะกับประโยชน์ของสาธารณชนในการบันทึกทัศนียภาพและความงามทางศิลปะ แม้ว่าเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจะมีที่มาจากประเทศในทวีปยุโรป แต่ก็ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและถูกนำไปบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในหลายประเทศ ทั้งกฎหมายในระดับสหภาพยุโรป กฎหมายภายในของนานาประเทศทั่วทวีปยุโรป กฎหมายในสหรัฐอเมริกา กฎหมายในกลุ่มประเทศเครือจักรภพ รวมถึงประเทศไทยด้วย อย่างไรก็ตาม กรอบความคิดและขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในแต่ละประเทศกลับมีความแตกต่างกัน จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศจำนวน 20 ประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ แคนาดา

สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมนี สวีเดน นอร์เวย์ เดนมาร์ก ฟินแลนด์ เบลเยียม ฮังการี ออสเตรีย สเปน กรีซ ลักเซมเบิร์ก เอสโตเนีย ลิทัวเนีย และอิตาลี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย ผู้วิจัยสามารถสรุปบทวิเคราะห์ประเด็นสำคัญได้ดังนี้

ก. มุมมองในการพิจารณาขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพของแต่ละประเทศแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับมุมมองในการหาจุดสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของผลงานกับประโยชน์ของสาธารณชนในการบันทึกทัศนียภาพ เช่น จากแนวการวินิจฉัยคดีของศาลแห่งสหพันธรัฐซึ่งเป็นศาลสูงสุดของเยอรมนี ประเทศเยอรมนีมองว่าเสรีภาพนี้คือเสรีภาพของสาธารณชนในการเสพบรรยากาศบนท้องถนน สิ่งที่ผู้คนทั่วไปมองเห็นได้จากถนนหนทางสาธารณะควรเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง การบันทึกภาพและเผยแพร่ภาพทัศนียภาพเหล่านั้นจึงเป็นสิ่งที่ควรทำได้แม้ว่าจะปรากฏภาพงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอยู่ด้วยก็ตาม ดังนั้น เยอรมนีจึงไม่จำกัดประเภทของงาน และไม่จำกัดว่าการกระทำนั้นจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือไม่ แต่จำกัดว่างานนั้นต้องตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ และต้องเป็นการทำซ้ำในรูปสองมิติเท่านั้น ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสให้การคุ้มครองเสรีภาพนี้เช่นกัน แต่กำหนดขอบเขตแห่งเสรีภาพที่แคบกว่า กล่าวคือ จำกัดเฉพาะงานสถาปัตยกรรมและงานประติมากรรมที่ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะ แต่ห้ามไม่ให้ใช้ในลักษณะทางการค้า และจำกัดบุคคลผู้ได้รับอนุญาตให้กระทำไว้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น

เห็นได้ว่าการกำหนดจุดสมดุลระหว่างสิทธิที่เกี่ยวข้องนั้น แต่ละรัฐแต่ละประเทศมีมุมมองที่แตกต่างกัน ส่วนบางประเทศเลือกให้น้ำหนักกับการบันทึกทัศนียภาพ “โดยรวม” มากกว่าการบันทึกวัตถุอันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเป็นการเฉพาะเจาะจง เช่น เดนมาร์ก นอร์เวย์ ฟินแลนด์ ลักเซมเบิร์ก เอสโตเนีย และลิทัวเนีย กำหนดว่าการบันทึกและเผยแพร่งานทั้งหลายที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะนั้นควรเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ หากงานนั้นไม่ใช่วัตถุหลักของการบันทึกและเผยแพร่ ซึ่งเป็นการสะท้อนว่าประเทศเหล่านี้เคารพการเสพบรรยากาศในสถานที่สาธารณะอันเป็นการรับรองประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตามหากไม่ได้เป็นการเสพทัศนียภาพโดยรวม แต่เป็นการกระทำโดยเจาะจงต่องานของผู้อื่น เช่นนี้ แม้จะเป็นงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ ประเทศเหล่านี้ก็มองว่าเจ้าของผลงานควรได้รับการคุ้มครองมากกว่า

ข. แม้ว่าแต่ละประเทศมีมุมมองในการพิจารณาขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพแตกต่างกัน แต่ก็มีจุดร่วมบางประการที่ทำให้เห็นถึง “เกณฑ์ขั้นต่ำ” ที่นานาประเทศให้การยอมรับว่าเป็นแก่นของการรับรองเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ ซึ่งมีอยู่ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรกงานสถาปัตยกรรมที่เป็นอาคารสถานที่นั้น โดยสภาพแล้วเป็นวัตถุที่คนทั่วไปย่อมมองเห็นได้ เช่น อาคารบ้านเรือน ร้านค้า โบสถ์ ศาลว่าการ ซึ่งอยู่ในเขตชุมชนหรือพื้นที่ที่สาธารณชนสัญจรไปมาและเข้าถึงได้ เมื่อผู้คนทั่วไปย่อมมองเห็นได้ จึงไม่ควรห้ามการใช้ประโยชน์จากทัศนียภาพเหล่านี้ โดยทุกประเทศที่ศึกษารวมถึงประเทศไทย (ยกเว้นประเทศอิตาลีที่ไม่มีข้อยกเว้นในเรื่องนี้) ให้การรับรองว่างานสถาปัตยกรรมเป็นงานที่สามารถบันทึกภาพและใช้ประโยชน์จากภาพที่บันทึกได้ในขอบเขตที่เหมาะสม นอกจากนี้

ทุกประเทศที่ศึกษารวมถึงประเทศไทย (ยกเว้นประเทศอิตาลีและสหรัฐอเมริกา) ให้การรับรองว่านอกจากงานสถาปัตยกรรมแล้ว งานประติมากรรมที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะก็เป็นงานที่อยู่ในกรอบเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพด้วยเช่นกัน

จุดร่วมขององค์ประกอบในการพิจารณาข้อยกเว้นตามหลักเสรีภาพนี้ประการที่สอง คือประเด็นการกระทำที่อนุญาต ทุกประเทศที่ศึกษารวมถึงประเทศไทย (ยกเว้นประเทศอิตาลี) เห็นว่าการทำซ้ำงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะในลักษณะการบันทึกภาพหรือทำให้ปรากฏภาพ ไม่ว่าจะเป็นการวาดเขียน วาดภาพถ่ายภาพ ถ่ายภาพยนตร์ แพร่ภาพ หรือบันทึกโสตทัศนวัสดุ อันเป็นการทำซ้ำในรูปแบบสองมิติ เป็นสิ่งที่ควรทำได้ การอนุญาตให้บันทึกภาพในลักษณะสองมิติจึงเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

ค. นิยามของคำศัพท์บางคำเป็นเรื่องที่ต้องตีความ เช่น “ตั้งอยู่เป็นการถาวร” (permanently situated/located) และ “ที่สาธารณะ” (public place) หรือที่ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยปัจจุบันใช้คำว่า “ตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ” แม้ว่าถ้อยคำเหล่านี้ไม่มีนิยามตามกฎหมาย แต่ผู้ใช้กฎหมายสามารถตีความครอบคลุมความหมายของถ้อยคำให้สอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามมุมมองในการถ่วงดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของผลงานและคุณค่าหรือประโยชน์สาธารณะในการบันทึกทัศนียภาพของแต่ละประเทศได้

ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การตีความคำว่า “ตั้งอยู่ถาวร” หรือ “การตั้งเปิดเผยประจำอยู่” นั้น ควรพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการจัดแสดงผลงานนั้น ๆ ว่ามุ่งให้งานนั้นอยู่ในสถานที่นั้นเป็นเพียงชั่วคราวหรือไม่ หากเป็นการจัดแสดงผลงานเพียงชั่วคราว สิทธิของเจ้าของผลงานควรได้รับการคุ้มครองมากกว่า แต่หากมีวัตถุประสงค์ให้งานนั้นตั้งอยู่ ณ สถานที่สาธารณะอย่างถาวรหรือเป็นประจำโดยไม่จำกัดระยะเวลาแล้ว ย่อมอนุมานได้ว่าเจ้าของผลงานได้อุทิศงานนั้นให้เป็นส่วนหนึ่งของสถานที่สาธารณะนั้นแล้ว สาธารณชนจึงควรได้รับประโยชน์จากการงานศิลปกรรมซึ่งปรากฏอยู่ในที่สาธารณะ ทั้งนี้ไม่ว่างานนั้นจะสร้างขึ้นด้วยวัสดุที่มั่นคงถาวรหรือไม่ก็ตาม ก็ควรพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการสร้างสรรค์งานและการตั้งแสดงในที่สาธารณะ

ส่วนคำว่า “ที่สาธารณะ” ผู้วิจัยเห็นว่าควรตีความถ้อยคำนี้อย่างกว้าง กล่าวคือ ควรมีความหมายถึงสถานที่ที่สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้ ไม่ว่าภายในอาคารหรือที่โล่งแจ้ง ซึ่งควรหมายรวมถึงเป็นพื้นที่ที่คนใช้สัญจรไปมาและมองเห็นได้จากที่สาธารณะด้วย ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพในทัศนียภาพและเพื่อให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงทางสังคมและเทคโนโลยี รวมถึงพฤติกรรมการชื่นชมทิวทัศน์และการเสพงานศิลปะในที่สาธารณะของผู้คนในปัจจุบัน นอกจากนี้ ยังเป็นการเคารพเสรีภาพในการแสดงออกและสิทธิของปัจเจกชนในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรม (ดังที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 1.3)

ง. จากการศึกษา ผู้วิจัยเห็นว่าลักษณะการกระทำที่ควรอนุญาตภายใต้หลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพควรครอบคลุมเฉพาะการทำซ้ำในรูปแบบสองมิติหรือการบันทึกในลักษณะที่เป็นรูปหรือภาพเท่านั้น ซึ่งประเทศที่ศึกษาส่วนใหญ่แล้วบัญญัติถึงการกระทำที่อนุญาตในลักษณะนี้ เช่น การถ่ายรูปและบันทึกวิดีโออาคารบ้านเรือนและรูปปั้นอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะเป็นสิ่งที่ผู้คนทั่วไปสามารถทำได้ เพื่อรับรองเสรีภาพของผู้คนในการใช้ประโยชน์จากงานศิลปะที่ปรากฏในทัศนียภาพ แต่การ “สร้าง” หรือ “ปั้น” งานเหล่านั้นให้มี “รูปทรง” สามมิติ เป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ เมื่อกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้กระทำไม่ควรอ้างข้อยกเว้นตามหลักนี้ได้ เหตุที่ควรเป็นเช่นนี้เพราะการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานศิลปกรรมแม้ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะเป็นการกระทำต่องานเฉพาะเจาะจง ไม่ได้สะท้อนถึง “ทัศนียภาพ” หรือทิวทัศน์โดยรวมที่ควรให้การคุ้มครองตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ ซึ่งเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพเป็นข้อจำกัดสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ของงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ การจำกัดสิทธิจึงควรมีขอบเขตที่เหมาะสมและเป็นธรรม ตราบเท่าที่ไม่กระทบสิทธิของเจ้าของผลงานเกินสมควร (อนึ่ง การทำซ้ำและดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา (educational use) หรือเพื่อประโยชน์ของตนเอง (personal use) ย่อมเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ซึ่งนานาประเทศรวมถึงประเทศไทยได้บัญญัติไว้ตามกฎหมายอยู่แล้ว อันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ประการอื่นซึ่งอยู่นอกประเด็นที่ศึกษาในงานวิจัยนี้)

บทบัญญัติมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่อนุญาตให้สามารถทำซ้ำงานศิลปกรรม (นอกจากงานสถาปัตยกรรม) อันตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะด้วย “การก่อสร้าง” และ “การปั้น” ส่วนมาตรา 38 อนุญาตให้สามารถทำซ้ำงานสถาปัตยกรรม “การปั้น” ได้นั้น หากเป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย เช่น เพื่อประโยชน์ทางการศึกษาหรือเพื่อประโยชน์ของตนเอง ก็ย่อมสามารถกระทำได้ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตราอื่น แต่หากเป็นการทำซ้ำในรูปทรงสามมิติ เช่น การก่อสร้างงานประติมากรรม หรือการปั้นแบบจำลองอาคารหลังหนึ่ง เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า เช่น นำรูปปั้นจำลองหรืออาคารที่ปั้นขึ้นเป็นโมเดลขนาดเล็กนั้นออกขาย เช่นนี้แล้ว ผู้วิจัยเชื่อว่าศาลไทยสามารถปรับใช้บทกฎหมายเหล่านี้เพื่อหาจุดสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของผลงานต้นฉบับและเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้อย่างเป็นธรรม โดยแม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 37 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะไม่ได้บัญญัติให้ต้องพิจารณาหลัก Three-step test ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันนี้ แต่หลักที่ว่า การจำกัดสิทธิของเจ้าของผลงานเนื่องจากต้องเคารพหรือให้การคุ้มครองสิทธิหรือผลประโยชน์อื่นที่ขัดกันนั้น จะต้องไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร เป็นแนวคิดพื้นฐานอันเป็นสากลของกฎหมายลิขสิทธิ์อยู่แล้ว ศาลย่อมนำหลักนี้มาใช้ในการตีความและปรับใช้กฎหมายตามที่เห็นสมควรแก่กรณีได้ อย่างไรก็ดี นอกจากการตีความถ้อยคำแล้ว หากผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายเห็นว่าการกระทำที่เป็น “การก่อสร้าง” และ “การปั้น” จะเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามมุมมองของรัฐไทยและเป็นการกระทบสิทธิของเจ้าของผลงานเกินสมควรแล้ว อาจเลือกปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้เพื่อให้มีความชัดเจนแก่ประชาชนและผู้บังคับใช้กฎหมาย

จ. ผู้วิจัยเห็นว่าขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพควรครอบคลุมถึงการเผยแพร่ภาพจำลองของงานที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะด้วย ไม่ว่าจะเป็นการพิมพ์ภาพและเผยแพร่ในสื่อเดิมเช่นหนังสือหรือโปสการ์ด หรือการเผยแพร่ทางออนไลน์ ทั้งนี้ จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศและแนวทางการวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศในประเด็นการบันทึกทัศนียภาพเพื่อประโยชน์ทางการค้า (commercial use) ผู้วิจัยเห็นว่าการทำซ้ำ ดัดแปลง และเผยแพร่งานโดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพนี้ หากเป็นการบันทึกภาพเพื่อนำเสนอ “ทัศนียภาพโดยรวม” การกระทำเช่นนี้ไม่ควรถูกจำกัดด้วยการได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม เนื่องจากเมื่อคำนึงถึงรูปแบบพฤติกรรมและวัฒนธรรมการสื่อสารในปัจจุบัน และหลักคิดเกี่ยวกับการทำซ้ำโดยบังเอิญ (incidental use) ซึ่งสะท้อนว่าการทำซ้ำโดยบังเอิญนั้นไม่เป็นการกระหนาบสิทธิของเจ้าของผลงานเกินสมควร แต่หากการบันทึกภาพนั้นเป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะเป็นการเฉพาะเจาะจง กล่าวคืองานนั้นเป็น “วัตถุหลักในการบันทึกภาพ” ไม่ใช่ทัศนียภาพโดยแวดล้อมแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าเสรีภาพในการบันทึกงานนั้นยังคงมีอยู่และผู้คนทั่วไปสามารถกระทำเช่นนั้นได้ ตราบเท่าที่การกระทำนั้นไม่ได้เป็นไปเพื่อการค้าหรือพาณิชย์

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้
พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในประเทศไทย*
Legal Problems in the Implementation of
the Arbitration Act B.E. 2545 in Thailand

สิริภัทร์ อุดาการ
Siriphat Udakarn

นักศึกษานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
9/9 หมู่ที่ 9 ตำบลบางพุท อำเภอบางเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120
The Degree of Master of Laws in Business Law
School of Law Sukhothai Thammathirat Open University
9/9 Village No. 9 Bang Phut Sub-district, Pak Kret District, Nonthaburi 11120
Corresponding author E-mail: siriphattara@hotmail.com
(Received: June 9, 2025; Revised: October 10, 2025; Accepted: October 10, 2025)

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย โดยเปรียบเทียบกับหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (อนุสัญญานีวยอร์ก) กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสหราชอาณาจักร และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐสิงคโปร์ (2) ศึกษาและเปรียบเทียบกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยกับแนวปฏิบัติสากล (3) วิเคราะห์ปัญหาในการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่เป็นอุปสรรคต่อประสิทธิภาพและความน่าเชื่อถือของกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย และ (4) เสนอแนะแนวทางปรับปรุงกฎหมายให้เหมาะสมและทันสมัยยิ่งขึ้น

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาค้นคว้าอิสระ เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในประเทศไทย” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ กลุ่มวิชากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกานต์ อยู่เรือง อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เป็นที่ปรึกษา

งานวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยใช้วิธีการศึกษาค้นคว้าเอกสารจากอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสหราชอาณาจักร และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ตลอดจนตำรา บทความวิชาการ คำพิพากษา งานวิจัย และวิทยานิพนธ์ทั้งภาษาไทยและต่างประเทศ โดยมุ่งวิเคราะห์เปรียบเทียบประเด็นสำคัญเพื่อเสนอข้อเสนอแนะในการพัฒนากฎหมายไทย

ผลการวิจัยพบว่า (1) แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น ทฤษฎีอำนาจรัฐ ทฤษฎีสัญญา และทฤษฎีความเป็นเอกเทศ รวมถึงหลักความเป็นอิสระของคู่กรณีและหลักพันธกรณีตามสัญญา ยังไม่ถูกประยุกต์ใช้อย่างเหมาะสมในประเทศไทย ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการขาดความยืดหยุ่น (2) ข้อพิพาทที่ไม่อาจเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 40 วรรคสอง (2) (ก) ยังไม่มีการบัญญัติให้ชัดเจน ส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนในการตีความ (3) หลักเกณฑ์การเพิกถอนคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 40 วรรคสอง (2) (ข) ยังขาดแนวทางการตีความที่แน่นอน และเปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจเกินจำเป็น (4) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 16 ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ เนื่องจากต้องอาศัยข้อตกลงของคู่กรณีและขาดกลไกรองรับจากศาล และ (5) เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศที่มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่พัฒนาแล้ว เช่น สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐสิงคโปร์ รวมถึงอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ พบว่า ประเทศเหล่านี้มีแนวทางที่ส่งเสริมกระบวนการอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งในด้านบทบาทของศาล การตีความนโยบายสาธารณะ และการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งประเทศไทยควรนำมาเป็นแนวทาง โดยเฉพาะการกำหนดข้อยกเว้นของข้อพิพาทให้ชัดเจน การจำกัดขอบเขตของความสงบเรียบร้อยตามหลักนิติธรรม และการส่งเสริมบทบาทของศาลในการสนับสนุนมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เพื่อยกระดับกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทยให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล

คำสำคัญ: อนุญาโตตุลาการ, การระงับข้อพิพาท, ความสามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการ, นโยบายสาธารณะ, มาตรการคุ้มครองชั่วคราว

Abstract

This research aims to: (1) study the background, concepts, and theories related to Thailand's arbitration process by comparing them with the principles of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention), the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, the Arbitration Act of the United Kingdom, and the Arbitration Act of the Republic of Singapore; (2) study and

compare Thailand's arbitration process with international regulations; (3) analyze the problems regarding the enforcement of the Arbitration Act B.E. 2545 that impede the efficiency and credibility of Thailand's arbitration process; and (4) propose methods for reforming the laws to make them more appropriate and modern.

This study adopts qualitative research, studying the New York Convention, the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, the Arbitration Act of the United Kingdom, and the Arbitration Act of the Republic of Singapore, along with textbooks, academic articles, court decisions, research papers, and theses in both Thai and foreign languages. The aim of the study is to analyze and compare key issues to propose recommendations for improving Thai arbitration law.

The findings reveal that: (1) Theories and principles such as the theory of state sovereignty, contract theory, and the theory of autonomy-including party autonomy and contractual obligations-have not been appropriately applied in Thailand, resulting in a lack of flexibility in the arbitration process; (2) There is no clear provision concerning disputes that may prevent the initiation of arbitration proceedings under Section 40, paragraph two (2)(a) of the Act, leading to uncertain interpretations; (3) The rule on setting aside of arbitral award on the grounds that it is contrary to public order or good morals under Section 40, paragraph two (2)(b), lacks a clear interpretation and grants excessive discretion; (4) The provisional measures under Section 16 of the Act are ineffective because they rely solely on agreements between the parties and lack supporting mechanisms from the court; and (5) In comparison to the legal instruments that establish arbitration frameworks-such as the Arbitration Act of the United Kingdom, the Arbitration Act of the Republic of Singapore, the New York Convention, and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, it has been found that these instruments effectively promote arbitration processes in terms of the role of the courts, interpretation, public policy, and the enforcement of provisional measures. Thailand should adopt similar approaches, particularly by clearly defining exceptions for disputes, limiting the scope of public order under the rule of law, and enhancing the role of the courts in order to support provisional measures and align Thailand's arbitration process with international standards.

Keywords: Arbitration, Dispute Resolution, Arbitrability, Public Policy, Interim Measures

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (arbitration) ได้กลายเป็นกลไกสำคัญในระบบเศรษฐกิจโลกสมัยใหม่ โดยเฉพาะในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (international commercial disputes) ซึ่งคู่สัญญามักอยู่ต่างเขตอำนาจศาลของรัฐ การพึ่งพากระบวนการศาลของรัฐหนึ่งมักก่อให้เกิดอุปสรรคทั้งในด้านความล่าช้า ความซับซ้อนของขั้นตอน และความกังวลต่อความเป็นกลางของศาลนั้น¹ อนุญาโตตุลาการจึงถูกพัฒนาขึ้นเพื่อเป็นทางเลือกที่ยืดหยุ่น รวดเร็ว และเป็นที่ยอมรับในระดับสากล โดยมีคุณลักษณะเด่นคือการเคารพเสรีภาพของคู่สัญญา (party autonomy) ความลับของกระบวนการ (confidentiality) และความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด (finality of arbitral awards)²

ในเชิงนโยบาย อนุญาโตตุลาการมิได้เป็นเพียงกลไกระงับข้อพิพาท แต่ยังเป็นเครื่องมือเชิงยุทธศาสตร์ของรัฐในการสร้างความมั่นใจแก่นักลงทุนต่างชาติ และเสริมสร้างความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ³ ประเทศที่ได้รับการยอมรับว่าเป็น “ศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการ” (arbitration hubs) เช่น สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ ต่างใช้กฎหมายและกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อสร้างภาพลักษณ์ที่เป็นมิตรต่อธุรกิจ (business-friendly) และดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ⁴

อย่างไรก็ดี ระบบอนุญาโตตุลาการไทยแม้จะมีพัฒนาการที่สำคัญ เช่น การตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล แต่การตีความและบังคับใช้ในทางปฏิบัติกลับยังคงมีข้อจำกัดสำคัญ โดยสามารถจำแนกเป็นสามประเด็นหลัก ได้แก่ (1) ความไม่ชัดเจนของข้อพิพาทที่สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ (arbitrability)⁵ (2) การตีความข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะ (public policy)⁶ ที่กว้างเกินสมควร และ (3) การขาดประสิทธิภาพของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures)⁷ ซึ่งปัญหาเหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องกับแนวทางสากลที่มุ่งส่งเสริมให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับใช้ได้อย่างกว้างขวาง รวดเร็ว และเป็นที่ยอมรับ

¹ Emmanuel Gaillard and John Savage, eds., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 1999), 1–5.

² Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th ed. (Oxford University Press, 2022), 21–28.

³ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3rd ed. (Kluwer Law International, 2021), 97–120.

⁴ Sundares Menon, *International Arbitration: The Coming of a New Age for Asia (and Elsewhere)* (ICCA Congress Series 24, 2012), 17–46.

⁵ United Nations, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (1958), art V(2)(a).

⁶ *Ibid.*, art V(2)(b).

⁷ UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration* (1985, as amended 2006), art 17.

การประเมินว่าระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศหนึ่งมีความน่าสนใจเพียงใด มิได้ขึ้นอยู่กับว่ามีกฎหมายรองรับเท่านั้น หากยังขึ้นอยู่กับระดับ “ประสิทธิภาพ” (efficiency) ของระบบดังกล่าวด้วย บทความนี้กำหนดกรอบการวิเคราะห์ “ประสิทธิภาพ” ไว้เป็น 3 องค์ประกอบสำคัญ ได้แก่ (1) ความรวดเร็วของกระบวนการ (speed) (2) ความแน่นอนทางกฎหมายที่ทำให้คู่สัญญาสามารถคาดหมายผลได้ (legal certainty) และ (3) ความน่าเชื่อถือของระบบซึ่งสะท้อนความไว้วางใจของนักลงทุนและสังคมธุรกิจ (credibility) หากระบบใดไม่สามารถรับรององค์ประกอบทั้งสามได้ อาจถูกมองว่าไม่เอื้อต่ออนุญาโตตุลาการและไม่เป็นที่ยอมรับในระดับสากล

ด้วยเหตุนี้ บทความวิจัยนี้จึงมุ่งศึกษาปัญหาทางกฎหมายในการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยใช้การวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบกับกฎหมายสากลและกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958) และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2006) ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006)⁸ ตลอดจนกฎหมายของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ ทั้งนี้ เพื่อชี้ให้เห็นจุดอ่อนของระบบอนุญาโตตุลาการไทย และนำไปสู่ข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายไทย ให้เทียบเคียงกับมาตรฐานระหว่างประเทศ อันจะช่วยยกระดับประเทศไทยให้มีศักยภาพในการเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศในอนาคต⁹

1.2 วัตถุประสงค์

- 1) เพื่อศึกษาความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี วิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เข้าใจหลักการพื้นฐานของอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยและของต่างประเทศ
- 2) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ และกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยและของต่างประเทศ
- 3) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในประเทศไทย
- 4) เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

⁸ United Nations, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (1958); UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration* (1985, as amended in 2006).

⁹ Arbitration Act 1996 (UK); International Arbitration Act (Singapore, Cap. 143A).

1.3 ขอบเขตการวิจัย

การวิจัยนี้มุ่งศึกษากระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของประเทศไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958 หรือ New York convention) กฎหมายแม่แบบอันซิทรอลว่าด้วยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law) กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหราชอาณาจักร (UK Arbitration Act 1996, as amended 2025) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Act 1994, as amended 2021) โดยมีขอบเขตการวิเคราะห์เน้นที่ข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศและกระบวนการบังคับใช้คำชี้ขาดในประเทศไทย เพื่อเสนอแนวทางปรับปรุงระบบอนุญาโตตุลาการไทยให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับมาตรฐานสากล

1.4 วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยใช้การศึกษาค้นคว้าเอกสาร (Documentary Research) จากกฎหมาย อนุสัญญา บทความทางวิชาการ คำพิพากษา ตำรา วารสาร งานวิจัย และวิทยานิพนธ์ ทั้งภาษาไทยและต่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958 หรือ New York convention) กฎหมายแม่แบบอันซิทรอลว่าด้วยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law) กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหราชอาณาจักร (Arbitration Act 1996) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Act 1994, as amended 2021) โดยใช้การวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบ (comparative analysis) เพื่อให้ได้ข้อสรุปเชิงกฎหมายและข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) ได้ทราบถึงความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี วิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เข้าใจหลักการพื้นฐานของอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยและของต่างประเทศ
- 2) ได้ทราบถึงหลักเกณฑ์ และกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยและของต่างประเทศ
- 3) ได้ทราบถึงปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในประเทศไทย
- 4) ได้ข้อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปรับปรุงปัญหาที่เกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

2. กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Law)

กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศถูกพัฒนาขึ้นเพื่อสร้างความมั่นคงและความคาดหมายได้ (predictability) ในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (international commercial disputes) ซึ่งคู่สัญญามักอยู่ต่างเขตอำนาจศาล การพึ่งพาศาลของรัฐหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวจึงไม่ตอบโจทย์ เพราะเสี่ยงต่อความล่าช้า ค่าใช้จ่ายสูง และความไม่มั่นใจในความเป็นกลาง¹⁰ เอกสารสากลที่เป็น “เสาหลัก” ของระบบอนุญาโตตุลาการนี้ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958) หรือเรียกว่า “New York Convention 1958” และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2006) ของ คณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006) หรือเรียกว่า “UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985/2006” หรือ “UNCITRAL Model Law”

New York Convention 1958 ได้รับการยกย่องว่าเป็น “สนธิสัญญาที่ประสบความสำเร็จที่สุด” ของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากกำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องยอมรับและบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (recognition and enforcement of arbitral awards) โดยศาลรัฐไม่อาจปฏิเสธได้ เว้นแต่ในกรณีข้อยกเว้นที่จำกัด เช่น ข้อพิพาทที่ไม่สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ (arbitrability) หรือ การบังคับใช้ที่ขัดต่อหลักนโยบายสาธารณะ (public policy)¹¹ การออกแบบดังกล่าวสะท้อนหลักการ แรงเอนเอียงเพื่อการบังคับใช้ (pro-enforcement bias) ซึ่งห้ามศาลเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของคดี (no merits review) เว้นแต่จะเป็นการละเมิดหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน (fundamental notions of justice)¹²

ในทำนองเดียวกัน UNCITRAL Model Law ได้ออกแบบกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้เป็นระบบที่รัฐต่าง ๆ สามารถนำไปใช้โดยตรงหรือปรับกฎหมายภายในให้สอดคล้อง หลักสำคัญประกอบด้วย (1) หลัก kompetenz-kompetenz คืออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการตัดสินเขตอำนาจของตนเอง (2) หลัก separability คือการยอมรับว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีสถานะเป็นอิสระจากสัญญาหลัก และ (3) การให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการออก มาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures) ด้วยตนเอง (arts 17A–17J) โดยศาลเข้ามาเกี่ยวข้องเพียงเพื่อสนับสนุนหรือบังคับใช้เท่านั้น¹³

¹⁰ Emmanuel Gaillard and John Savage, eds., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1–5.

¹¹ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958, art V(2).

¹² Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Kluwer Law International, 1981), 5–7.

¹³ UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006* (United Nations, 2008), arts 16, 17A–17J.

การแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2006 ยิ่งทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการมีความชัดเจน โดยกำหนดรูปแบบของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เช่น คำสั่งคงสภาพข้อพิพาท (status quo orders) คำสั่งห้ามโอนหรือจำหน่ายทรัพย์สิน (asset preservation orders) และคำสั่งให้วางหลักประกัน (security for costs) ซึ่งช่วยให้การคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น¹⁴

เมื่อพิจารณาในเชิงทฤษฎี เอกสารทั้งสองฉบับสะท้อนการผสมผสานของแนวคิดที่แตกต่างกัน ได้แก่ (1) ทฤษฎีอำนาจอธิปไตย (state sovereignty theory): ศาลของรัฐยังคงมีบทบาทในฐานะ “ผู้เฝ้าประตู” (gatekeeper) เช่น ตรวจสอบ arbitrability และ public policy (2) ทฤษฎีสัญญา (contract theory): การเข้าสู่อนุญาโตตุลาการเป็นผลของความยินยอม (consent) คู่สัญญาจึงควรผูกพันกับคำชี้ขาด (3) ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (autonomy theory): อนุญาโตตุลาการถูกยอมรับว่าเป็นระบบกึ่งอิสระ (quasi-independent system) ที่ศาลควรแทรกแซงเท่าที่จำเป็น

การจัดวางเช่นนี้ทำให้เกิดสมดุลระหว่างเสรีภาพของคู่สัญญา (party autonomy) และอำนาจอธิปไตยของรัฐ (state sovereignty) ซึ่งเป็นหัวใจของกฎหมายอนุญาโตตุลาการสากล¹⁵

หากเปรียบเทียบกับประเทศไทย แม้ไทยจะเป็นภาคี New York Convention 1958 ตั้งแต่ พ.ศ. 2502 (ค.ศ. 1959) และตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยอ้างอิงหลักการบางส่วน of UNCITRAL Model Law แต่ในทางปฏิบัติกลับยังมีปัญหาสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ (1) ศาลยังตีความ arbitrability อย่างเคร่งครัด เช่น ไม่ยอมรับข้อพิพาทแรงงานหรือสัญญาสัมปทานของรัฐว่าอยู่ในขอบเขตดังกล่าว¹⁶ ซึ่งแตกต่างจากแนวทางสากลที่ตีความข้อพิพาทนี้กันอย่างจำกัด (2) ศาลไทยยังตีความข้อพิพาทด้าน public policy อย่างกว้าง และในบางกรณีมีลักษณะเข้าไปตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือเนื้อหาของข้อพิพาท อันอาจขัดกับเจตนารมณ์เชิงส่งเสริมการบังคับใช้คำชี้ขาด (pro-enforcement bias) ของ New York Convention 1958¹⁷ และ (3) ระบบอนุญาโตตุลาการไทยยังคงให้อำนาจศาลมีบทบาทสำคัญในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures) ขณะที่กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดมาตรการดังกล่าวได้โดยตรง¹⁸ ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความรวดเร็วและความยืดหยุ่นของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

¹⁴ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 595–640.

¹⁵ Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford University Press, 2013), 18–25.

¹⁶ เกษมสันต์ วัลลววรรณ, *อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ* (วิญญูชน, 2548), 112–118.

¹⁷ United Nations, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (1958), art. V(2)(b); Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (1981), 360–365; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2820.

¹⁸ UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration* (1985, amended 2006), arts. 17–17J.

ดังนั้น New York Convention 1958 และ UNCITRAL Model Law ไม่เพียงทำหน้าที่เป็น “มาตรฐานสากล” แต่ยังเป็น “เกณฑ์เปรียบเทียบ” ที่ทำให้เห็นชัดว่ากฎหมายไทยยังขาดความสอดคล้องในสามประเด็นหลัก บทความนี้จะศึกษาต่อไปว่าประเทศที่ถือเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการ เช่น สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้ปรับใช้หลักการเหล่านี้อย่างไร และสามารถเป็นต้นแบบสำหรับการปฏิรูปกฎหมายไทยได้เพียงใด

3. ระบบอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ: กรณีศึกษาสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์

การพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการในระดับประเทศมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการสร้างความเชื่อมั่นให้แก่คู่สัญญาระหว่างประเทศ ประเทศที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาท (arbitration hubs) มักมีกฎหมายและแนวคำพิพากษาที่สอดคล้องกับมาตรฐานสากล¹⁹ โดยเฉพาะในประเด็นข้อพิพาทที่เข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ (arbitrability) ข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะ (public policy) และมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures) ทั้งนี้ สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ถือเป็นตัวอย่างสำคัญที่ประเทศไทยสามารถนำมาเป็นแบบอย่างในการปรับปรุงกฎหมายของตน²⁰

อดีตประธานศาลอุทธรณ์สาธารณรัฐสิงคโปร์ ชันดาเรช เมนอน (Sundaresh Menon) เคยกล่าวว่า “เอเชียกำลังก้าวเข้าสู่ยุคใหม่ของอนุญาโตตุลาการ” ซึ่งหมายความว่าประเทศในภูมิภาคนี้สามารถใช้อนุญาโตตุลาการเป็นกลไกดึงดูดการลงทุนและสร้างมาตรฐานทางกฎหมายที่แข่งขันได้กับตะวันตก²¹ การศึกษาแนวทางของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ จึงไม่เพียงเพื่อความเข้าใจในเชิงเปรียบเทียบ แต่ยังเป็นฐานสำคัญสำหรับการออกแบบการปฏิรูปกฎหมายไทยในอนาคต

สหราชอาณาจักร แม้จะไม่ได้รับ UNCITRAL Model Law มาใช้โดยตรง แต่ได้ตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของสหราชอาณาจักร ค.ศ. 1996 (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2025) (UK Arbitration Act 1996 (as amended in 2025)) หรือเรียกว่า “UK Arbitration Act” ซึ่งวางหลักการพื้นฐานสามประการ ได้แก่ (1) การเคารพเสรีภาพของคู่สัญญา (party autonomy) (2) การรับรองความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด (finality of arbitral award) และ (3) การจำกัดบทบาทศาลให้อยู่ในฐานะสนับสนุน (supportive role of the courts)²² ต่อมา มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 2025 (UK Arbitration Act 2025) ได้เสริมกลไกใหม่ เช่น ผู้ชี้ขาดฉุกเฉิน (emergency arbitrator) และมาตรการสร้างความโปร่งใส (transparency mechanisms)²³ ตำราภาษาไทยของศาสตราจารย์ เกษมสันต์ วิลาวรรณ ก็ได้วิเคราะห์ไว้อย่างละเอียดว่า ระบบอนุญาโตตุลาการของสหราชอาณาจักรคือมาตรฐานที่มุ่งจำกัดการแทรกแซงของศาล เพื่อคุ้มครองความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด²⁴

¹⁹ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 97–120.

²⁰ Sundaresh Menon, *International Arbitration: The Coming of a New Age for Asia (and elsewhere)*, 17–46.

²¹ Ibid.

²² UK Arbitration Act 1996, s 1.

²³ UK Arbitration Act 1996 (as amended by the Arbitration Act 2025), ss. 44–44B.

²⁴ เกษมสันต์ วิลาวรรณ, *อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ*, 112–118.

แนวคำพิพากษาศาลสหราชอาณาจักรช่วยอธิบายหลักการเหล่านี้ได้ชัดเจน เช่น คดี *Westacre v Jugoimport* ศาลอุทธรณ์ตีความข้อยกเว้นนโยบายสาธารณะอย่างเคร่งครัด โดยปฏิเสธไม่ให้ศาลกลับไปตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือเนื้อหาของข้อพิพาท เว้นแต่จะขัดต่อหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน (fundamental notions of justice)²⁵ ขณะที่คดี *Dallah v Pakistan* ศาลสูงสุดเน้นว่าความยินยอม (consent) เป็นแกนหลักของอนุญาโตตุลาการ หากไม่มีการยินยอม ศาลมีอำนาจตรวจสอบได้เต็มรูป²⁶ ในคดี *Fiona Trust v Privalov* ศาลได้สร้างหลัก “สมมติฐานความสมเหตุสมผล” (validation principle) โดยตีความข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้กว้างที่สุดเพื่อให้มีผลบังคับใช้ และในคดี *Enka v Chubb* ศาลสูงสุดได้กำหนดหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (law governing the arbitration agreement) เพื่อสร้างความแน่นอนล่วงหน้า²⁷

สาธารณรัฐสิงคโปร์ เลือกใช้แนวทางตรงไปตรงมา โดยนำ UNCITRAL Model Law มาปรับใช้ผ่านพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ค.ศ. 1994 (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2021) (Singapore International Arbitration Act 1994 (as amended up to 2021): IAA) หรือเรียกว่า “Singapore IAA 1994” กฎหมายนี้วางหลักการสำคัญ เช่น อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยเขตอำนาจของตนเอง (kompetenz-kompetenz) หลักความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจากสัญญาหลัก (separability) การให้อำนาจศาลออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (court-ordered interim measures) และการรองรับผู้ชี้ขาดฉุกเฉิน (emergency arbitrator)²⁸

แนวคำพิพากษาศาลสาธารณรัฐสิงคโปร์ ก็ยืนยันความเป็น “มิตรต่ออนุญาโตตุลาการ” (arbitration-friendly) อย่างต่อเนื่อง เช่น คดี *PT First Media v Astro Nusantara* ศาลอุทธรณ์ชี้ว่า หากคู่สัญญาไม่ใช้สิทธิคัดค้านภายในกำหนดเวลา ก็ไม่อาจอ้างนโยบายสาธารณะเพื่อย้อนกลับไปคัดค้านคำชี้ขาดอีกครั้ง²⁹ ขณะที่คดี *Tomolugen v Silica Investors* และ *Larsen Oil v Petroprod* ได้วางแนวว่า ข้อพิพาทสิทธิส่วนบุคคล (in personam rights) สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ แต่ข้อพิพาทสิทธิในทรัพย์สินซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกหรือเจ้าหนี้ร่วม (in rem rights) ต้องสงวนไว้แก่ศาลของรัฐ³⁰ การตีความเช่นนี้ช่วยสร้างความคาดหมายได้ (predictability) และลดความไม่แน่นอนในประเด็น arbitrability

²⁵ *Westacre Investments Inc v Jugoimport-SDRP Holding Co Ltd* [2000] QB 288 (CA).

²⁶ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs of Pakistan* [2010] UKSC 46.

²⁷ *Fiona Trust & Holding Corporation v Privalov* [2007] UKHL 40; *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb* [2020] UKSC 38.

²⁸ Singapore International Arbitration Act 1994 (as amended up to 2021), ss. 11, 12A.

²⁹ *PT First Media TBK v Astro Nusantara International BV* [2013] SGCA 57.

³⁰ *Tomolugen Holdings Ltd v Silica Investors Ltd* [2015] SGCA 57; *Larsen Oil & Gas Pte Ltd v Petroprod Ltd* [2011] SGCA 21.

ในเชิงสถาบัน กฎของศาลอนุญาโตตุลาการसारณรัฐสิงคโปร์ (SIAC Rules) ยังเพิ่มความยืดหยุ่น เช่น การรวมคดี (consolidation) และการเข้าร่วมของบุคคลภายนอก (joinder) โดยศาลสาธารณรัฐสิงคโปร์ มีบทบาทเพียงบังคับให้คำสั่งอนุญาโตตุลาการใช้ได้จริง มิใช่เข้าไปวินิจฉัยเนื้อหาใหม่

จากข้างต้น เมื่อเปรียบเทียบกัน สหราชอาณาจักรใช้แนวทาง non-Model Law approach โดยสร้างกฎหมายภายในที่อยู่ในแนวเดียวกับหลักสากลผ่านแนวคำพิพากษา ขณะที่สาธารณรัฐสิงคโปร์ใช้แนวทาง Model Law approach โดยรับเอากฎหมายแม่แบบมาปรับใช้อย่างตรงไปตรงมา ทั้งสองประเทศแม้จะต่างแนวทาง แต่ยึดหลักร่วมคือการเคารพเสรีภาพของคู่สัญญาและการปกป้องความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด

สำหรับประเทศไทย แม้กฎหมายอนุญาโตตุลาการจะได้รับอิทธิพลจากแนวทางสากล แต่ในทางปฏิบัติยังปรากฏข้อจำกัดในหลายประเด็น กล่าวคือ ศาลยังคงมีบทบาทในการแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการในบางกรณีค่อนข้างกว้าง ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระของกระบวนการดังกล่าว³¹ นอกจากนี้ การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวยังคงต้องอาศัยกลไกของศาลเป็นสำคัญ อันอาจกระทบต่อความรวดเร็วของกระบวนการ³² ขณะเดียวกัน การตีความข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะ (public policy) ก็ยังมีแนวโน้มตีความอย่างกว้าง ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับแนวทางสากลที่มุ่งตีความข้อยกเว้นดังกล่าวอย่างจำกัดเพื่อส่งเสริมการบังคับใช้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ³³

บทเรียนที่ชัดเจนสำหรับประเทศไทยคือ จำเป็นต้อง (1) กำหนดขอบเขตข้อพิพาทที่เข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ (arbitrability) ให้แคบและชัดเจน (2) จำกัดการใช้ข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะ (public policy) ให้เป็นเพียง “ข้อยกเว้นสุดท้าย” (last resort) และ (3) เสริมอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures) เพื่อเพิ่มความรวดเร็วและลดภาระศาล หากประเทศไทยสามารถปรับปรุงในสามประเด็นนี้ได้ ก็จะเข้าใกล้มาตรฐานของประเทศต้นแบบและสามารถยกระดับสถานะของตนในฐานะที่น่านุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้จริง

4. ระบบอนุญาโตตุลาการไทย (Thai Arbitration Law)

ประเทศไทยได้ตรากฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการครั้งแรกคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เพื่อตอบสนองพันธกรณีที่เกิดจากการเข้าเป็นภาคี New York Convention 1958³⁴ อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับแนวทางสากลอย่างแท้จริง โดยเฉพาะในเรื่องขอบเขต

³¹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545, มาตรา 14, 16, 45; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 211-220.

³² พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545, มาตรา 16; UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (as amended in 2006), Article 17; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2450-2475.

³³ United Nations, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (1958), art V(2)(b); Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2820-2845.

³⁴ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2530, บัญชีเหตุผล.

ข้อพิพาทที่เข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ (arbitrability) และบทบาทของศาล³⁵ ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แทนที่กฎหมายเดิม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยกระดับกฎหมายไทยให้ใกล้เคียงกับ UNCITRAL Model Law³⁶

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้รับอิทธิพลจากหลักการสำคัญของ UNCITRAL Model Law เช่น หลัก kompetenz-kompetenz ซึ่งปรากฏในมาตรา 16 วรรคสอง ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเขตอำนาจของตนเอง หลัก separability ซึ่งปรากฏในมาตรา 18 ที่รับรองความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจากสัญญาหลัก และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอนหรือการปฏิเสธการบังคับใช้คำชี้ขาดในมาตรา 40-41 ที่มีลักษณะสอดคล้องกับข้อ 34 และ 36 ของ UNCITRAL Model Law³⁷

อย่างไรก็ตาม แม้จะปรับปรุงให้เทียบเคียงกับมาตรฐานระหว่างประเทศ แต่ระบบอนุญาโตตุลาการไทยยังคงแฝงด้วยลักษณะของกฎหมายซีวิลลอว์ (civil law tradition) ที่เน้นการรักษาความยุติธรรมเชิงเนื้อหา (substantive justice) มากกว่าการเคารพเสรีภาพของคู่สัญญา (party autonomy) และความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด (finality of arbitral award)³⁸ ปรากฏชัดจากการที่ศาลไทยยังคงมีบทบาทกว้างในการตีความและตรวจสอบข้อพิพาทภายใต้กฎหมายดังกล่าว

ในทางปฏิบัติ ศาลได้สร้างแนววินิจฉัยจำนวนมากที่มีผลต่อการตีความพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยเฉพาะใน 3 ประเด็นสำคัญ ได้แก่ (1) ข้อพิพาทที่เข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ (arbitrability) : ศาลตีความว่าข้อพิพาทแรงงานหรือสัญญาสัมปทานของรัฐไม่อาจเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ เช่น คำพิพากษาศาลที่ 7928/2557 และ 1254/2560³⁹ (2) ข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะ (public policy) : ศาลตีความถ้อยคำ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” อย่างกว้าง และบางครั้งกลับไปตรวจสอบข้อเท็จจริง เช่น คำพิพากษาที่ 4308/2560⁴⁰ และ (3) มาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures) : กฎหมายไทยให้อำนาจศาลเป็นหลัก (มาตรา 16 และ 18) แต่ไม่ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการโดยตรง แตกต่างจาก UNCITRAL Model Law ที่ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งมาตรการดังกล่าวเอง (arts 17A-17J)⁴¹

³⁵ เกษมสันต์ วิลาวรรณ, อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, 85-90.

³⁶ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545, บัญชีเหตุผล.

³⁷ UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006*, arts 16, 18, 34, 36.

³⁸ Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 18-25.

³⁹ สถาบันอนุญาโตตุลาการ, *รวมคำพิพากษาของศาลและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ* (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่); คำพิพากษาที่ 7928/2557; คำพิพากษาที่ 1254/2560.

⁴⁰ สถาบันอนุญาโตตุลาการ, *รวมคำพิพากษาของศาลและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ* (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่); คำพิพากษาที่ 4308/2560.

⁴¹ UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006*, arts 17A-17J.

ในบริบทของประเทศไทย แม้กฎหมายอนุญาโตตุลาการจะได้รับอิทธิพลจากหลักการสากล แต่ในทางปฏิบัติยังปรากฏข้อจำกัดบางประการ กล่าวคือ ศาลยังคงมีบทบาทในการแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการในขอบเขตที่ค่อนข้างกว้าง ซึ่งอาจกระทบต่อหลักความเป็นอิสระของกระบวนการและเสรีภาพของคู่สัญญา⁴² นอกจากนี้ การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวยังต้องพึ่งพาศาลเป็นกลไกหลัก ส่งผลให้กระบวนการขาดความรวดเร็วเมื่อเปรียบเทียบกับระบบที่ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการโดยตรง⁴³ ขณะเดียวกัน การตีความข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะในการบังคับใช้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการยังมีแนวโน้มตีความอย่างกว้าง ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับแนวทางสากลที่มุ่งจำกัดการใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวเพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพของการบังคับใช้คำชี้ขาด⁴⁴

กล่าวคือ แม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะยกระดับกฎหมายไทยให้ใกล้เคียงมาตรฐานสากล แต่เมื่อพิจารณาจากแนววินิจฉัยของศาล พบว่ากฎหมายไทยยังคงมีปัญหาเชิงโครงสร้างและการตีความ โดยเฉพาะในสามประเด็นสำคัญ คือ arbitrability, public policy และ interim measures ประเด็นเหล่านี้จะเป็นหัวใจของการวิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

5. ข้อพิพาทที่เข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ (Arbitrability)

หลักความสามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการ (arbitrability) เป็นกลไกสำคัญที่ใช้กำหนดว่าข้อพิพาทประเภทใดสามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (arbitration) ได้ และข้อพิพาทประเภทใดเป็นเรื่องที่รัฐสงวนไว้ให้ศาลของรัฐ หลักการนี้เป็นการถ่วงดุลระหว่างเสรีภาพของคู่สัญญา (party autonomy) และอำนาจอธิปไตยของรัฐ (state sovereignty)⁴⁵ หากไม่กำหนดขอบเขต arbitrability อย่างชัดเจน ย่อมก่อให้เกิดความไม่แน่นอนทางกฎหมาย (legal uncertainty) และบั่นทอนความคาดหมายได้ (predictability) ของคู่สัญญา ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการขาดเสถียรภาพ⁴⁶

ในระดับสากล New York Convention 1958 ได้บัญญัติไว้ในข้อ V(2)(a) ว่า ศาลของรัฐภาคีสามารถปฏิเสธการบังคับใช้คำชี้ขาดได้ หากข้อพิพาทนั้น “ไม่อาจเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้” ตามกฎหมายของรัฐนั้น⁴⁷ ขณะที่ UNCITRAL Model Law ก็ยืนยันหลักการเดียวกัน โดยข้อ 1(5) และข้อ 34(2)(b)(i) กำหนดว่า ข้อพิพาทที่กฎหมายของรัฐห้ามมิให้นำเข้าสู่อนุญาโตตุลาการจะไม่อยู่ในบังคับของกฎหมาย

⁴² พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545, มาตรา 14, 16, 45; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 211–220.

⁴³ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545, มาตรา 16; UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration* (1985, as amended in 2006), art 17; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2450.

⁴⁴ United Nations, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (1958), art V(2)(b); Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2820.

⁴⁵ Emmanuel Gaillard and John Savage, eds., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 23–30.

⁴⁶ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 97–120.

⁴⁷ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958, art. V(2)(a).

แม่แบบ⁴⁸ หลักการดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าโดยหลักแล้วข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ (commercial disputes) สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดข้อยกเว้นอย่างจำกัดไว้

arbitrability อย่างจำกัดเพื่อคุ้มครอง autonomy ของคู่สัญญา ตัวอย่างเช่น ศาลสหราชอาณาจักรในคดี Fiona Trust v Privalov วางหลัก “สมมติฐานความสมเหตุสมผล” (validation principle) โดยวินิจฉัยว่าศาลควรตีความข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้กว้างที่สุดเพื่อให้มีผลบังคับใช้ เว้นแต่จะมีข้อยกเว้นที่ชัดเจน⁴⁹ อีกทั้งในคดี Fulham Football Club v Richards ศาลอุทธรณ์ยังตัดสินว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดการบริษัทซึ่งเป็นสิทธิส่วนบุคคล (in personam rights) ของผู้ถือหุ้นสามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ แม้จะเกี่ยวพันกับกฎหมายบริษัทก็ตาม⁵⁰ ในทำนองเดียวกัน ศาลอุทธรณ์สาธารณรัฐสิงคโปร์ ในคดี Larsen Oil v Petroprod และ Tomolugen v Silica Investors ได้กำหนดเส้นแบ่งระหว่างข้อพิพาทสิทธิส่วนบุคคลที่เข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ กับข้อพิพาทสิทธิในทรัพย์สิน (in rem rights) ที่มีผลต่อบุคคลภายนอกหรือเจ้าหนี้ร่วม ซึ่งต้องสงวนไว้แก่ศาลของรัฐ⁵¹ แนวทางเหล่านี้ช่วยสร้างความคาดหมายได้ทางกฎหมายและเพิ่มเสถียรภาพให้แก่ระบบการค้าระหว่างประเทศ

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 กำหนดว่า ศาลสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดได้ หากข้อพิพาทนั้นไม่อาจเข้าสู่การระงับโดยอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอย่างใดก็ได้ กฎหมายไม่ได้กำหนด “บัญชีข้อพิพาทต้องห้าม” (negative list) ไว้อย่างชัดเจน ส่งผลให้ศาลเป็นผู้วางแนวทางตีความเอง คำพิพากษาที่ 7928/2557 วินิจฉัยว่าข้อพิพาทแรงงานไม่สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของลูกจ้าง คำพิพากษาที่ 1254/2560 และ 2074/2559 วินิจฉัยว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานรัฐเป็นข้อพิพาททางปกครองที่ต้องสงวนไว้แก่ศาล ขณะที่คำพิพากษาที่ 1553/2547 วินิจฉัยว่าข้อพิพาทล้มละลายเป็นข้อพิพาทที่ไม่อาจเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากกระทบสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าหนี้ร่วม อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาที่ 7256/2567 ศาลมีท่าทีผ่อนคลายนขึ้น โดยยอมรับว่าข้อพิพาททางพาณิชย์ทั่วไปสามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ หากไม่กระทบสิทธิของบุคคลภายนอกหรืออำนาจมหาชนของรัฐ⁵²

แนวทางดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงความไม่สม่ำเสมอในการตีความขอบเขตของข้อพิพาทที่สามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (arbitrability) ในประเทศไทย⁵³ โดยในบางกรณีมีการตีความในลักษณะจำกัดหรือไม่แน่นอน อันอาจส่งผลกระทบต่อความคาดหมายได้ของคู่สัญญาและความเชื่อมั่นในระบบ

⁴⁸ UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006*, ข้อ 1(5), 34(2)(b)(i).

⁴⁹ Fiona Trust & Holding Corporation v Privalov [2007] UKHL 40.

⁵⁰ Fulham Football Club Ltd v Richards [2011] EWCA Civ 855.

⁵¹ Larsen Oil & Gas Pte Ltd v Petroprod Ltd [2011] SGCA 21; Tomolugen Holdings Ltd v Silica Investors Ltd [2015] SGCA 57.

⁵² สถาบันอนุญาโตตุลาการ, *รวมคำพิพากษาของศาลและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ* (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่); คำพิพากษาที่ 7928/2557; คำพิพากษาที่ 1254/2560; คำพิพากษาที่ 2074/2559; คำพิพากษาที่ 1553/2547; คำพิพากษาที่ 7256/2567.

⁵³ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545, มาตรา 11.

กฎหมาย⁵⁴ นอกจากนี้ ความไม่ชัดเจนดังกล่าวยังอาจเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการไทยให้สามารถแข่งขันในระดับนานาชาติได้⁵⁵ ทั้งนี้ แนวทางสากลมีแนวโน้มที่จะกำหนดข้อพิพาทที่ไม่สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการไว้อย่างจำกัด และตีความข้อยกเว้นดังกล่าวอย่างเคร่งครัด เพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพและความแน่นอนของกระบวนการ⁵⁶

จะเห็นได้ว่า ปัญหาของไทยมิใช่การไม่มีกฎหมายรองรับ arbitrability แต่เกิดจากการไม่กำหนดขอบเขตข้อพิพาทต้องห้ามอย่างชัดเจนและจำกัด ทำให้ศาลมีบทบาทเกินควรในการตีความและสร้างข้อยกเว้น การปฏิรูปจึงควรบัญญัติรายการข้อพิพาทต้องห้ามให้ชัดเจน และกำหนดหลักการตีความแบบแคบ เพื่อสร้างความคาดหมายได้และยกระดับความน่าเชื่อถือของระบบอนุญาโตตุลาการไทยให้อยู่ในแนวเดียวกับหลักสากล

6. นโยบายสาธารณะ (Public Policy)

ข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะ (public policy) เป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจมากที่สุด ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ เพราะเป็นช่องทางที่เปิดให้ศาลของรัฐปฏิเสธการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ แม้ในหลักทั่วไปจะมีแรงเอนเอียงเพื่อการบังคับใช้ (pro-enforcement bias) ก็ตาม หลักการนี้สะท้อนความตึงเครียดระหว่างหลักเสรีภาพของคู่สัญญา (party autonomy) และความยุติธรรมเชิงเนื้อหา (substantive justice) ที่รัฐต้องการคุ้มครอง⁵⁷

ในระดับสากล New York Convention 1958 ข้อ V(2)(b) กำหนดว่า ศาลอาจปฏิเสธการบังคับใช้คำชี้ขาดได้ หากการบังคับใช้นั้นขัดต่อ “นโยบายสาธารณะของรัฐนั้น”⁵⁸ UNCITRAL Model Law กำหนดในข้อ 34(2)(b)(ii) และข้อ 36(1)(b)(ii) ว่า ศาลสามารถเพิกถอนหรือปฏิเสธการบังคับใช้ได้หากคำชี้ขาดขัดต่อ “นโยบายสาธารณะของรัฐนั้น” เช่นเดียวกัน⁵⁹ อย่างไรก็ตาม ทั้งสองกรอบสากลได้ย้าว่า ข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะควรถูกตีความอย่างเคร่งครัดและใช้เฉพาะกรณีจำเป็น เพื่อป้องกันไม่ให้กลายเป็นช่องทางให้ศาลตรวจสอบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายซ้ำอีกครั้ง

ประเทศต้นแบบอย่างสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ต่างแสดงท่าทีชัดเจนในการตีความข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะอย่างจำกัด ศาลสหราชอาณาจักร ในคดี Westacre Investments v Jugoimport วินิจฉัยว่า แม้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะเกี่ยวข้องกับการทุจริต แต่หากไม่มีหลักฐานที่

⁵⁴ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958, Article V(2)(a) (non-arbitrability).

⁵⁵ UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (as amended in 2006).

⁵⁶ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (as amended in 2006), Article 34(2)(b)(i); Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 1028–1035.

⁵⁷ Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 18–25.

⁵⁸ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958, art. V(2)(b).

⁵⁹ UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006*, ข้อ 34(2)(b)(ii), 36(1)(b)(ii).

ชัดเจน ศาลไม่ควรปฏิเสธการบังคับใช้คำชี้ขาด เพราะจะเป็นการบ่อนทำลายหลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด (finality of arbitral awards)⁶⁰ ส่วนคดี *Dallah v Pakistan* ศาลสูงสุดสหราชอาณาจักรกลับเห็นว่า หากการบังคับใช้กระทบต่อหลักการพื้นฐานเรื่องความยินยอม (consent) ศาลสามารถตรวจสอบได้เต็มรูปแบบ แม้จะเกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการก็ตาม⁶¹ ขณะที่ศาลอุทธรณ์สหรัฐลิงคอล์นในคดี *PT First Media v Astro Nusantara* ปฏิเสธไม่ให้คู่สัญญาอ้างข้อยกเว้นนโยบายสาธารณะเป็น “ประตูหลัง” (back door) เพื่อย้อนกลับไปได้แย้งอำนาจอนุญาโตตุลาการ หลังจากพ้นกำหนดเวลาดำเนินคดีแล้ว⁶² แนวคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลของประเทศต้นแบบมุ่งรักษาความน่าเชื่อถือของอนุญาโตตุลาการโดยจำกัดขอบเขตของ public policy ให้แคบที่สุด

ในทางตรงกันข้าม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของไทย มาตรา 41 ให้อำนาจศาลปฏิเสธการบังคับใช้คำชี้ขาด หากเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นขัดต่อ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ถ้อยคำดังกล่าวกว้างและไม่ชัดเจน ส่งผลให้ศาลมีดุลพินิจอย่างกว้างขวาง คำพิพากษาที่ 4308/2560 ศาลได้อาศัยข้อยกเว้นดังกล่าวเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในคดี ทั้งที่ตามเจตนารมณ์ของ New York Convention 1958 ศาลไม่ควรทำหน้าที่ทบทวนข้อพิพาทซ้ำ (no merits review)⁶³ การตีความเช่นนี้สะท้อนความไม่ไว้วางใจของศาลไทยต่อกลไกเอกชน และเป็นลักษณะเฉพาะของระบบซีวิลลอว์ (civil law) ที่มุ่งเน้นความยุติธรรมเชิงเนื้อหา มากกว่าการเคารพเสรีภาพของคู่สัญญา⁶⁴

ปัญหาการตีความข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะ (public policy) ในการบังคับใช้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย เป็นอีกประเด็นสำคัญที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพของระบบอนุญาโตตุลาการ โดยในทางปฏิบัติ การตีความข้อยกเว้นดังกล่าวยังมีแนวโน้มขยายขอบเขตออกไปกว้าง ซึ่งอาจเปิดโอกาสให้ศาลเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของคำชี้ขาดในลักษณะใกล้เคียงกับการพิจารณาใหม่ อันอาจกระทบต่อหลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดและลดทอนความเชื่อมั่นของคู่สัญญาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁶⁵ นอกจากนี้ แนวทางดังกล่าวอาจไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลที่มุ่งจำกัดการใช้ข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะให้แคบลง โดยให้ใช้เฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับหลักพื้นฐานของกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี เช่น การทุจริตหรือการละเมิดหลักสิทธิมนุษยชนเท่านั้น⁶⁶

⁶⁰ *Westacre Investments Inc v Jugoimport-SDRP Holding Co Ltd* [2000] QB 288 (CA).

⁶¹ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs of Pakistan* [2010] UKSC 46.

⁶² *PT First Media TBK v Astro Nusantara International BV* [2013] SGCA 57.

⁶³ สถาบันอนุญาโตตุลาการ, *รวมคำพิพากษาของศาลและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ* (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่); คำพิพากษาที่ 4308/2560.

⁶⁴ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 120–135.

⁶⁵ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545, มาตรา 44(2)(ข); United Nations, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (1958), art V(2)(b); Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2820; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (1981), 360–365.

⁶⁶ United Nations, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (1958), art V(2)(b); Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2820; Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (1981), 360–365.

จะเห็นว่า ปัญหาของไทยมิใช่การขาดข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะ แต่เกิดจากการตีความที่กว้างเกินไปและไม่สม่ำเสมอ ซึ่งบั่นทอนความเชื่อมั่นในระบบอนุญาโตตุลาการ การปฏิรูปจึงควรมุ่งตีความข้อยกเว้นนี้อย่างจำกัดและใช้เป็น “ข้อยกเว้นสุดท้าย” (last resort) เท่านั้น เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลและรักษาหลักเสรีภาพของคู่สัญญาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

7. มาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Interim Measures)

มาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures) เป็นกลไกสำคัญในการประกันว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ เพราะหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสามารถโอนหรือทำลายทรัพย์สินได้ระหว่างพิจารณา คำชี้ขาดในภายหลังย่อมปราศจากผลในทางปฏิบัติ⁶⁷ หลักการนี้เชื่อมโยงโดยตรงกับความน่าเชื่อถือ (credibility) และความคาดหมายได้ (predictability) ของระบบอนุญาโตตุลาการในสายตาคู่สัญญาระหว่างประเทศ

UNCITRAL Model Law เดิมมิได้ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยตรง แต่การแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2006 ได้บัญญัติชัดเจนในข้อ 17A-17J ให้อนุญาโตตุลาการสามารถออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเองได้⁶⁸ ตัวอย่างมาตรการ ได้แก่ คำสั่งคงสภาพข้อพิพาท (status quo orders) คำสั่งห้ามโอนหรือจำหน่ายทรัพย์สิน (asset preservation orders) และคำสั่งให้วางหลักประกัน (security for costs)⁶⁹ ทั้งนี้ บทบาทของศาลในระบบกฎหมายแม่แบบถูกจำกัดให้อยู่ในฐานะสนับสนุน (supportive role) เช่น บังคับใช้มาตรการของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ใช่ผู้ตัดสินแทน

ประเทศที่ถือเป็นศูนย์กลางอนุญาโตตุลาการได้ปรับใช้แนวทางดังกล่าวอย่างจริงจัง สหราชอาณาจักรภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 มาตรา 44 ให้อำนาจศาลออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่ศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องเฉพาะเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจสั่งการได้ทันเวลา หรือคู่สัญญาตกลงให้อำนาจศาลไว้⁷⁰ ในขณะเดียวกัน กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2025 ยังได้รองรับกลไกผู้ชี้ขาดฉุกเฉิน (emergency arbitrator) เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและลดการพึ่งพาศาลสหราชอาณาจักร⁷¹ ส่วนสาธารณรัฐสิงคโปร์ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1994 (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2021) ก็ได้บัญญัติให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยตรง ขณะเดียวกันก็เปิดทางให้ศาลมีอำนาจสนับสนุนและบังคับใช้มาตรการดังกล่าว⁷² ศาลอุทธรณ์สาธารณรัฐสิงคโปร์ ในคดี NCC International v Alliance Concrete Case ยังได้ย้ำว่า ศาลควรใช้ดุลพินิจอย่างจำกัดและสนับสนุนคำสั่งอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่มีเหตุขัดต่อหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน

⁶⁷ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 147–150.

⁶⁸ UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006*, ข้อ 17A–17J.

⁶⁹ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 595–640.

⁷⁰ UK Arbitration Act 1996, s. 44.

⁷¹ UK Arbitration Act 1996 (as amended by the Arbitration Act 2025), ss. 44–44B.

⁷² Singapore International Arbitration Act 1994 (as amended up to 2021), ss. 11, 12A.

ในประเทศไทย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 และมาตรา 18 ให้อำนาจศาลเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แต่ไม่ได้ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการโดยตรง ส่งผลให้คู่สัญญาต้องยื่นคำร้องต่อศาลแพ่งเพื่อขอความคุ้มครองระหว่างการพิจารณา คำพิพากษาที่ 5379/2550 และ 1208/2554 ยืนยันหลักการนี้ว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเอง⁷³ แนวทางดังกล่าวแตกต่างอย่างชัดเจนจากมาตรฐานสากลที่ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการโดยตรง และทำให้กระบวนการของไทยขาดความรวดเร็วและความยืดหยุ่น

ในบริบทของประเทศไทย การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวยังคงต้องพึ่งพาศาลเป็นกลไกหลัก⁷⁴ ซึ่งอาจส่งผลให้กระบวนการขาดความรวดเร็วและเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายแก่คู่สัญญา นอกจากนี้โครงสร้างดังกล่าวยังอาจลดทอนประสิทธิภาพของอนุญาโตตุลาการในฐานะกลไกระงับข้อพิพาททางเลือกเมื่อเปรียบเทียบกับแนวทางสากลที่ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้โดยตรง⁷⁵ โดยมีศาลทำหน้าที่สนับสนุนและบังคับใช้คำสั่งดังกล่าว⁷⁶ ทั้งนี้ แนวทางดังกล่าวได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในกฎหมายต้นแบบและระบบกฎหมายของประเทศที่เป็นศูนย์กลางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ⁷⁷

จะเห็นได้ว่า ปัญหาของไทยมิใช่การไม่มีกฎหมายว่าด้วยมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่เป็นเพราะระบบอนุญาโตตุลาการไทยให้อำนาจศาลกว้างเกินไป ขณะที่ไม่ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการโดยตรง ส่งผลให้กระบวนการขาดความรวดเร็วและขัดกับแนวโน้มสากล การปฏิรูปจึงควรแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้เอง โดยให้ศาลมีบทบาทเพียงบังคับใช้มาตรการเท่านั้น เพื่อสร้างความคาดหมายได้ (predictability) และเพิ่มศักยภาพของประเทศไทยในการแข่งขันกับประเทศที่เป็นศูนย์กลางอนุญาโตตุลาการ

8. ผลการวิจัย (Research Findings)

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เปรียบเทียบกับอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) กฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2006) ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law 1985/2006) รวมทั้งกฎหมายของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ พบว่าระบบอนุญาโตตุลาการไทยยังมีข้อจำกัดเชิง

⁷³ สถาบันอนุญาโตตุลาการ, *รวมคำพิพากษาของศาลและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ* (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่); คำพิพากษาที่ 5379/2550; คำพิพากษาที่ 1208/2554.

⁷⁴ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545, มาตรา 16.

⁷⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (as amended in 2006), Article 17 (power of arbitral tribunal to grant interim measures).

⁷⁶ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (as amended in 2006), Articles 17H–17I (recognition and enforcement of interim measures).

⁷⁷ Arbitration Act 1996 (United Kingdom), sections 38, 44; International Arbitration Act (Singapore).

โครงสร้างและเชิงการตีความที่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล โดยสามารถสรุปผลการวิจัยได้ดังนี้

ประการแรก ในประเด็น **ความสามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการ (arbitrability)** พบว่ากฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตของข้อพิพาทซึ่งสามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้อย่างชัดเจน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพียงระบุในเชิงทั่วไปว่า หากข้อพิพาทไม่อาจเข้าสู่อนุญาโตตุลาการตามกฎหมาย ศาลสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดได้โดยอาศัยมาตรา 40 วรรคสอง (2) (ก) ซึ่งเปิดช่องให้ศาลมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการตีความ ขาดหลักเกณฑ์แน่นอนและสม่ำเสมอในทางปฏิบัติ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่าข้อพิพาทแรงงานและข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานของรัฐเป็นข้อพิพาทที่ไม่อาจเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ ส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนทางกฎหมาย (legal uncertainty) และกระทบต่อความคาดหมายได้ของคู่สัญญา แตกต่างจากแนวทางของประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งมักกำหนด “บัญชีข้อพิพาทต้องห้าม” (negative list) ไว้อย่างจำกัด เพื่อให้ศาลมีกรอบพิจารณาที่แน่นอนและเปิดโอกาสให้ข้อพิพาทส่วนใหญ่เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้

ประการที่สอง ในประเด็น **นโยบายสาธารณะ (public policy)** ผลการศึกษาพบว่าศาลไทยมีแนวโน้มตีความถ้อยคำ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 อย่างกว้างขวางเกินจำเป็น โดยใช้เป็นเหตุเพิกถอนหรือปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดแม้ในกรณีที่ไม่กระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะโดยตรง ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 และกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ที่กำหนดให้ข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะใช้เฉพาะในกรณีที่จำเป็นจริง และควรตีความอย่างจำกัด (narrow interpretation) การขาดแนวทางการตีความที่ชัดเจนทำให้เกิดความไม่สม่ำเสมอ (inconsistency) ในแนวคำพิพากษาและส่งผลต่อความน่าเชื่อถือของระบบอนุญาโตตุลาการไทยในสายตาผู้ประกอบการต่างชาติ

ประการที่สาม ในประเด็น **มาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures)** ผลการวิจัยพบว่ากฎหมายไทยยังจำกัดอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการให้ต้องพึ่งพาศาลเป็นหลัก โดยมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ให้อำนาจศาลสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามคำร้องของคู่สัญญา แต่ไม่ได้ให้อำนาจดังกล่าวแก่คณะอนุญาโตตุลาการเอง ส่งผลให้กระบวนการขาดความรวดเร็ว (speed) และความยืดหยุ่น (flexibility) ในการคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาในระหว่างพิจารณา ขณะที่กฎหมายของสหราชอาณาจักร (UK Arbitration Act 1996/2025) และของสาธารณรัฐสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Act 1994/2021) ได้ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเองโดยตรง รวมถึงการแต่งตั้งผู้ชี้ขาดฉุกเฉิน (emergency arbitrator) เพื่อรองรับข้อพิพาทที่ต้องการความคุ้มครองเร่งด่วน ซึ่งช่วยเพิ่มประสิทธิภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการในทางปฏิบัติอย่างมีนัยสำคัญ

ประการสุดท้าย ผลการวิจัยโดยรวมสะท้อนว่า ระบบอนุญาโตตุลาการไทยยังขาด “ประสิทธิภาพ” (efficiency) ในสามมิติหลัก ได้แก่ ความรวดเร็ว (speed) ความแน่นอนทางกฎหมาย (legal certainty) และความน่าเชื่อถือ (credibility) เมื่อเทียบกับแนวทางของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ซึ่งเป็นประเทศต้นแบบ ระบบไทยยังคงมีข้อจำกัดในด้านการกำหนดขอบเขตข้อพิพาท การตีความนโยบาย

สาธารณะ และอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ส่งผลให้ประเทศไทย ยังไม่สามารถสร้างระบบอนุญาโตตุลาการที่มีมาตรฐานสากลอย่างเต็มรูปแบบ และยังไม่สามารถยกระดับ บทบาทของตนให้เป็น “ศูนย์กลางการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ” (regional arbitration hub) ได้อย่างแท้จริง

9. การวิเคราะห์กฎหมายอนุญาโตตุลาการเชิงเปรียบเทียบ (Comparative Analysis): กรณีข้อพิพาทที่สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ (Arbitrability), นโยบายสาธารณะ (Public Policy) และมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Interim Measures)

บทนี้มุ่งวิเคราะห์เชิงลึกโดยวางกรอบประเมินไว้สี่ด้าน ได้แก่ ความคาดหมายได้ของกฎหมาย (predictability) ความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด (finality) ประสิทธิภาพเชิงกระบวนการวิธี (procedural efficiency) และความสอดคล้องกับกรอบสากล ได้แก่ New York Convention 1958 กับ UNCITRAL Model Law ใจความสำคัญของบทนี้คือ ระบบอนุญาโตตุลาการที่ “จำกัดข้อยกเว้นให้แคบและตรวจสอบได้” และ “วางศาลในบทบาทสนับสนุน (supportive role)” จะช่วยส่งเสริมให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีแรงสนับสนุนต่อการบังคับใช้คำชี้ขาด (pro-enforcement bias) และเพิ่มความเชื่อมั่นของผู้สัญญา ในทางตรงข้าม ระบบอนุญาโตตุลาการที่ “เปิดข้อยกเว้นกว้าง” และ “ให้ศาลพิจารณาเนื้อคดีซ้ำ (merits review)” จะทำให้กระบวนการขาดความแน่นอนและบั่นทอนประสิทธิภาพของระบบอนุญาโตตุลาการ เมื่อเทียบกับแนวทางของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์แล้ว ระบบอนุญาโตตุลาการของไทยยังคงแตกต่างจากหลักสากลในหลายประเด็น โดยเฉพาะในส่วนที่ศาลยังคงมีบทบาทกว้างในการตรวจสอบและตีความ

ต่อไปนี้จะนำเสนอการวิเคราะห์แต่ละประเด็น โดยสรุปเหตุผลทางหลักกฎหมาย ผลกระทบต่อระบบอนุญาโตตุลาการ และสังเคราะห์ภาพรวมของประเด็นที่ยังต้องได้รับการปรับปรุง

ข้อพิพาทที่สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ (arbitrability) ตามหลักกฎหมายสากล ข้อพิพาททางพาณิชย์ถือว่าสามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้โดยทั่วไป เว้นแต่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดห้ามไว้ชัดเจน หลักการนี้แสดงให้เห็นว่าเอกชนสามารถนำข้อพิพาทของตนไปสู่การพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการได้ หากข้อพิพาทนั้นไม่กระทบสิทธิของบุคคลภายนอกหรือไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของรัฐที่สงวนไว้เป็นพิเศษ ในสหราชอาณาจักร หลักการดังกล่าวได้รับการส่งเสริมผ่านแนวการตีความของศาลที่ให้ “ความสมเหตุสมผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” เป็นจุดตั้งต้น (validation principle) กล่าวคือ ศาลจะพยายามตีความข้อตกลงในทางที่ทำให้สามารถใช้บังคับได้ มากกว่าที่จะตีความให้เป็นโมฆะ แนวทางนี้ช่วยให้เส้นแบ่งระหว่างอำนาจศาลกับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการมีความชัดเจน ผู้สัญญาจึงมั่นใจได้ว่าข้อพิพาททางพาณิชย์ส่วนใหญ่ รวมถึงข้อพิพาทภายในกิจการของเอกชน จะได้รับการพิจารณาผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างมีประสิทธิภาพ ส่วนสาธารณรัฐสิงคโปร์ยึดแนวคิดเดียวกันแต่เพิ่มเกณฑ์ที่ตรวจสอบได้ชัดเจน โดยศาลจำแนกข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับ “สิทธิส่วนบุคคล” (in personam) ซึ่งผูกพันเฉพาะคู่สัญญา ออกจากข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับ “สิทธิในทรัพย์สิน” (in rem) ซึ่ง

กระทบต่อบุคคลภายนอกหรือเจ้าหนี้รวม การกำหนดเส้นแบ่งเช่นนี้ทำให้ดุลพินิจของศาลแคบลงและคำวินิจฉัยมีความสม่ำเสมอมากขึ้น ตรงกันข้าม ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนด “ข้อพิพาทต้องห้าม” อย่างชัดเจน เส้นแบ่งระหว่างข้อพิพาทที่เข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ได้ จึงเกิดจากแนวคำพิพากษาเป็นรายคดี ซึ่งมักตัดข้อพิพาทบางประเภท เช่น คดีแรงงาน คดีสัมปทานรัฐ และคดีล้มละลาย ออกจากขอบเขตของอนุญาโตตุลาการอย่างกว้าง แม้ในระยะหลังจะเริ่มเห็นแนวโน้มที่ศาลเปิดกว้างขึ้นในคดีพาณิชย์ทั่วไป แต่โดยภาพรวมแนวคำวินิจฉัยยังไม่สม่ำเสมอ ทำให้เกิดความไม่แน่นอนทางกฎหมาย (legal uncertainty) และลดแรงจูงใจให้คู่สัญญาเลือกประเทศไทยเป็นที่นั่งอนุญาโตตุลาการ

นโยบายสาธารณะ (public policy) ตามหลักสากล “นโยบายสาธารณะ” ถือเป็นข้อยกเว้นขั้นสุดท้าย ที่ใช้ป้องกันไม่ให้เกิดการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขัดต่อหลักพื้นฐานของกฎหมายและความยุติธรรมของประเทศ แต่ในขณะเดียวกัน หลักการนี้ไม่ควรถูกนำมาใช้เป็นเหตุให้ศาลกลับไปตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยไปแล้ว ประเทศที่เป็นต้นแบบ เช่น สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ มักตีความข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะอย่างแคบ และวางหลัก “วินัยด้านเวลา” ไว้อย่างชัดเจน หมายความว่า ประเด็นใดที่คู่สัญญาควรยกขึ้นต่อสู้ในชั้นอนุญาโตตุลาการ หากละเลยไม่ยกในเวลานั้น ก็ไม่สามารถนำมาอ้างเป็นเหตุของนโยบายสาธารณะในชั้นบังคับคดีได้อีก หลักการนี้ช่วยคุ้มครองทั้ง “ความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด” และ “ความเป็นธรรมในกระบวนการ” ตรงกันข้าม ในประเทศไทย ถ้อยคำ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มักถูกตีความอย่างกว้าง ศาลบางคดีจึงนำมาใช้เป็นเหตุเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือพิจารณาคดีซ้ำอีกครั้ง ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการสากล ผลที่เกิดขึ้นคือ ระบบการบังคับใช้คำชี้ขาดของไทยขาดเสถียรภาพ และทำให้ข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะ ซึ่งควรใช้ในกรณีพิเศษเท่านั้น กลายเป็นข้ออ้างที่ถูกใช้ทั่วไปในทางปฏิบัติ

มาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures) กฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) ที่แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี ค.ศ. 2006 ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ด้วยตนเอง เพื่อรักษาประโยชน์ของคู่สัญญาและคงผลของกระบวนการพิจารณา ตัวอย่างของคำสั่งเหล่านี้ ได้แก่ คำสั่งให้คงสถานะของข้อพิพาท (maintaining the status quo) คำสั่งห้ามโอนหรือจำหน่ายทรัพย์สิน (prohibiting the transfer of assets) และคำสั่งให้วางหลักประกัน (security for costs) หลักการนี้ยังวางให้ศาลมีบทบาทเพียง “สนับสนุน” (supportive role) คือ บังคับใช้คำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่เข้ามาวินิจฉัยแทน โดยทั่วไป การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวจะพิจารณาจากองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ (1) ความจำเป็นและความเร่งด่วน (2) ความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น และ (3) ความเสี่ยงที่ไม่อาจเยียวยาได้หากไม่ออกคำสั่งในขณะนั้น ทั้งสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ต่างนำหลักการนี้มาใช้ และได้พัฒนาเพิ่มเติมให้มีระบบ “ผู้ชี้ขาดฉุกเฉิน” (emergency arbitrator) ซึ่งสามารถออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะถูกแต่งตั้งอย่างเป็นทางการ ระบบเช่นนี้ช่วยให้ข้อพิพาททางธุรกิจที่ต้องการการคุ้มครองอย่างเร่งด่วนได้รับการแก้ไขทันที่ที่ลดความล่าช้า และลดโอกาสที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะใช้กลยุทธ์ “ถ่วงเวลา” เพื่อเอาเปรียบอีกฝ่าย

ในทางกลับกัน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของไทยยังคงให้อำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวอยู่ที่ศาลเพียงฝ่ายเดียว โดยคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจดังกล่าวด้วยตนเอง ส่งผลให้การดำเนินคดีล่าช้า มีต้นทุนสูง และในบางกรณีอาจทำให้ผลของคำชี้ขาดไม่สามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ

เพื่อให้เห็นภาพรวมโดยสังเขป ตารางต่อไปนี้แสดงการเปรียบเทียบหลักกฎหมาย แนวคำพิพากษา และผลต่อความคาดหมายได้ของระบบอนุญาโตตุลาการของสหราชอาณาจักร สาธารณรัฐสิงคโปร์ และประเทศไทย

ตารางการเปรียบเทียบ Arbitrability, Public Policy และ Interim Measures

ประเด็น	แบบสากล (New York Convention / UNCITRAL Model Law)	สหราชอาณาจักร (UK Arbitration Act 1996/2025)	สาธารณรัฐสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Act 1994/2021)	ประเทศไทย (พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545)
ข้อพิพาทที่ สามารถเข้าสู่ อนุญาโตตุลาการ ได้ (arbitrability)	โดยหลักข้อพิพาท ทางพาณิชย์เข้าสู่ อนุญาโตตุลาการได้ ยกเว้นกฎหมายเฉพาะ ห้าม (Model Law ข้อ 1(5); NYC ข้อ V(2)(a))	ศาลเปิดกว้าง เช่น คดี Fulham v Richards (2011) ข้อพิพาท unfair prejudice ชี้ขาดได้ เว้นแต่การเลิกบริษัท เน้น certainty	ศาลแยก in personam (อนุญาต) ออกจาก in rem (ไม่อนุญาต) เช่น คดี Larsen Oil v Petroprod (2011) สร้าง predictability	ศาลตีความกว้าง เช่น คำพิพากษาที่ 1254/2560 (แรงงาน), 4308/2560 (สัมปทาน), 1553/2547 (ล้มละลาย) ขาด legal certainty
นโยบาย สาธารณะ (Public Policy)	เหตุยกเว้นสุดท้าย เฉพาะกรณี fundamental notions of justice หรือ internationally mandatory rules (Model Law ข้อ 34, 36; NYC ข้อ V(2)(b)) เน้น pro-enforcement bias	ตีความแคบ เช่น คดี Westacre (2000), RBRG v Sinocore (2018): ห้าม re-hearing เมื่อคดี รักษา finality	จำกัดเข้มงวด เช่น คดี PT Asuransi v Dexia (2006), Astro v First Media (2013): ใช้เฉพาะกระทบ ยุติธรรมขั้นพื้นฐาน เน้น fundamental justice only	ศาลตีความกว้าง เช่น คำพิพากษาที่ 7928/2557, 2074/2559 ใช้ “ความสงบ เรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดี” เพื่อตรวจสอบ เนื้อหาซ้ำ กระทบ credibility

ประเด็น	แบบสากล (New York Convention / UNCITRAL Model Law)	สหราชอาณาจักร (UK Arbitration Act 1996/2025)	สาธารณรัฐสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Act 1994/2021)	ประเทศไทย (พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545)
มาตรการ คุ้มครอง ชั่วคราว (Interim Measures)	Model Law 2006 ข้อ 17A–17J ให้อนุญาโตตุลาการสั่งได้ ศาลสนับสนุน (supportive role)	Arbitration Act 1996 ข้อ 44 ศาลช่วยเฉพาะ จำเป็น; Arbitration Act 2025 เพิ่ม emergency arbitrator และ ขยายบทบาทศาลต่อ third parties	IAA ข้อ 12, 12A ให้อนุญาโตตุลาการ สั่งเอง ศาลมีบทบาท บังคับใช้ ไม่ใช่ re-hearing เช่น คดี Front Row v Daimler 2010 สร้าง efficiency	มาตรา 16 ให้ขอต่อ ศาลเท่านั้น เช่น คำพิพากษาที่ 1208/2554, 5379/2550 วินิจฉัย ว่าอนุญาโตตุลาการ ไม่มีอำนาจสั่งเอง ขาด speed & independence

จากตารางและเหตุผลที่กล่าวมา สามารถสรุป “ช่องว่างเชิงโครงสร้าง” ของระบบอนุญาโตตุลาการไทยได้ 3 ประการสำคัญ คือ *ประการแรก* เส้นแบ่งของข้อพิพาทที่สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ (arbitrability) ยังไม่ถูกกำหนดให้ชัดเจนและตรวจสอบได้ จึงทำให้ผลของคดีมีความไม่แน่นอนและแตกต่างกันไปในแต่ละกรณี *ประการที่สอง* การใช้ข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะ (public policy) ยังขาดแนวทางการตีความและหลักเกณฑ์ด้านเวลาอย่างเป็นระบบ ทำให้ศาลบางครั้งกลับไปตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือเนื้อคดีซ้ำ ซึ่งกระทบต่อ “ความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด” (finality of awards) *ประการที่สาม* โครงสร้างอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (interim measures) ยังคงให้อำนาจศาลเป็นหลัก โดยคณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถออกคำสั่งได้ด้วยตนเอง ส่งผลให้กระบวนการขาดความรวดเร็ว ยืดหยุ่น และมีต้นทุนสูง ซึ่งทั้งสามประการนี้เกี่ยวโยงกันโดยตรง กล่าวคือ เมื่อศาลมีอำนาจกว้างและใช้ข้อยกเว้นอย่างกว้าง ระบบย่อมขาดความคาดหมายได้ (predictability) คู่สัญญาจึงมีแนวโน้มเลือกใช้เขตอำนาจอื่นที่มีกฎเกณฑ์ชัดเจนกว่า ข้อสรุปนี้ไม่ได้มีเป้าหมายเพียงเพื่อ “เปรียบเทียบความแตกต่าง” เท่านั้น แต่ต้องการชี้แนวทางการปรับปรุงเชิงสถาบันของระบบไทยให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล โดยยังคงรักษาความระมัดระวังที่จำเป็นต่อประโยชน์สาธารณะ

โดยสรุปแล้ว การวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบแสดงให้เห็นว่า ระบบอนุญาโตตุลาการของไทยยังคงมี “ช่องว่างเชิงโครงสร้าง” (structural gaps) ในสามประเด็นหลัก ได้แก่ ความไม่ชัดเจนของข้อพิพาทที่เข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ การตีความข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะอย่างกว้าง และการจำกัดอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ช่องว่างเหล่านี้สะท้อนว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการไทยยังคงให้ศาลมีบทบาทมากเกินไป และขาดความยืดหยุ่นเชิงกลไก เมื่อเทียบกับแนวทางของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ซึ่งวางศาลในฐานะ “ผู้สนับสนุน” (supportive role) มากกว่าจะเป็น “ผู้กำกับ” (supervisory role)

ดังนั้น เพื่อยกระดับระบบอนุญาโตตุลาการไทยให้เทียบเคียงกับมาตรฐานระหว่างประเทศ บทความนี้จึงเสนอแนวทางการปรับปรุงเชิงกฎหมายในสามประเด็นสำคัญ คือ (1) การกำหนดขอบเขตข้อพิพาทที่สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้อย่างชัดเจน (2) การจำกัดการตีความข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะให้อยู่ในกรอบที่แคบ และ (3) การเพิ่มอำนาจให้คณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ด้วยตนเอง สำหรับแนวทางการแก้ไขเชิงโครงสร้างเหล่านี้จะนำเสนออย่างละเอียดในลำดับถัดไป

10. ข้อเสนอเพื่อการแก้ไขและพัฒนาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (Reform Proposals for the Thai Arbitration Act)

จากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบในสามประเด็นหลัก ได้แก่ ความสามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการ (arbitrability), นโยบายสาธารณะ (public policy) และมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures) พบว่าระบบอนุญาโตตุลาการไทยยังคงมีข้อจำกัดเชิงโครงสร้างที่แตกต่างจากมาตรฐานสากล โดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับ New York Convention 1958, UNCITRAL Model Law ตลอดจน UK Arbitration Act และของสาธารณรัฐสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Act 1994, as amended up to 2021) ความแตกต่างเหล่านี้ส่งผลต่อความคาดหมายได้ (predictability), ความรวดเร็ว (speed), ความแน่นอนทางกฎหมาย (legal certainty) และความน่าเชื่อถือ (credibility) ของระบบอนุญาโตตุลาการไทยในเวทีระหว่างประเทศ

10.1 ข้อพิพาทที่สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ (Arbitrability)

ปัญหา: พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 กำหนดเพียงว่า หากข้อพิพาท “ไม่อาจระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการตามกฎหมาย” ศาลสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดได้ แต่ไม่ได้ระบุ “บัญชีข้อพิพาทต้องห้าม” (negative list) อย่างชัดเจน จึงทำให้ศาลตีความแตกต่างกัน เช่น คดีแรงงาน คดีสัญญาสัมปทานรัฐ และคดีล้มละลาย ที่มักถูกตีความว่าไม่สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้

หลักการเปรียบเทียบ: สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ถือว่าข้อพิพาททางพาณิชย์ทั้งหมดสามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่มีกฎหมายห้ามไว้อย่างจำกัด เช่น คดี *Fulham Football Club v Richards* [2011] EWCA Civ 855 ซึ่งยืนยันว่าข้อพิพาทผู้ถือหุ้นส่วนน้อยสามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ トラบใดที่ไม่เกี่ยวกับการเลิกบริษัท

ข้อเสนอ: เสนอให้บัญญัติ “มาตรา 40/1” ใหม่ เพื่อบังคับข้อพิพาทต้องห้ามเฉพาะ ได้แก่ (1) สถานะบุคคลและครอบครัว (2) คดีอาญา และ (3) ข้อพิพาทที่กฎหมายเฉพาะห้ามไว้อย่างชัดแจ้ง โดยกำหนดหลักทั่วไปว่า ข้อพิพาทพาณิชย์ทั้งหมดสามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้

ร่างมาตรา (drafting):

“มาตรา 40/1 ข้อพิพาทที่ไม่อาจเข้าสู่อนุญาโตตุลาการ ได้แก่ (1) ข้อพิพาทเกี่ยวกับสถานะบุคคลหรือครอบครัว (2) ข้อพิพาทอาญา และ (3) ข้อพิพาทที่กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้นำเข้าสู่อนุญาโตตุลาการโดยชัดแจ้ง เว้นแต่กรณีดังกล่าว ข้อพิพาททางแพ่งหรือพาณิชย์ไม่ว่าจะมีลักษณะอย่างไรใด ให้สามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้”

เหตุผล: มาตรานี้สร้างความชัดเจนโดยนำหลักจาก Model Law และแนวทางสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์มาใช้ ทำให้คู่สัญญามีความมั่นใจว่าข้อพิพาทใดสามารถเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้โดยไม่ต้องรอคำตีความจากศาล

10.2 นโยบายสาธารณะ (Public Policy)

ปัญหา: ศาลไทยบางคดี เช่น คำพิพากษาที่ 7928/2557 และ 2074/2559 ใช้นโยบายสาธารณะเป็นเหตุเพิกถอนคำชี้ขาดโดยการตรวจสอบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายซ้ำ ซึ่งขัดกับหลักการสากลที่มุ่งให้ public policy เป็นข้อยกเว้นสุดท้ายเท่านั้น

หลักการเปรียบเทียบ: New York Convention 1958 ข้อ V(2)(b) และ UNCITRAL Model Law ข้อ 34(2)(b)(ii), 36(1)(b)(ii) ระบุชัดเจนว่าการอ้าง public policy ต้องตีความอย่างเคร่งครัด จำกัดเฉพาะเมื่อกระทบหลักยุติธรรมขั้นพื้นฐานหรือขัดต่อกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่มีมิติระหว่างประเทศ สหราชอาณาจักรยืนยันหลักการนี้ในคดี *Westacre* และ *RBRG v Sinocore*

ข้อเสนอ: แก้ไขมาตรา 40 โดยเพิ่มวรรคสอง กำหนดนิยาม “นโยบายสาธารณะ” ให้ตีความจำกัดเฉพาะในระดับ “นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ” (international public policy) และห้ามศาลทบทวนข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในสาระของข้อพิพาทอีก

ร่างมาตรา (drafting):

“มาตรา 40 วรรคสอง ในการพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาด ให้นโยบายสาธารณะหมายถึงหลักยุติธรรมขั้นพื้นฐาน หรือกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดที่จำเป็นในมิติระหว่างประเทศเท่านั้น และห้ามศาลตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในสาระที่อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยแล้ว”

เหตุผล: การบัญญัตินิยาม public policy แบบแคบจะช่วยลดการแทรกแซงของศาลไทยและยกระดับมาตรฐานสากลที่มุ่งคุ้มครองหลักความเป็นที่สุด (finality) และเสรีภาพของคู่สัญญา (party autonomy)

10.3 มาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Interim Measures)

ปัญหา: พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 ให้อำนาจศาลเป็นหลัก โดยไม่ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองเอง ศาลยื่นยันแนวนี้นในคดี 1208/2554 และ 5379/2550 ส่งผลให้กระบวนการไทยขาดความยืดหยุ่นและความรวดเร็ว แตกต่างจากระบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

หลักการเปรียบเทียบ: Model Law ค.ศ. 2006 ข้อ 17A–17J ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการสั่งมาตรการเอง โดยศาลมีหน้าที่บังคับใช้หรือช่วยเหลือเท่านั้น สหราชอาณาจักรก็ยึดหลักเดียวกัน โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ข้อ 44 (แก้ไข ค.ศ. 2025) ให้อำนาจศาลเฉพาะกรณีจำเป็น สาธารณรัฐสิงคโปร์ ก็มีข้อ 12 และ 12A แห่ง Singapore IAA 1994 ที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการเต็มที่

ข้อเสนอ: บัญญัติ “มาตรา 16/1–16/10” ใหม่ อ้างอิงจาก Model Law 2006 ข้อ 17A–17J โดยให้นิยามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กำหนดเกณฑ์การสั่ง (เช่น ความจำเป็น ความเร่งด่วน ความสมดุลแห่งความเสียหาย และการวางหลักประกัน) กำหนดอำนาจอนุญาโตตุลาการสั่งมาตรการเอง และบัญญัติให้ศาลมีอำนาจสนับสนุนหรือบังคับใช้เท่านั้น

เหตุผล: การเพิ่มหมวดนี้จะทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการไทยเทียบเท่ากับมาตรฐานสากล ลดภาระศาล และสร้างความมั่นใจแก่คู่สัญญาต่างชาติ

ข้อเสนอการแก้ไขทั้งสามประการข้างต้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อปรับโครงสร้างระบบอนุญาโตตุลาการของไทยให้มีความทันสมัยและอยู่ในแนวเดียวกับหลักสากลมากยิ่งขึ้น หากสามารถดำเนินการได้จริงจะช่วยยกระดับระบบอนุญาโตตุลาการของไทยในหลายมิติ ทั้งในด้านความคาดหมายได้ (predictability) ความแน่นอนทางกฎหมาย (legal certainty) ความรวดเร็วและประสิทธิภาพของกระบวนการ (procedural efficiency) รวมถึงความเชื่อมั่นของผู้ใช้ระบบ (credibility) ในเชิงปฏิบัติ การมีกรอบข้อพิพาทที่ชัดเจน (negative list) จะช่วยลดความผันผวนของแนวคำพิพากษา การจำกัดการใช้ข้อยกเว้นด้านนโยบายสาธารณะให้อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสม จะทำให้คำชี้ขาดมีความเป็นที่สุดมากขึ้น และการให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้เอง จะเพิ่มความรวดเร็วและลดภาระศาล การปรับปรุงทั้งสามส่วนนี้จะทำให้ประเทศไทยมีระบบอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพ โปร่งใส และเป็นที่ยอมรับในระดับสากล ซึ่งจะส่งผลโดยตรงต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนและการพัฒนาศักยภาพของประเทศในการเป็น “ศูนย์กลางการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ” (regional arbitration hub) ในอนาคต

11. บทสรุป (Conclusion)

งานวิจัยเรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในประเทศไทย” มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาข้อจำกัดทางกฎหมายและแนวทางการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของไทยให้เทียบเคียงกับมาตรฐานระหว่างประเทศ โดยอาศัยการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักการในอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL (UNCITRAL Model Law) รวมทั้งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐสิงคโปร์ ผลการศึกษาชี้ให้เห็นว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ถือเป็นพัฒนาการสำคัญที่ยกระดับระบบอนุญาโตตุลาการของไทยให้ใกล้เคียงกับมาตรฐานสากล อย่างไรก็ตาม การตีความและการบังคับใช้ในทางปฏิบัติยังคงมีข้อจำกัดบางประการที่กระทบต่อประสิทธิภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยรวม

จากข้อค้นพบดังกล่าว จึงเสนอแนวทางการปรับปรุงกฎหมายสามประการ ได้แก่ (1) กำหนด “บัญชีข้อพิพาทต้องห้าม” (negative list) อย่างจำกัดเพื่อสร้างความแน่นอนทางกฎหมาย (2) นิยาม “นโยบายสาธารณะ” ให้ตีความแคบเฉพาะในระดับนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ เพื่อคงหลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด และ (3)ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ด้วยตนเอง โดยศาลมีบทบาทเพียงสนับสนุนและบังคับใช้เท่านั้น แนวทางเหล่านี้มิได้มุ่งเพียงการแก้ไขถ้อยคำของกฎหมาย แต่เป็นการยกระดับโครงสร้างเชิงสถาบันของระบบอนุญาโตตุลาการไทยให้มีความโปร่งใส ยืดหยุ่น และเป็นไปตามแนวทางสากล

นัยสำคัญของการปฏิรูปนี้อยู่ที่การเสริมสร้าง “ความคาดหมายได้” (predictability) และ “ความน่าเชื่อถือ” (credibility) ของระบบกฎหมายไทย เพื่อให้ประเทศไทยมีศักยภาพแข่งขันในเวทีระหว่างประเทศและเป็นมิตรต่อผู้ใช้ระบบ (user-friendly and investor-friendly system) การยกระดับเชิงสถาบันดังกล่าวยังสะท้อนถึงความมุ่งมั่นของไทยในการพัฒนาโครงสร้างการระงับข้อพิพาทให้มีความยุติธรรม มีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับหลักนิติธรรมสากล

นอกจากนี้ ผลการวิจัยยังเปิดโอกาสให้ศึกษาต่อยอดในอนาคต ทั้งในเชิงทฤษฎีและเชิงประจักษ์ เช่น การวิเคราะห์ผลกระทบทางเศรษฐกิจและความน่าเชื่อถือของประเทศไทยในฐานะ “ที่นั่งอนุญาโตตุลาการ” (seat of arbitration) ภายหลังการปฏิรูปกฎหมาย หรือการศึกษาทัศนคติของผู้ประกอบการและทนายความต่อประสิทธิภาพของระบบอนุญาโตตุลาการไทย งานวิจัยในมิติเหล่านี้จะช่วยให้มั่นใจว่าการปรับปรุงกฎหมายมิใช่เพียงการแก้ไขบทบัญญัติ แต่ยังเป็นการปลูกฝัง “วัฒนธรรมทางอนุญาโตตุลาการ” (arbitration culture) ที่ยั่งยืนและเป็นมิตรต่อภาคธุรกิจระหว่างประเทศอย่างแท้จริง

โดยสรุป การปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการตามข้อเสนอข้างต้นจะเป็นกลไกสำคัญที่ช่วยให้ประเทศไทยก้าวสู่ระบบการระงับข้อพิพาทที่มีมาตรฐานสากล ทั้งในด้านประสิทธิภาพ ความโปร่งใส และความน่าเชื่อถือ ซึ่งจะส่งผลโดยตรงต่อการส่งเสริมการลงทุนและความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศในระยะยาว

ปกิณกะกฎหมาย
LEGAL MISCELLANEOUS

**ความเหมาะสมของการนำค่าเสียหายในเชิงลงโทษ
มาใช้ในบริบทของประเทศไทย***
**The Appropriateness of Applying Punitive Damages
in the Context of Thailand**

ศักดิ์ดา ธนิตกุล
Sakda Thanitcul

ศาสตราจารย์ ดร.

ภาควิชานิติศาสตร์ 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: November 13, 2025; Revised: November 13, 2025; Accepted: November 18, 2025)

1. แนวคิดสำคัญและหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damage) ในบริบทของประเทศไทยตามมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

1.1 แนวคิดและที่มาของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์

กำเนิดของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดในผลิตภัณฑ์สมัยใหม่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบอาศัยตลาดที่มีพลวัตมากที่สุดจนสามารถแข่งขันกับประเทศอังกฤษ ที่เป็นประเทศต้นกำเนิดได้อย่างชัดเจน เมื่อนายเฮนรี ฟอร์ด ริเริ่มนำการผลิตรถยนต์ที่มีประสิทธิภาพสูงมากมาใช้ในโรงงานผลิตรถยนต์ฟอร์ดเมื่อปี ค.ศ. 1908 ทำให้ต้นทุนการผลิตรถยนต์ของบริษัทฟอร์ดลดลงถึงประมาณร้อยละ 80 ทำให้ชนชั้นกลางจำนวนมากสามารถซื้อรถยนต์ฟอร์ด Model T มาใช้เป็นรถประจำบ้านเพื่อขับไปทำงานและพาครอบครัวไปเที่ยวพักผ่อนในวันหยุดได้ ระบบการผลิตดังกล่าวนี้

* ท่านประธานศาลรัฐธรรมนูญได้มีหนังสือเรียกเอกสาร ลงวันที่ 15 เดือนกันยายน พ.ศ. 2568 ถึงผู้เขียน กำหนดให้ผู้เขียนทำความเข้าใจเป็นหนังสือตามประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือ ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดมี 2 ประเด็นได้แก่

1. การกำหนดข้อเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damage) ในบริบทของประเทศไทย – หลักเกณฑ์และแนวคิดสำคัญ
2. ความเหมาะสมในการนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทย

หลังจากที่ผู้เขียนได้ทำความเข้าใจเป็นหนังสือและยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้เขียนคิดว่าความเห็นทางวิชาการดังกล่าวข้างต้น น่าจะมีประโยชน์ต่อการนิเทศศาสตร์ของประเทศไทยบ้าง จึงได้นำเสนอต่อกองบรรณาธิการของวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เพื่อตีพิมพ์เผยแพร่ตามที่ปรากฏในวารสารเล่มนี้

ใช้ระบบสายพานขับเคลื่อนด้วยพลังงานไฟฟ้าแทนพลังงานไอน้ำจึงเป็นจุดเริ่มต้นที่ชัดเจนของการปฏิวัติอุตสาหกรรมครั้งที่สอง (The Second Industrial Revolution) ที่นอกจากบริษัทฟอร์ดจะใช้ในการผลิตรถยนต์ยี่ห้อฟอร์ดแล้ว บริษัทผลิตรถยนต์ที่เป็นคู่แข่ง อันได้แก่ บริษัท Buick (ต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็น General Motor) และบริษัทผลิตสินค้าอื่น ๆ รวมถึงบริษัทผลิตน้ำอัดลมก็ได้นำระบบการผลิตดังกล่าวไปปรับใช้ในการผลิตสินค้าของบริษัทตนด้วย

ระบบเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงระยะเวลาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นระบบเศรษฐกิจที่เป็น “การผลิตและการบริโภคจำนวนมาก (Mass production, Mass consumption)” เพราะมีการผลิตสินค้าอุตสาหกรรมจำนวนมากมาขายมหาศาลและมีการบริโภคสินค้าอุตสาหกรรมจำนวนมากมาขายมหาศาลเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การผลิตสินค้าอุตสาหกรรมเป็นจำนวนมากย่อมทำให้การควบคุมคุณภาพของสินค้าอุตสาหกรรมให้ปลอดภัยทุกชิ้นเป็นไปได้ค่อนข้างยาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสินค้าประเภทอุตสาหกรรมประเภทรถยนต์ซึ่งมีส่วนประกอบเป็นจำนวนมาก ทั้งยังเป็นเครื่องจักรกลที่มีความซับซ้อนสูงสำหรับยุคนั้น ส่งผลให้เริ่มมีอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นจากสินค้าอุตสาหกรรมประเภทต่าง ๆ มากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น อุบัติเหตุซึ่งเกิดจากรถยนต์คันหนึ่งซึ่งผลิตโดยบริษัท Buick โดยล้อของรถเกิดหักกระทันหันในขณะที่เจ้าของรถกำลังขับอยู่ในระดับความเร็วปกติ รถจึงเสียหลักและเกิดแรงเหวี่ยงทำให้คนขับหลุดจากที่นั่งไปกระแทกกับกระจกหน้าได้รับบาดเจ็บสาหัส หลังจากรักษาตัวและออกจากโรงพยาบาลแล้ว เจ้าของรถยนต์คันดังกล่าวจึงนำคดีไปฟ้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากบริษัท Buick เนื่องจากผลิตรถยนต์ที่มีความชำรุดบกพร่อง ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ของมลรัฐนิวยอร์กชื่อท่าน Benjamin Cardozo ได้ตัดสินให้บริษัท Buick ต้องรับผิดชอบในรถยนต์ที่บริษัทผลิตอย่างเคร่งครัด (Strict Liability) กล่าวคือ บริษัท Buick ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ว่าบริษัทจะไม่ได้ประมาทเลินเล่อในการผลิตรถยนต์คันดังกล่าวก็ตาม หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักกฎหมายที่แตกต่างจากความรับผิดในเรื่องละเมิดโดยทั่วไปซึ่งกำหนดให้ผู้กระทำผิดจะต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายก็ต่อเมื่อผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้กระทำละเมิดได้กระทำละเมิดโดยตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น ท่าน Cardozo ได้ให้เหตุผลในคำพิพากษาเอาไว้ว่า เนื่องจากรถยนต์เป็นสินค้าที่ผู้ใช้จะต้องนำไปใช้ขับขึ้นถนนด้วยความเร็วสูงและมีรถยนต์คันอื่น ๆ อีกเป็นจำนวนมากที่วิ่งอยู่บนถนนด้วยความเร็วสูงเช่นกัน จึงมีโอกาสสูงที่จะเกิดอุบัติเหตุ รถยนต์จึงเป็นสินค้าที่มีโอกาสที่อันตรายจะเกิดขึ้นในไม่ช้า (Imminent Danger) ดังนั้น ผู้ผลิตรถยนต์จึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากความชำรุดบกพร่องของรถยนต์ที่บริษัทของตนผลิตขึ้น แม้ว่าจะไม่ได้ประมาทเลินเล่อในการผลิตรถยนต์คันดังกล่าวเลยก็ตาม (*MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050, 1916)

ในปี ค.ศ. 1944 ได้มีคำพิพากษาศาลสูงสุดของมลรัฐแคลิฟอร์เนียที่สำคัญมากเพราะเป็นต้นกำเนิดของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์สมัยใหม่ เมื่อพนักงานบริการในภัตตาคารแห่งหนึ่งได้ประสบอุบัติเหตุขวดน้ำอัดลมยี่ห้อ Coca-Cola ได้ระเบิดใส่มือของผู้เสียหายในขณะที่ผู้เสียหายกำลังหยิบขวดน้ำอัดลมเพื่อที่จะนำไปแช่ในตู้เย็น เพื่อนร่วมงานได้รับบาดเจ็บสาหัสส่งโรงพยาบาล อย่างไรก็ตาม แม้จะเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลแต่ผู้เสียหายก็ต้องสูญเสียสมรรถภาพในการทำงานมือข้างที่ได้รับความบาดเจ็บเกือบทั้งหมดเนื่องจากแผลมีความลึกและยาวมาก ผู้เสียหายจึงนำคดีไปฟ้องต่อศาล โดยมีบริษัท Coca-Cola

Bottling of Fresno ซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตน้ำอัดลมขวดที่ชำรุดบกพร่องดังกล่าวเป็นจำเลย เพื่อให้บริษัทรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดจากการระเบิดของขวดน้ำอัดลมดังกล่าว ผู้พิพากษาศาลสูงสุดท่านหนึ่งในองค์คณะชื่อท่าน Roger Traynor ได้เขียนความเห็นพ้อง (Concurring Opinion) กับความเห็นของผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนที่พิพากษาให้บริษัท Coca-Cola Bottling of Fresno ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย แม้ว่าผู้เสียหายจะพิสูจน์ไม่ได้ว่าบริษัทประมาทเลินเล่อในการผลิตน้ำอัดลมขวดที่ระเบิดก็ตาม โดยท่าน Traynor ให้เหตุผลที่พิพากษาให้บริษัทต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัดดังต่อไปนี้ เหตุผลแรก เนื่องจากบริษัทอยู่ในสถานะที่สามารถป้องกันอุบัติเหตุไม่ให้เกิดขึ้นโดยใช้ต้นทุนที่ต่ำกว่า (Loss Minimization) ภัตตาคาร กล่าวคือ การซื้อเครื่องวัดความดัน 1 เครื่องและการจ้างพนักงานเพิ่มอีก 1 คน เพื่อมาวัดความดันของน้ำอัดลมที่ผลิตแค่ 1 ขวดจาก 600 ขวด ตามวิธีการควบคุมคุณภาพทางสถิติ (Statistic Quality Control) อุบัติเหตุดังกล่าวก็จะไม่เกิดขึ้น แต่หากให้ภัตตาคารจำนวนมากในมลรัฐแคลิฟอร์เนียซื้อเครื่องวัดความดันภัตตาคารละ 1 เครื่องและจ้างพนักงานเพิ่มอีก 1 คนจะเป็นการเพิ่มต้นทุนในการป้องกันอุบัติเหตุที่สูงมากเมื่อเปรียบเทียบกับทำให้บริษัทเป็นผู้ป้องกัน เหตุผลที่สอง บริษัทอยู่ในสถานะที่จะกระจายความสูญเสีย (Loss Spreading) ที่มีประสิทธิภาพที่สุด กล่าวคือ บริษัทสามารถขึ้นราคาน้ำอัดลมเพียงเล็กน้อยแล้วนำเงินดังกล่าวไปซื้อประกันวินาศภัยประเภทความรับผิดที่เกิดจากสินค้าชำรุดบกพร่องได้ หากผู้บริโภคที่คิดว่าราคาน้ำอัดลมแพงเกินไปก็มีเสรีภาพที่จะไม่ซื้อมาบริโภคได้อันเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และเป็นไปตามกลไกตลาดของระบบเศรษฐกิจแบบอาศัยกลไกตลาด เหตุผลที่สาม เป็นเหตุผลในทางกฎหมายวิธีพิจารณาความ ตามหลักสุภาษิตกฎหมายที่ว่า *Res Ipsa Loquitur* (Thing speaks for itself หรือ Accident speaks for itself) ซึ่งหมายความว่า หากน้ำอัดลมเกิดระเบิดขึ้นมาย่อมแสดงให้เห็นในตัวเองแล้วว่าน้ำอัดลมขวดนั้นต้องมีความชำรุดบกพร่อง ขวดจึงได้ระเบิดใส่มือผู้เสียหาย ดังนั้น ผู้เสียหายจึงไม่ควรมีภาระพิสูจน์ว่าผู้ผลิตประมาทเลินเล่อในการผลิตน้ำอัดลมที่ก่อให้เกิดอุบัติเหตุขวดนั้น เหตุผลประการสุดท้ายคือ ความยุติธรรมในการเยียวยาผู้เสียหาย (Corrective Justice) กล่าวคือ บริษัทผู้ผลิตสินค้าควรต้องมีความรับผิดชอบในกำไรที่ได้จากการประกอบธุรกิจ (Liability for Profit) เมื่อบริษัทได้กำไรแล้ว ก็ควรจะแบ่งกำไรบางส่วนมาเยียวยาผู้โชคร้ายที่ประสบเคราะห์กรรมจากความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่บริษัทผลิตขึ้น เพราะว่ายุคสมัยนั้น กฎหมายว่าด้วยสัญญาและกฎหมายว่าด้วยละเมิดซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป ก็ไม่สามารถให้การเยียวยาผู้เสียหายได้ ด้วยเหตุที่ว่าหากผู้เสียหายฟ้องเรียกค่าเสียหายตามสัญญาซื้อขาย ศาลก็มีเหตุที่จะยกฟ้องได้เนื่องจากผู้เสียหายไม่อยู่ในฐานะผู้ซื้อเนื่องจากในกรณีนี้ผู้ซื้อคือเจ้าของภัตตาคาร ดังนั้น ผู้เสียหายกับบริษัท Coca-Cola Bottling of Fresno จึงไม่มีนิติสัมพันธ์กันตามสัญญา (หลัก Privity of Contract) ผู้เสียหายจึงไม่อาจนำคดีมาฟ้องได้ หากผู้เสียหายนำคดีมาฟ้องเรียกค่าเสียหายตามมูลละเมิดและศาลปรับหลักกฎหมายละเมิดเข้ากับข้อพิพาทนี้แล้ว ผู้เสียหายย่อมต้องมีการพิสูจน์ว่าจำเลยประมาทเลินเล่อในการผลิตน้ำอัดลมขวดที่ระเบิดและก่อให้เกิดอุบัติเหตุ จำเลยก็จะสามารถพิสูจน์หักล้างได้ง่าย เช่น การที่จำเลยเป็นผู้ได้รับอนุญาตจากบริษัท Coca-Cola ให้ผลิตน้ำอัดลมยี่ห้อโค้ก (เป็น bottler) จำเลยต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการผลิตของบริษัทผู้ให้อนุญาต ได้แก่ ต้องใช้เครื่องจักรที่ผลิตโดยบริษัทผลิตเครื่องจักรที่บริษัทผู้ให้อนุญาตกำหนด เป็นต้น ศาลก็จะยกฟ้องจำเลยเพราะโจทก์พิสูจน์ให้ศาลเชื่อไม่ได้

ว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ คำพิพากษาจะมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อชีวิตของผู้เคราะห์ร้าย เช่น ในคดีนี้ที่ผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงอายุ 42 ปีและหย่ากับสามีและมีภาระที่ต้องเลี้ยงดูบุตรอีกสองคน ผู้เสียหายจะต้องทนทุกข์จากเคราะห์กรรมนี้โดยที่ผู้เสียหายไม่มีความผิดอะไรเลยตลอดไปโดยปราศจากการเยียวยาภายใต้กรอบของกฎหมายว่าด้วยสัญญาและกฎหมายว่าด้วยละเมิด โดยท่าน Traynor ใช้วลีที่ว่า จำเลยจะต้อง “Suffers Loss in Silence” ดังนั้น ท่าน Traynor จึงพิพากษาเพื่อให้ความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายด้วยการตัดสินโดยอาศัยหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) กล่าวคือ ผู้ผลิตขวดน้ำอัดลมยังคงมีความรับผิดอยู่ แม้ว่าจะไม่ได้ประมาทเลินเล่อในการผลิตน้ำอัดลมขวดที่ชำรุดบกพร่องเลยก็ตาม (*Escola v. Coca-Cola Bottling Co. of Fresno*, 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944)

ต่อมา American Law Institute ที่เป็นสถาบันสำคัญในการยกร่างกฎหมายแม่แบบของประเทศสหรัฐอเมริกาได้แต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างกฎหมายแม่แบบว่าด้วยความรับผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้า เรียกว่า Restatement of Tort (Second) ในปี ค.ศ. 1965 โดยมีศาสตราจารย์ด้านกฎหมายละเมิดหลายท่านเป็นประธานและกรรมการ และมีท่าน Roger Traynor เป็นกรรมการด้วย ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐส่วนมากในประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำกฎหมายแม่แบบดังกล่าวไปยกร่างเป็นกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของมลรัฐตนเอง โดย Restatement of Tort (Second) มีอิทธิพลอย่างมากต่อประเทศอุตสาหกรรมตะวันตกที่มีระบบเศรษฐกิจแบบอาศัยกลไกตลาดและมีโครงสร้างของอุตสาหกรรมเป็นแบบ Mass production, Mass consumption ได้ตามประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากหากไม่มีกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์เยี่ยงประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ผู้เสียหายที่ประสบเคราะห์กรรมเพราะความโชคร้ายจากอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นจากสินค้าอุตสาหกรรมที่ไม่ปลอดภัยย่อมจะไม่ได้รับการเยียวยาตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาและกฎหมายว่าด้วยละเมิด ดังนั้น องค์กรคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอุตสาหกรรมจึงต่างผลักดันให้รัฐตรากฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ออกมาบังคับใช้ท่ามกลางการต่อต้านอย่างเข้มข้นจากองค์กรของผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากผู้ประกอบการจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้กับผู้บริโภค แม้ว่าผู้ประกอบการจะใช้ระบบการผลิตสินค้าที่ก้าวหน้าและดีที่สุดในที่สุดแล้วก็ตาม ท้ายที่สุดแล้ว องค์กรคุ้มครองผู้บริโภคก็ได้ชัยชนะ โดยสหภาพยุโรปได้ตรากฎหมายว่าด้วยความรับผิดในผลิตภัณฑ์ออกมาบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1985 (the Council Directive of 25 July 1985 on the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Product 85/374/EEC) ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่นได้ตรากฎหมายว่าด้วยความรับผิดในผลิตภัณฑ์ออกมาบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1994 (*Seizoubutsusekinin Hou (製造物責任法)*) และประเทศไทยก็ได้ตราพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2008 (พ.ศ. 2551)

ในปี พ.ศ. 2560 ได้มีคำพิพากษาศาลแพ่ง คดีผู้บริโภคที่ ผบ 502/2560 พิพากษาให้บริษัทผลิตน้ำอัดลมที่มีชื่อเสียงยี่ห้อหนึ่งต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายประมาณ 1,000,000 บาทให้แก่ผู้เสียหายที่เป็นนักศึกษาอายุ 19 ปีซึ่งกำลังศึกษาอยู่ในคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง และทำงานเป็นพนักงานบริการเสิร์ฟอาหารและเครื่องดื่มในภัตตาคารตะวันตกที่ตั้งอยู่ในอำเภอเมือง จังหวัดขอนแก่น โดยมีข้อเท็จจริงคล้ายคดี *Escola v. Coca-Cola Bottling of Fresno* กล่าวคือ ขณะที่ผู้เสียหายกำลังถือขวดน้ำอัดลมเพื่อวางลงบนถาดเพื่อไปเสิร์ฟลูกค้านั้น ขวดน้ำอัดลมเกิดระเบิดขึ้นและมีเศษแก้วพุ่งไปทิ่ม

ตาข่ายของผู้เสียหาย แม้ว่าเพื่อนร่วมงานจะรับนำตัวผู้เสียหายไปรักษาที่โรงพยาบาลระดับศูนย์ซึ่งตั้งอยู่ในมหาวิทยาลัยขอนแก่นที่มีแพทย์เฉพาะทางและเครื่องมือทางการแพทย์ที่ทันสมัยมากแล้วก็ตาม แต่ผู้เสียหายก็ต้องสูญเสียความสามารถในการมองเห็นของดวงตาข้างซ้ายแทบทั้งหมด จำเลยซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตน้ำอัดลมที่มีประสบการณ์ผลิตน้ำอัดลมมายาวนานได้ต่อสู้ว่าขวดน้ำอัดลมที่บริษัทจำเลยใช้นั้น เป็นขวดน้ำอัดลมที่ได้รับการรับรองจากสำนักงานมาตรฐานอุตสาหกรรมว่าผ่านมาตรฐานบังคับของสำนักงานมาตรฐานอุตสาหกรรม ดังนั้น จำเลยจึงไม่ได้ประมาทเลินเล่อในการผลิตน้ำอัดลมรวมถึงน้ำอัดลมขวดที่ระเบิดด้วย ศาลแพ่งได้พิพากษาให้จำเลยต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด แม้ว่าจำเลยจะไม่ได้ประมาทเลินเล่อก็ตาม อันสอดคล้องตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ในพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ดังนั้น หากปราศจากพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้วผู้เสียหายในคดีนี้จะต้อง “Suffers Loss in Silence” เพราะหากผู้เสียหายฟ้องคดีโดยอาศัยมูลหนี้ตามสัญญาซื้อขาย ศาลแพ่งก็มีเหตุที่จะยกฟ้อง เนื่องจากผู้เสียหายไม่ได้เป็นคู่สัญญา แต่คู่สัญญาคือภัตตาคารตะวันแดง ในขณะที่หากฟ้องคดีโดยอาศัยมูลหนี้ละเมิด ศาลก็มีเหตุที่จะยกฟ้อง เนื่องจากผู้เสียหายไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า จำเลยประมาทเลินเล่อในการผลิตน้ำอัดลมขวดที่ระเบิด ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ในระบบเศรษฐกิจที่พัฒนาไปถึงระดับ Mass production, Mass consumption แล้วกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ถือว่าเป็นกฎหมายที่จำเป็นเพื่อการเยียวยาผู้เสียหายที่ประสบเคราะห์ภัยจากสินค้าชำรุดบกพร่อง

1.2 แนวคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษ

ตามมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damage) เป็นสถาบันทางกฎหมาย (Legal Institution) ที่มีอยู่ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) กล่าวโดยเฉพาะคือ มีจุดกำเนิดในประเทศอังกฤษตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับเอาไปใช้และมีวิวัฒนาการที่โดดเด่นกว่าประเทศอื่น ๆ โดยในช่วงทศวรรษที่ 1980-1990 บริษัทขนาดใหญ่หลายบริษัทต้องล้มละลายเนื่องจากต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ชำรุดบกพร่องเพราะการผลิตการออกแบบ หรือคำเตือน เช่น คนงานในโรงงานที่ผลิตแบริน เครื่องมือแพทย์ บุหรี่ เป็นต้น

ค่าเสียหายในเชิงลงโทษมีวัตถุประสงค์ 2 ประการคือ ประการแรกเพื่อป้องปราม (to deter) ผู้ทำละเมิดไม่ให้ทำละเมิด ประการที่สองคือเพื่อลงโทษ (to punish) ผู้ทำละเมิด แต่แทนที่จะเป็นการลงโทษทางอาญาเช่นการจำคุก ก็เป็นการลงโทษโดยกำหนดให้ผู้ทำละเมิดต้องจ่ายค่าเสียหายเพิ่มเติมจากค่าเสียหายที่แท้จริง (Compensatory Damage)

แม้ว่าประเทศหลักในระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศเยอรมนีจะไม่ยอมรับสถาบันทางกฎหมายเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษ เนื่องจากมองว่าหากจะลงโทษผู้กระทำผิด ก็ควรจะลงโทษในทางอาญาและหากจะให้ผู้กระทำผิดชดเชยค่าเสียหายก็ควรจะฟ้องเป็นคดีแพ่งเรียกร้องให้ผู้กระทำผิดชดเชยผู้เสียหายโดยการชำระค่าเสียหาย ต้องแยกการลงโทษออกจากการฟ้องทางแพ่งเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย ด้วยแนวคิดดังกล่าวจึงทำให้ประเทศญี่ปุ่นซึ่งรับเอาประมวลกฎหมายแพ่งและประมวล

กฎหมายอาญามาจากประเทศเยอรมนีในรัชสมัยของจักรพรรดิเมจิซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาที่มีการปฏิรูปกฎหมายครั้งใหญ่ในประเทศญี่ปุ่น จึงได้รับอิทธิพลเกี่ยวกับแนวคิดนี้มาจากประเทศเยอรมนี ดังนั้นในกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ ค.ศ. 1994 ของประเทศญี่ปุ่น จึงรับเอาเฉพาะหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาเท่านั้น แต่ไม่รับเอาสถาบันทางกฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าว ในขณะที่ประเทศไทยนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาคณะพิเศษซึ่งยกร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยมีความยืดหยุ่นกว่าประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือมีการรับเอาหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษจากระบบกฎหมายจารีตประเพณีมาบัญญัติไว้เป็นมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวด้วย

ประเด็นปัญหาสำคัญที่สุดของค่าเสียหายในเชิงลงโทษ คือ ควรมีเพดานสูงสุดหรือไม่? คดีและคำพิพากษาสำคัญที่ก่อให้เกิดกระแสสังคมในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเรียกร้องให้มีการปฏิรูปค่าเสียหายในเชิงลงโทษเกี่ยวกับคดีความรับผิดในผลิตภัณฑ์ คือ คดีกาแฟร้อนหกหลวกลูกค้า (*Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc., No.D-202 CV-93-02419, 1995 WL360309, Bernalillo Cty., N.M. Dist. Ct., Aug.18,1994*) โดยคดีนี้มีข้อเท็จจริงโดยสังเขปว่า ผู้เสียหายอายุ 79 ปีได้นั่งรถยนต์ที่มีหลานเป็นคนขับให้ไปซื้อกาแฟร้อนขนาดกลางราคา 59 เซนต์จากร้าน McDonald ที่เป็นบริการ drive-thru หลังจากได้รับกาแฟร้อนจากห้องส่งอาหารที่พนักงานยื่นให้แล้วผู้เสียหายต้องการเติมน้ำตาลและครีมเพื่อจะดื่ม จึงใช้เข่าทั้งสองข้างหนีบถ้วยกาแฟไว้และใช้มือดึงฝาครอบถ้วยออก ทำให้กาแฟหกใส่หน้าตักเนื่องจากกาแฟร้อนมากที่ระดับอุณหภูมิประมาณ 82 ถึง 88 องศาเซลเซียส และผู้เสียหายใส่ชุดเสื้อผ้าทำจากฝ้ายที่มอมความร้อนได้ดีทำให้ได้รับบาดเจ็บจากกาแฟร้อนลวกในระดับรุนแรงร้อยละ 6 ของพื้นผิวของร่างกายและระดับไม่รุนแรงร้อยละ 16 ของพื้นผิวร่างกาย ผู้เสียหายต้องเข้ารักษาตัวที่โรงพยาบาลเพื่อทำการผ่าตัดเอาผิวหนังจากส่วนอื่นของร่างกายมาแปะแทนผิวหนังที่ได้รับบาดเจ็บในระดับรุนแรง ผู้เสียหายต้องเข้ารักษาตัวในโรงพยาบาลเป็นเวลาหนึ่งสัปดาห์ หลังจากออกจากโรงพยาบาลแล้วผู้เสียหายจึงได้ยื่นฟ้องบริษัท McDonald โดยศาลชั้นต้นในมลรัฐนิวเม็กซิโกได้พิพากษาให้ผู้เสียหายชนะคดีเนื่องจากสินค้าชำรุดบกพร่องในการเตือน คณะลูกขุนตัดสินให้บริษัท McDonald ชดเชยค่าเสียหายที่แท้จริงจำนวน 200,000 ดอลลาร์สหรัฐและคณะลูกขุนยังมีความเห็นว่าผู้เสียหายมีส่วนผิดอยู่ด้วย กล่าวคือ การใช้เข่าหนีบถ้วยกาแฟก็เป็นหนึ่งในปัจจัยที่ทำให้กาแฟหกใส่หน้าตัก จึงลดค่าเสียหายที่แท้จริงลงเหลือ 160,000 ดอลลาร์สหรัฐ ส่วนค่าเสียหายเชิงลงโทษกำหนดให้ 2.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (สัดส่วนค่าเสียหายที่แท้จริงต่อค่าเสียหายในเชิงลงโทษเท่ากับ 8:135 หรือคิดเป็น 16.875 เท่า) แต่ผู้พิพากษาลดค่าเสียหายที่แท้จริงลงจาก 200,000 ดอลลาร์สหรัฐเหลือ 60,000 ดอลลาร์สหรัฐ และหักด้วยส่วนความผิดของผู้เสียหาย กล่าวคือ ร้อยละ 20 จึงเหลือ 480,000 ดอลลาร์สหรัฐและลดค่าเสียหายในเชิงลงโทษจาก 16.875 เท่าเหลือ 3 เท่าจึงเท่ากับ 640,000 (480,000 x 3) ดอลลาร์สหรัฐ กระนั้นก็ดี ค่าเสียหายในเชิงลงโทษที่สูงถึง 640,000 ดอลลาร์สหรัฐ ทำให้เกิดกระแสสังคมที่มองว่าเป็นจำนวนที่สูงเกินไปสำหรับความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจากการถูกลวกด้วยกาแฟร้อน จึงมีเสียงเรียกร้องจากหลายภาคส่วนให้มีการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ

ในบริบทของประเทศไทย แม้ว่าจะมีการรับค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาบัญญัติเป็นมาตรา 11 ก็ตาม แต่บทบัญญัติของมาตรา 11 ก็มีหลักเกณฑ์กำกับดูแลการกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษของผู้พิพากษา 3 หลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) ความน่าตำหนิของผู้ประกอบธุรกิจต้องอยู่ในระดับรุนแรงมาก อันได้แก่

ก. ผู้ประกอบการรู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นไม่ปลอดภัย

ข. ไม่ได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือ

ค. รู้ว่าสินค้านั้นไม่ปลอดภัยภายหลังการผลิต การนำเข้า หรือการขายสินค้านั้น แต่กลับไม่ดำเนินการตามสมควรเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย

(2) ผู้พิพากษาต้องคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ ประกอบ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ การที่ผู้ประกอบการรู้ถึงความปลอดภัยของสินค้า ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการปกปิดความปลอดภัยของสินค้า การดำเนินการของผู้ประกอบการเมื่อทราบว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการ การที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

(3) ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลกำหนดให้ผู้เสียหายต้องไม่เกิน 2 เท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น

2. แนวคิดและหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษในบริบทของประเทศไทยตามมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

2.1 แนวคิดและหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษในกรณีผิดสัญญาหรือทำละเมิดในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นว่าสถาบันทางกฎหมายเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษมีอยู่ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี ได้แก่ ประเทศอังกฤษที่เป็นต้นกำเนิดของระบบกฎหมายจารีตประเพณีตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 ในคดีผิดสัญญาหรือการกระทำละเมิด หากพฤติการณ์ผิดสัญญาหรือการกระทำละเมิดของคู่สัญญาหรือผู้ทำละเมิดน่าตำหนิเป็นอย่างมาก ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษนอกเหนือค่าเสียหายที่แท้จริงให้แก่คู่สัญญาหรือผู้ถูกทำละเมิดได้

ประเด็นสำคัญที่สุดของการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษคือระดับใดจึงจะเหมาะสมกับระดับพฤติกรรมที่น่าตำหนิของจำเลยหนึ่งในคดีสำคัญที่ก่อให้เกิดกระแสสังคมจากภาคส่วนต่าง ๆ เรียกร้องให้ปฏิรูปการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษคือ คำพิพากษาศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี *BMW of North America v. Gore* (517 U.S. 559, 1996) โดยคดีนี้มีข้อเท็จจริงโดยสังเขปว่า โจทก์ได้ซื้อ

รถยนต์ใหม่ยี่ห้อ BMW จากจำเลย แต่ปรากฏว่าในภายหลังมีความจริงปรากฏว่าเป็นรถยนต์ใช้แล้ว แต่จำเลยได้พ่นสีใหม่ แล้วนำมาขายเป็นรถใหม่ให้แก่โจทก์ คณะลูกขุนในศาลชั้นต้นกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นจำนวนเงิน 4,000 ดอลลาร์สหรัฐ และกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษสูงถึง 4,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ (ค่าเสียหายที่แท้จริงต่อค่าเสียหายในเชิงลงโทษคิดเป็นสัดส่วน 1:1000 หรือค่าเสียหายในเชิงลงโทษสูงถึง 1,000 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง) ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยมติของเสียงส่วนใหญ่ 5 ต่อ 4 เสียงพิพากษาว่าการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษดังกล่าวสูงเกินสมควรจึงเป็นการฝ่าฝืนหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process) ตามบทบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ครั้งที่ 14 (Fourteen Amendment to the United States Constitution)

ทั้งคดี *Liebeck v. McDonald Restaurant* และคดี *BMW of North America v. Gove* มีส่วนสำคัญที่ทำให้สมาชิกสภาองเกรสของประเทศสหรัฐอเมริกาเสนอร่างกฎหมายคือ “Commonsense Product Liability Legal Reform Act of 1996” เข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติเพื่อตราเป็นกฎหมายออกมาบังคับใช้โดยมีสาระสำคัญ คือ การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษต้องไม่เกิน 2 เท่าของความเสียหายที่แท้จริงหรือไม่เกิน 250,000 ดอลลาร์สหรัฐ แล้วแต่ว่าจำนวนใดจะสูงกว่า แต่ร่างกฎหมายได้ถูกประธานาธิบดีบิล คลินตันใช้สิทธิของประธานาธิบดีคัดค้าน (วีโต้) และสภาผู้แทนราษฎรก็ได้ออกเสียงเห็นด้วยกับประธานาธิบดี 258 เสียงและออกเสียงไม่เห็นด้วย 163 เสียง ทำให้ร่างกฎหมายดังกล่าวตกไป

2.2 แนวคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาผู้บริโภค พ.ศ. 2551

ประเทศไทยเป็นประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะซึ่งยกร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาผู้บริโภคมองมีความยืดหยุ่นโดยการรับเอาสถาบันกฎหมายของระบบกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาบัญญัติเป็นมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาผู้บริโภค พ.ศ. 2551 แต่ก็มีหลักเกณฑ์กำกับดูแลการใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษของผู้พิพากษา 3 ประการ ดังนี้

(1) พฤติกรรมอันน่าตำหนิของผู้ประกอบธุรกิจต้องอยู่ในระดับรุนแรงมาก ได้แก่ กระทำโดยเจตนา เอาเปรียบผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรมหรือจงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภคหรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันย่อมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน

(2) ผู้พิพากษาต้องคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ ประกอบ เช่น ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบธุรกิจ การที่ผู้ประกอบธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นตลอดจนการที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย และ

(3) ผู้พิพากษามีอำนาจกำหนดได้ไม่เกิน 2 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ผู้พิพากษากำหนดมีจำนวนเงินไม่เกิน 50,000 บาท ให้ผู้พิพากษามีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกิน 5 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง

3. สรุปความสมเหตุสมผลของการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษในบริบทของประเทศไทย

ข้าพเจ้าเห็นว่าการรับสถาบันทางกฎหมายของระบบกฎหมายจารีตประเพณีมาเป็นมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มีความสมเหตุสมผลและเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ประเทศไทยได้เข้าสู่ระบบเศรษฐกิจที่มีการผลิตและการบริโภคเป็นจำนวนมาก (Mass Production, Mass Consumption) อย่างเต็มตัวมานานพอสมควรแล้ว ตัวอย่างอุตสาหกรรมที่มีการผลิตและการบริโภคจำนวนมาก ได้แก่ อุตสาหกรรมยานยนต์ อุตสาหกรรมเครื่องใช้ไฟฟ้า อุตสาหกรรมอาหารและเครื่องดื่ม เป็นต้น หากไม่มีบทบัญญัติเรื่องค่าเสียหายในการลงโทษ ผู้ประกอบธุรกิจให้อุตสาหกรรมดังกล่าวย่อมมีแนวโน้มที่จะคำนวณว่า หากสินค้าที่ตนผลิตหรือพฤติกรรมที่ตนกระทำ แม้จะก่อความเสียหายแก่ผู้บริโภคแต่หากตนได้รับประโยชน์มากกว่าก็จะกระทำการผลิตหรือมีพฤติกรรมที่ไม่สมควรดังกล่าวนั้นต่อไป เนื่องจากหากถูกฟ้องเป็นคดีความ บริษัทของตนก็จะมีค่าเสียหายเฉพาะในค่าเสียหายที่แท้จริง (Actual Damage) ที่ผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้เท่านั้น การมีบทบัญญัติค่าเสียหายในเชิงลงโทษจึงมีผลเป็นทั้งการป้องปรามและลงโทษผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมทางธุรกิจอันน่าตำหนิอย่างรุนแรงเหล่านั้นได้

ประการที่สอง การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษมีความสมเหตุสมผลเพราะกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนเป็นกรอบให้ศาลใช้ดุลยพินิจภายใต้กรอบของกฎหมายว่าผู้พิพากษาต้องพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมอันน่าตำหนิที่รุนแรงมากเท่านั้น จึงจะกำหนดให้ชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษได้และผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่ามีพฤติการณ์อะไรบ้างที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ประการที่สาม กฎหมายกำหนดเพดานสูงสุดของค่าเสียหายในเชิงลงโทษเอาไว้ไม่เกิน 2 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงหรือไม่เกิน 250,000 บาทในกรณีที่ความเสียหายที่แท้จริงไม่เกิน 50,000 บาท ค่าเสียหายในเชิงลงโทษที่มีเพดานไม่เกิน 2 เท่าของความเสียหายที่แท้จริงเป็นเป้าหมายสำคัญของร่างกฎหมาย “Commonsense Product Liability Legal Reform Act” ของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่สภาองเกรสไม่สามารถตรากฎหมายสำคัญดังกล่าวออกมาบังคับใช้ได้ แต่กฎหมายไทยมีบทบัญญัติกำหนดเพดานสูงสุดของความเสียหายในเชิงลงโทษว่าไม่เกิน 2 เท่าของความเสียหายที่แท้จริง จึงเป็นการแก้ปัญหาสำคัญที่สุดของการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้อย่างค่อนข้างสมบูรณ์ ส่วนเพดานเรื่องจำนวนเงินต้องไม่เกิน 250,000 บาท ข้าพเจ้าเห็นว่าเป็นจำนวนที่เหมาะสมหรืออาจจะน้อยไปเสียด้วยเมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนเงิน 250,000 ดอลลาร์สหรัฐ ที่ร่างกฎหมาย Commonsense Product Liability Legal Reform Act พยายามจะกำหนด เพราะเมื่อปรับเงินจำนวน 250,000 บาทด้วยปัจจัยเปลี่ยนจำนวนเงินเป็นจำนวนเงินที่แสดงอำนาจซื้อ (Purchasing Power Parity: PPP) ของธนาคารโลกแล้ว

เงินจำนวน 250,000 บาทจะเท่ากับ 22,700 เหรียญสหรัฐ ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบสัมกับสัมแล้ว เพดานสูงสุดของค่าเสียหายเชิงลงโทษตามมาตรา 42 จึงเท่ากับประมาณ 9% ของเพดานสูงสุดของ ร่างกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น

ประการสุดท้าย วัตถุประสงค์ของค่าเสียหายที่แท้จริงและค่าเสียหายในเชิงลงโทษ คือ การเยียวยา ผู้เสียหายด้วยเงินซึ่งผู้เสียหายมีความจำเป็นต้องใช้ในการดำรงชีพเพราะอาจสูญเสียความสามารถในการประกอบกิจการ เช่น Ms.Escola ในคดี *Escola v. Coca-Cola Bottling of Fresno* หรือนักศึกษา อายุ 19 ปี ที่สูญเสียการมองเห็นของตาข้างซ้าย หรือ Mr.Pherson ที่ประสบอุบัติเหตุจากรถยนต์ข่ารด บกพร่อง ผู้เสียหายไม่ได้ต้องการลงโทษผู้ประกอบการธุรกิจทางอาญา เนื่องจากการลงโทษในทางอาญานั้น เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กรณีน้ำอัดลมระเบิดเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ อาหารและยาที่มีอำนาจลงโทษทางอาญาแก่ผู้ประกอบการธุรกิจตามกฎหมายว่าด้วยอาหารได้อยู่แล้ว นอกจากนั้นแล้ว แม้ว่าจะมีกฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยของสินค้าเป็นจำนวนมาก เช่น พระราชบัญญัติ อาหาร พระราชบัญญัติยา พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พระราชบัญญัติ มาตรฐานสินค้าอุตสาหกรรม เป็นต้น แต่พระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่กล่าวมาก็ไม่สามารถป้องกันไม่ให้สินค้า ที่ไม่ปลอดภัยหลุดเข้าสู่ตลาดได้เพราะมีการผลิตเป็นจำนวนมากมายมหาศาล การควบคุมคุณภาพย่อมไม่ สามารถจะตรวจสอบสินค้าทุกชิ้นได้เพราะต้นทุนการตรวจสอบจะสูงมากเมื่อเปรียบเทียบกับความเสี่ยง (Risk) ผู้ประกอบการจึงจำเป็นต้องต้องใช้การตรวจสอบคุณภาพเชิงสถิติ ได้แก่ การสุ่มตรวจน้ำอัดลมทุก 1 ขวด ใน 600 ขวด การสุ่มตรวจไส้กรอกทุก 1 ชิ้นใน 325 ชิ้น การสุ่มตรวจชิ้นส่วนกันความร้อนในเครื่อง ปรับอากาศทุก 1 ชิ้น ใน 1,000 ชิ้น เป็นต้น จึงทำให้สินค้าชำรุดบกพร่องอาจหลุดเข้าสู่ตลาดของผู้บริโภค และก่อให้เกิดอุบัติเหตุก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของผู้บริโภคได้ กฎหมาย ความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจึงเข้ามามีบทบาทในการช่วยให้ผู้เสียหายสามารถ นำคดีไปฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบการได้ หากไม่มีกฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์ แล้ว ผู้เสียหายก็ต้องรับเคราะห์กรรมตลอดไปโดยไม่ได้รับการเยียวยา หรือ “Suffers Loss in Silence” ตามวลีของท่าน Roger Traynor ในคดี *Escola v. Coca-Cola Bottling of Fresno* นั่นเอง

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบुरายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ

- 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงานอย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
- 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 4) อีเมลของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลส่วนตัวหรืออีเมลของหน่วยงานต้นสังกัดได้
- 5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 6) บทคัดย่อ (Abstract) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 300 คำ
- 7) คำสำคัญ (Keywords) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อย่างน้อย 3 คำ

2. รูปแบบผลงาน

- 1) พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยบันทึกเป็นสกุล .doc หรือ .docx
- 2) ตั้งค่าขนาดหน้ากระดาษที่ A4 (21 x 29.4 เซนติเมตร) หน้าเดียว
- 3) กั้นหน้ากระดาษบน-ล่าง อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร) และซ้าย-ขวา อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร)
- 4) พิมพ์เนื้อหาผลงานโดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์
- 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)

3. การอ้างอิง

- 1) การอ้างอิงให้ทำเป็นเชิงบรรณ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์
- 2) ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบ ชิคาโก (Chicago Style Citation) ซึ่งตรงกับรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงบรรณของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เช่น

โสภณ รัตนกร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7th ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

- 3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่
 1. (ภาษาไทย)
<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCu>
 2. (ภาษาอังกฤษ)
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

การส่งต้นฉบับผลงาน

1. วารสารกฎหมาย เปิดรับผลงานผ่านช่องทางออนไลน์เท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานของศูนย์ดัชนีอ้างอิงวารสารไทย โดยผู้เขียนสามารถส่งผลงานผ่านเว็บไซต์ของวารสารกฎหมายในระบบ Thai Journals Online (ThaiJO) ได้ที่
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้
 - 1) โปรตเข้าไปยังเว็บไซต์ของวารสาร 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 รัตนกร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7th ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

3) For more information, please visit:

1. (Thai)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=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 is under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
2. The manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted.
3. The manuscript is original, does not contain plagiarism, and does not infringe any copyright.
4. The Editorial Board reserves the right to perform additional revision and/or formatting into the prescribed style, to convert this manuscript into an electronic form (PDF) for publication in the website of Faculty of Law, Chulalongkorn University online library, and to publish this manuscript from the date hereof onwards.
5. Decision whether to publish the manuscript solely belongs to the Editorial Board, and such decision shall be final. The Editorial Board is not responsible for any contents nor accuracy in the manuscript.

จริยธรรมการตีพิมพ์

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

ผู้เขียนจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ และมีการอ้างอิงอย่างถูกต้อง
2. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ไหนมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วัน นับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
3. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง และการเรียงลำดับผู้เขียนร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างผู้เขียนร่วมและสะท้อนสัดส่วนการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง
4. นำเสนอแต่ข้อเท็จจริง
5. ส่งผลงานตามรูปแบบที่กำหนด
6. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่ส่อไปในทางหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของบุคคลที่สาม
7. แสดงแหล่งสนับสนุนการจัดทำผลงานให้แล้วเสร็จ
8. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี)
9. แจ้งบรรณาธิการหรือสำนักพิมพ์หากพบข้อผิดพลาดในผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์แล้ว

หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

บรรณาธิการจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารกฎหมาย
2. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นมีคุณภาพ และยินดีที่จะตีพิมพ์การแก้ไขหรือคำอธิบายเพิ่มเติมหากจำเป็น
3. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ และมีมาตรการจัดการการคัดลอก (plagiarism) อย่างเข้มงวด
4. ไม่ตีพิมพ์ผลงานที่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่อื่นมาแล้ว
5. ดำเนินการในลักษณะที่เป็นธรรม เป็นกลาง ไม่ชักช้า ไม่เลือกปฏิบัติบนฐานของสถาบันที่สังกัด เพศ เชื้อชาติ รสนิยมทางเพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือเหตุอื่นใดในลักษณะคล้ายกัน
6. รับรองว่าจะไม่มีการขัดผลประโยชน์ (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.