



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 10 ฉบับที่ 2

สารอธิการบดี

การแพร่ระบาดของโรคไวรัสโควิด (COVID-19) ส่งผลกระทบต่อสังคม เศรษฐกิจ และการดำเนินชีวิตของนักศึกษาและประชาชนเป็นอย่างมาก แต่มหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอแสดงความชื่นชม คณะนิติศาสตร์ ที่ได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ที่นำเสนอบทความทางวิชาการที่มีคุณค่าของนักวิชาการหลายๆ ท่าน ที่เป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านในการต่อยอดองค์ความรู้ และยังคงรักษาคุณภาพและมาตรฐานวารสารให้อยู่ในเกณฑ์ TCI กลุ่ม 2 ได้อย่างต่อเนื่อง



ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพ รวมทั้งبارมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้งคณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีสุขภาพกายสมบูรณ์แข็งแรงและจิตใจที่เข้มแข็ง ปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวง มีความสุข ประสงค์สิ่งใด ขอให้ได้สมหวังตามที่ตั้งใจทุกประการ

A handwritten signature in black ink.

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์สีบพงษ์ ปราบใหญ่)

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคนบตีคณะนิติศาสตร์

ด้วยขณะนี้ประเทศไทยของเรากำลังประสบปัญหาภัยกับโรคโควิด-19 ซึ่งมีการแพร่ระบาดอย่างต่อเนื่อง ทำให้ต้องมีการปรับตัวเพื่อต้อนรับ ปรับสู่วิถีแบบฐานวิถีชีวิตใหม่ (New Normal) แต่อย่างไรก็ตาม การระบาดของโรคก็ไม่ได้เป็นอุปสรรคในการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ แต่อย่างใด โดยคณะนิติศาสตร์ได้มีการจัดทำวารสารขึ้นอย่างต่อเนื่องเป็นประจำทุกปี เพื่อเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ผลงานวิชาการ วิจัย สาขานิติศาสตร์ อันเป็นประโยชน์แก่นักกฎหมาย นักวิชาการ และผู้สนใจทั่วไป ที่จะนำมาค้นคว้าอ้างอิง อันจะนำมาซึ่งการพัฒนาความรู้ด้านสาขานิติศาสตร์ต่อไป



ในโอกาสวันคล้ายวันสถาปนามหาวิทยาลัยรามคำแหง ครบรอบ 50 ปี ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัย และสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้ คณาจารย์ นักศึกษาทุกท่าน ตลอดจนคณะผู้จัดทำวารสารทุกท่าน จงมีแต่ความสุข ประสบแต่สิ่งดีงาม สิ่งที่เป็นมงคล มีสุขภาพพลานามัยแข็งแรงสมบูรณ์ ปราศจากโรคภัยไข้เจ็บและภัยอันตรายทั้งปวง นึกถึงสิ่งใด ขอให้สมความปรารถนา และที่สำคัญร่วมกันทำประโยชน์ให้กับมหาวิทยาลัยและประเทศชาติต่อไป

S. Phoon

(รองศาสตราจารย์ฐาณู ศรีฤทธิ์วัฒนา)
คนบตีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมาย เพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้ง เปิดรับบทความรับเชิญเกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือ นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษเพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่าน อย่างไรก็ตาม กองบรรณาธิการยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความ ซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

1. เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการ งานวิจัยของบุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ในสาขานิติศาสตร์
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้นักศึกษา บุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ได้นำผลงานทางวิชาการ งานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความทางวิชาการ
3. เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร การพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมายระหว่าง มหาวิทยาลัยกับหน่วยงานของรัฐ และเอกชน
4. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า การอ้างอิง ตลอดจนแนวทางการพัฒนาของกฎหมาย

บทบรรณาธิการ

มหาวิทยาลัยรามคำแหงได้ถือเอาวันที่ 26 พฤศจิกายน เป็นวันคล้ายวันสถาปนามหาวิทยาลัย นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2514 โดยมีจุดมุ่งหมายให้เป็นสถาบันการศึกษาแบบ “ตลาดวิชา” ผลิตบัณฑิต ให้มีความรู้คู่คุณธรรม เนื่องในโอกาสวันคล้ายวันสถาปนามหาวิทยาลัยรามคำแหงครบรอบ 50 ปี กองบรรณาธิการขอเป็นส่วนหนึ่งในการสืบสานปณิธานของมหาวิทยาลัยด้วยการส่งเสริมบริการ ทางวิชาการในรูปแบบบทความเผยแพร่สู่สายตาท่านผู้อ่านทุกท่าน

ดิฉันในนามกองบรรณาธิการ ขอขอบพระคุณผู้เขียนบทความที่ได้สละเวลาอันมีค่าในการ ถ่ายทอดความรู้และมุมมองทางกฎหมายยังประโยชน์แก่นักศึกษาและประชาชนผู้สนใจทั่วไปและ ขอขอบพระคุณกองบรรณาธิการทุกท่านที่ร่วมมือกันจนทำให้วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 10 ฉบับที่ 2 สามารถจัดพิมพ์ออกสู่สายตาผู้อ่านจนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณ
บรรณาธิการ

สารบัญ

หน้า

บทความวิชาการ

An Introduction to the Interrelation of Canada’s Impact-Benefit Agreement (“IBA”) and Thailand’s Environmental Impact Assessment (“EIA”) 1

Chiwat Muangkeaw

หลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส 33
ณฐ สันตาสว่าง

บทความวิจัย

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน 59
ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ปวริศร เลิศธรรมเทวี

ฐานอันชอบด้วยกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล 101
ปรีดา โชติमानนท์

การพัฒนากฎหมายโดรนขนส่งทางอากาศของประเทศไทย: ศึกษากรณี 131
การขนส่งทางอากาศภายในประเทศ

พรพล เทศทอง และคณะ

ศึกษารูปแบบบริษัทและภาษีเงินได้ของประเทศมาเลเซียสำหรับนักลงทุนต่างชาติ 173
ยุทธนา ศรีสวัสดิ์

การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุก: วัตถุประสงค์ 191
และข้อสังเกตบางประการ

วิวรรณ ดำรงกุลนันท์

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน 217
ปภาศรี บัวสวรรค์ และคณะ

บทความรับเชิญ

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: ภาระการพิสูจน์ของโจทก์กับบทบัญญัติที่สันนิษฐานว่า 239
เป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1

นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์

พนเลิศ เอกบรมศิริ

An Introduction to the Interrelation of
Canada's Impact-Benefit Agreement
("IBA") and Thailand's Environmental
Impact Assessment ("EIA")

Chaiwat Muangkeaw

An Introduction to the Interrelation of Canada's Impact-Benefit Agreement ("IBA") and Thailand's Environmental Impact Assessment ("EIA")

Chaiwat Muangkeaw^{*}

Abstract

The concept which natural resources deter country development, mainly on economic, is known as the "curse" of natural resources. This paper scrutinises the community participation process to diminish the resource curse's impact through IBA in Canada and EIA in Thailand. Both regimes apply community participation in resource development, but they are different in detail. As a private contractual arrangement, the study shows that IBA aims to ensure that economic consequences will create less adverse effects on local communities, potentially from natural resource exploitations. The process imposed the Crown (State) to consult and accommodate to facilitate the project development and protect local communities' rights.

In comparison, EIA is utilised as a precautionary measure to mitigate adverse effects in the project development area. Community participation in EIA occurs through public hearings, which has a controversial issue on project quality. Although, Thailand and Canada are using the public ownership regime, the framework of IBA could not be found in the Thailand's legal system.¹ According to the Thailand's administrative laws, the concession and license for resource development would

^{*} Provincial Chief Public Prosecutor, Department of Civil Dispute Settlement and Arbitration, Office of the Attorney General; LL.B. Thammasat University; LL.M. in Criminal law, Thammasat University; LL.M. (second class honors) in Oil and Gas Law, University of Aberdeen, UK (Thai Government Scholarship); LL.M. in Energy Law, University of Aberdeen, UK (Chevening Scholarship). E-mail: c.muangkeaw@gmail.com

¹ For instance, the Constitution of Thailand 2560 B.E., Enhancement and Conservation of the National Environmental Quality Act 2535 B.E., Petroleum Act 2514 B.E.

Received 21 February 2021, Revised 27 September 2021, Accepted 29 September 2021.

commence only by the permit or commitment of the government in the form of a state contract. Lastly, the Canada's experience could be applied to diminish the drawback of EIA in Thailand.

Keywords: impact-benefit agreement, environmental impact assessment, natural resources

1. Introduction

Resource-rich countries should supply a substantial funding source to promote the country's advancements and its citizens' well-being.² Paradoxically, such countries struggle with inequity, poverty, and a slow economic growth rate, commonly referred to as the resource curse.³ Many refer to the Dutch disease, an economy where original exports are tradable goods, but then shift to the export of booming sector, which leads to a genuine exchange rate appreciation and the extinction of the authentic tradable goods exporting industry. Others refer to the Nigerian disease where the revenue from natural resources leads to poor governance and conflicts, resulting in a decline in economic progress.⁴ As a developing country, Thailand also struggles with the embezzlement of natural resource revenue by state officials' corruption. Failure to appropriately distribute them to promote sustainable and economic growth contributes to the curse.⁵

It is recognised that public participation in resource management is an important mechanism to ensure environmentally sustainable development⁶ and mitigate the curse. As one innovative response to the aforesaid paradoxical situation, IBA in Canada has been designed to provide a fair distribution of profits

²Philip Daniel, Michael Keen, and Charles McPherson, **The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice** (New York: Routledge, 2010), p. 13.

³Michael L. Ross, **The oil curse: How petroleum wealth shapes the development of nations** (New Jersey: Princeton University Press 2012), pp. 32-33.

⁴Mustapha, Ishaq Muhammad and Mansur Masih, **Dutch disease or Nigerian disease: a prima facie? New evidence from ARDL bound test analysis** [Online], available URL: https://mpira.ub.uni-muenchen.de/69767/1/MPRA_paper_69767.pdf, 2021 (July, 22).

⁵Global Witness, **Time for Transparency: Coming Clean on Oil, Mining and Gas** [Online], available URL: www.globalwitness.org/sites/default/files/pdfs/oil_061.04.04.pdf, 2016 (October, 2).

⁶Patricia E. Salkin, **Understanding Community Benefit Agreements: Opportunities and Traps for Developers, Municipalities and Community Organizations** [Online], available URL: <https://community-wealth.org/sites/clone.community-wealth.org/files/downloads/article-salkin.pdf>, 2021 (July, 23).

and benefits generated from exploiting natural resources to the people who are the actual owner of natural resources.⁷ Though the Constitution of Thailand 2560 B.E. recognised the community right to reserve and utilise natural resources⁸, the IBA regime does not exist in Thailand, where EIA is applied before the project commenced.⁹ Introducing a legal mechanism to increase community participation in natural resource development, the interrelation of IBA and EIA could be considered whether IBA synchronises with Thailand legal context to diminish the drawback of the current EIA regime.

The study has chosen IBA in Canada because the country has applied a public ownership regime which is the same legal basis in Thailand. At the same time, IBA in the US is based on a Private ownership idea that is contradictory to Thailand.¹⁰ In the next section, this paper will address (2) Resource curse phenomenon in a nutshell, (3) indigenous right, basis and nature of IBA. Next, (4) IBA framework, (5) The potential and prospect of IBA. Lastly, (6) Thailand's regime.

2. Resource curse phenomenon in the nutshell

Minerals, oil and gas are a source of wealth in resource-rich countries. The domestic utilisation of the resources could incentivise economic development and contribute to a higher standard of social condition from energy production¹¹ Alternatively, the export and extraction of such resources could generate significant

⁷Ken J. Cainel and Naomi Krogman, "Powerful or Just Plain Power Full? A Power Analysis of Impact and Benefit Agreements in Canada's North," **Organization & Environment Journal** 23, 1 (2010): 80-81.

⁸Constitution of Thailand B.E. 2560, Section 43, 57, 57 and 58.

⁹Enhancement and Conservation of National Environmental Quality Act B.E. 2535, Section 46.

¹⁰Gary D. Libecap, **The Consequences Of Land Ownership** [Online], available URL: <https://www.hoover.org/research/consequences-land-ownership>, 2021 (August, 5).

¹¹Phillip Daniel, op.cit.

revenue that, if managed effectively, could accelerate the development of such nations. Unfortunately, many resource-rich countries are not receiving interest from this wealth but experiencing unstable living conditions and high poverty rates.¹² This phenomenon commonly refers to the paradox of plenty or a resource curse.¹³ This phenomenon described a situation where natural resource wealth leads to repressive conditions, further corruption, conflict, and poverty instead of facilitating country development.¹⁴

The curse affects the economy, widely known as the Dutch disease. The term showed an apparent causal relationship between a decline in other sectors (e.g. the agriculture and manufacturing sector) and the increasing economic development of a specific industry (for example, natural resources exportation).¹⁵

Although the possibility of Dutch disease in Thailand is low because it is a petroleum-consuming country,¹⁶ the issue of the weak institution and mismanagement of revenue from natural resource exploitation needs to be reconsidered. Since the other type of curse that affects institutions is referred to as Nigerian disease, income from natural resources leads to more flawed governance and conflicts.¹⁷ It gives rise to governments that are less accountable to the people, has little incentive for institution-building, and fail to implement growth-enhancing reforms.¹⁸ Higher corruption, more rent-seeking activity, more significant civil conflict, and

¹²Global Witness, op.cit., p. 4.

¹³Michael L. Ross, op.cit., p. 33.

¹⁴Ibid.

¹⁵Peter Kaznacheev, "Curse or Blessing: How Institutions Determine Success in Resource- Rich Economies," **Policy and Analysis Journal** 808, 1 (2017): 3.

¹⁶Energy Policy and Planning Office, **THAILAND Energy and Natural Resources** [Online], available URL: www.eppo.go.th/images/policy/PDF/docs/Thailand_Energy_Brief.pdf, 2021 (February, 17).

¹⁷Kablan, and others, **Is Chad affected by Dutch or Nigerian disease?** [Online], available URL: https://mpra.ub.uni-muenchen.de/39799/1/MPRA_paper_39799.pdf, 2021 (July, 23).

¹⁸Mohammad Amin, **Dutch Disease vs. Nigerian Disease** [Online], available URL: <https://blogs.worldbank.org/psd/dutch-disease-vs-nigerian-disease>, 2021 (July, 23).

erosion of social capital are some of the outcomes associated with the Nigerian disease.¹⁹

In addition, the curse is also relevant to the ownership²⁰ of natural resources. Theoretically, most international legal systems vest the title of a natural resource to the government²¹ or the Crown.²² The private ownership regime in the United States, in contrast, grants the landowner a right to decide how to exploit the sub-soiled resources.²³ Nowadays, the state's exploitation of natural resources could be undertaken via state-owned enterprises or authorised private companies.²⁴ Public ownership of the state's natural resources should imply that these resources are a public asset and, consequently, are managed and conserved for its citizens' well-being.²⁵ The revenue generated from the natural resource sector could substantially support the nation's economic growth as a whole.²⁶ However, the exploration and exploitation of natural resources could cause substantial negative impacts on a local community in many aspects, such as environmental, cultural, and social aspects.²⁷ It could be claimed that, from weak institutional development, the

¹⁹Ibid.

²⁰Arpita Asha Khanna, "Revisiting the Oil Curse: Does Ownership Matter?," **World Development** 99, 214 (2017): 214.

²¹Petroleum, Act B.E. 2514, Section 23.

²²Patrick Wieland, "Going beyond panaceas: Escaping mining conflict in resource-rich countries through middle-ground policies." **New York University Environmental Law Journal** 20 (2013): 204-209.

²³Ibid.

²⁴Ibid., p. 209.

²⁵Ibid.

²⁶Phillip Daniel, op.cit.

²⁷Irene Sosa, and Karyn Keenan, **impact benefit agreements between aboriginal communities and mining companies: their use in canada** [Online], available URL: <http://metisportals.ca/MetisRights/wp/wp-admin/images/Impact%20Benefit%20Agreements%20-%20Mining.pdf>, 2016 (October, 14).

adverse outcomes could lead to economic inequities, public tension and disrupt society's life, reinforcing the resource curse.²⁸

Legal mechanisms should be designed to increase community participation to avoid the revenue from resources selling maintained in the hands of a few that leads to poorer governance and conflicts.²⁹ Fair distribution of resource wealth plays a vital role to mitigate the effect of the curse.³⁰ There are defining and evaluating the unavoidable impacts of resource exploitation and off setting them by benefiting those whose lives will be affected in all the exploitation process stages.³¹ While, at the same time, providing access and opportunity to benefits of economic development,³² such mechanism so-called IBA.

3. Indigenous right, basis and nature of IBA

This section will reflect the historical backdrop of indigenous peoples who typically apply IBA and the concise nature of IBA to provide precise knowledge of the procedure. The area begins with historical background for indigenous rights before delving into the basis and essence of IBA. This section also highlights the process's drawbacks while providing a brief comparison between IBA and Thai legislation.

²⁸ Oxfam International, **Lifting the Resources Curse** [Online], available URL: <https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/bp134-lifting-the-resource-curse-011209.pdf>, 2016 (October, 14).

²⁹ Arakan Oil Watch, **Burma Resource Curse: The case for revenue transparency in the oil and gas sector** [Online], available URL: <http://www.burmacampaign.org.uk/image/uploads/Burmas-Resource-Curse.pdf>, 2016 (February, 11).

³⁰ Patricia E. Salkin, op.cit., p. 2.

³¹ Ibid., p. 1.

³² Ibid.

3.1 Context of indigenous right

In Canada, indigenous (Aboriginal) rights are collective rights that flow from Aboriginal peoples continued use and occupation of specific areas.³³ Aboriginal peoples have inherent rights as the first nation has practised and enjoyed before European contact and colonisation.³⁴

During settlement and colonisation, treaties were negotiated between the Crown and local Aboriginal populations, guided by the Royal Proclamation of 1763.³⁵ The Proclamation was a British Crown document that acknowledged British settlers would have to address existing Aboriginal rights and title to further settlement³⁶

Because each First Nation has historically functioned as a distinct society, no one official overarching Indigenous definition of these rights.³⁷ Although these specific rights may vary between Aboriginal groups, they generally include rights to the land, subsistence resources and activities, self-determination and self-government, and the right to practice one's own culture and customs, including language and religion.³⁸ Aboriginal rights have not been granted from external sources. Still, they result from Aboriginal peoples' occupation of their home territories, on going social structures, political and legal systems.³⁹ It could be referred that Aboriginal rights are separated from rights afforded to non-Aboriginal Canadian citizens under Canadian common law.

³³ John Borrows, "Tracking Trajectories: Aboriginal Governance as an Aboriginal Right," *UBC Law Review* 38, 285 (2005): 290.

³⁴ Ibid., p. 288.

³⁵ The Canadian Encyclopaedia, *The Royal Proclamation of 1763* [Online], available URL: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/royal-proclamation-of-1763>, 2021 (July, 25).

³⁶ Ibid.

³⁷ First Nation and Indigenous Study, *Aboriginal Rights* [Online], available URL: https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/aboriginal_rights/?fbclid=IwAR2ZO_vFgkzhK_LO1osloxpUXlwrqJz_ffY0aLlaolrgk22ru56duONML6k, 2021 (July, 25).

³⁸ John Borrows, op.cit., p. 306.

³⁹ Ibid., pp. 308-309.

3.2 Basis and nature of IBA

With the unique background of indigenous rights, IBA, as a legal remedy to the curse, is a private contractual arrangement that the local government and investors generally sign based on voluntary negotiation.⁴⁰ The core idea of IBAs is that it is unacceptable to develop such resources in the mean by which the benefits will be sent elsewhere while applying costs on those whose land is affected.⁴¹ Negotiation of binding arrangements between indigenous communities or regional governments and companies⁴² could enable local communities to mitigate and confront the project's adverse cultural, environmental, and social impacts.⁴³ Not only securing the community's benefit, but a bilateral arrangement signed by investors would also assert the community relative political independence from the state.⁴⁴ The regime allows government to maintain competitiveness and economic development while ensuring more socially and ecologically sustainable energy and mining sectors.⁴⁵ Because of the disengagement and moving to the state's private framework by enforcing private contract law ensuring the IBA's implementation.⁴⁶

Natural resources development could also generate substantial economic benefits to the community in many forms, including revenue from royalties, training and employment opportunities, capacities building and preferential treatment between investors and local communities.⁴⁷ In return, the benefited

⁴⁰ Cathleen Knotsch, and Jacek Warda, **Impact Benefit Agreements: A Tool for Healthy Inuit Communities?** (National Aboriginal Health Organization 2009), p. 12.

⁴¹ Ibid., p. 80.

⁴² Courtney Fidler, and Michael Hitch, "Impact and Benefit Agreements: A Contentious Issue for Environmental and Aboriginal Justice," **Environments Journal** 35, 49 (2007): 57.

⁴³ Guillaume Peterson St-Laurent and Philippe Le Billon, "Staking claims and shaking hands: Impact and benefit agreements as a technology of government in the mining sector," **ELSEVIER** 2, 590 (2015): 594.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid., p. 591.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid., p. 594.

communities would have a better perception of the project development.⁴⁸ It could be referred that IBA provides the parties with a social license to carry on the project with certainty. A risk associated with the delay caused by a political disruption should be minimised as a critical aspect.⁴⁹

Nevertheless, the IBA governed under the common law system regarding a contract generally contains regulatory and contractual instruments either a precondition for issuing authority license or voluntary.⁵⁰ The Canada Constitution Act 1982 Section 92A allows a local authority to fully exploit or grant a natural resources exploitation license in such provinces; the local government itself is consigned as a remarkable external role in IBA negotiation.⁵¹ The private characteristic of IBA constitutes the regime subject to the provisions of confidentiality.⁵² It could be reasonably claimed that the expected outcomes of IBA may not efficiently benefit locals depend on the capacity of each indigenous community due to IBA generally is negotiated outside state oversight according to its secrecy nature.

Considering IBA from Thailand's perspective, the legal basis of the agreements between investors and the community, as in IBA, could not be found in the Thailand's legal system. Since the country applies public ownership model, the absolute right to allow the private sector and international investors to explore and exploit natural resources belongs to the state⁵³, the cabinet as the supreme representative of the executive authority.⁵⁴ An Administrative contract regime governs

⁴⁸ Adam J. Wright, "Impact and Benefit Agreements: The Role of Negotiated Agreements in the Creation of Collaborative Planning in Resource Development," (Master Major Research Paper, The University of Guelph, 2013), p. 22.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Cathleen Knotsch, and Jacek Warda, op.cit., p. 12.

⁵¹ Ibironke T Odumosu-Ayanu, "Governments, Investors and Local Communities: Analysis of A Multi-Actor Investment Contract Framework," *MelbJlnt Law* 15, 1 (2015): 17.

⁵² Ibid.

⁵³ Petroleum Act B.E. 2514, Section 23.

⁵⁴ Petroleum Act B.E. 2514, Section 22 and the Announcement of the Revolutionary Council No. 58, B.E. 2515.

the contractual arrangement between state and investor⁵⁵, granting administrative privileges to the state over the investor as a means to protect the public interest.⁵⁶ In such circumstances, it is unlikely that a community as a group of individuals could apply administrative contract and granting concession or license to an investor in the absentia of state. Though the Constitution certified the rights and duties of the community to maintain and utilise natural resources⁵⁷, the definition of "community" and its rights in natural resource exploitation are required to be discussed later in Section 6: Thailand's regime.

4. IBA framework: Duty to Consult and Accommodate ("DCA")

It is recognised that public participation in resource management is an important mechanism to ensure environmentally sustainable development. On the one hand, DCA has rooted in Article 35 of the Canada Constitution 1982, which imposes the Crown's responsibility to consult with local communities when individuals' rights might be affected by state contemplates action and provide accommodation in case of judge required.⁵⁸ A private negotiation arrangement could merely serve as administrative supplementary to state official consultation.⁵⁹ Such negotiations could not replace the Crown representatives in the accommodation and consultation system, which play a substantial role in the stakeholder's

⁵⁵สำนักงานศาลปกครอง, คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง [Online], available URL: http://law.tsu.ac.th/UserFiles/1570687161_%E0%B8%AA%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%8D%E0%B8%B2%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9B%E0%B8%81%E0%B8%84%E0%B8%A3%E0%B8%AD%E0%B8%87.pdf, 2564 (สิงหาคม, 2).

⁵⁶อนันต์ คงเครือพันธ์, แง่คดีในการพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ [Online], available URL: https://www.admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_270217_144631.pdf, 2564 (สิงหาคม, 2).

⁵⁷Construction of Thailand B.E. 2560, Section 43, 57, 57 and 58.

⁵⁸Guillaume Peterson St-Laurent, and Philippe Le Billon, op.cit., p. 595.

⁵⁹Adam J. Wright, op.cit., p. 25.

identification, picturing potential consequences and mitigation plans⁶⁰ Chief Justice McLachlin provides the sliding scale rule, which means that the more significant claims and severe impact would need more in-depth consultation and possibly accommodation.

In comparison, the weaker and fewer impacts may require lower care of consultation.⁶¹ A private company has practically replaced the Crown in consult and accommodation because the Crown considers that the private industry requires a social license.⁶² It could be referred that the proponents have been imposed the duty to complete all heavy burdens in consultation and accommodation processes.⁶³

Supposing the Crown fails to fulfil the duty of consult and accommodate on, leading to litigation. In that case, the proponent has to bear the risk of project delaying if the court decides to favour an indigenous community.⁶⁴ In such a case, the proponents must meet the court's traditional benchmark, reflecting all reasonable consultation efforts with all possibilities affecting indigenous communities.⁶⁵

On the other hand, DCA does not exist in the Petroleum Act of Thailand. The well-matched remains in Section 58 of Thai Constitution 2560 B.E. and Section 46 of Enhancement and Conservation of National Environmental Quality Act, 2535 B.E. imposed duty for the state to conduct EIA before commencing the development which might severely affect the natural resources, environmental quality, health and sanitation. The exact section also provided that a person and a community shall have the right to receive information, explanation, and reasons from a State agency before implementing or granting permission. Nevertheless, the

⁶⁰ Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) 2004.

⁶¹ Jeffrey Thomson, "The Duty to Consult and Environmental Assessments: A Study of Mining Cases from across Canada," (Master Thesis the University of Waterloo 2015), p. 20.

⁶² Adam J. Wright, n50, p. 26.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid., pp. 26-27.

⁶⁵ Ginger Gimbson and Ciaran O'Faircheallaigh, "IBA community toolkit" (2015) The Gordon Foundation, p. 30.

right to participate and receive information in the process is not entirely operated in practice.⁶⁶ The local community rarely understands the complex technical term of the project development, for instance, in petroleum and energy industries, which might affect their environment and health little by little for the long duration of project life.⁶⁷

It could be concluded that EIA in Thailand is a preventive mechanism to minimise the impact on people, community, environment, and biodiversity and shall undertake to remedy the grievance or damage for the affected people or community in a fair manner.⁶⁸ If evidence shows EIA failed after concession commenced, the court could unlikely intervene, which affects the concession⁶⁹ as occurring in Canada.

5. Potential and prospects of IBA

5.1 The confidentiality

Apart from its benefits on imposing the DCA to accomplish reconciliation and establish positive relationships with indigenous people, transparency in IBA has been limited by its secrecy clauses. Despite seemingly protecting sensitive monetary information, these clauses restrict different communities' ability to share data and learn from others' experiences.⁷⁰ This limitation also leads to more complications to evaluate IBA and their results for local communities.⁷¹ Also, the local government's structure and lacking of transparency could be challenged on unfair distribution

⁶⁶เครือข่ายธรรมาภิบาลสิ่งแวดล้อมไทย, **คู่มือการมีส่วนร่วมของประชาชนในการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม** [Online], available URL: <http://www.tei.or.th/tai/2014-Book-EIA.pdf>, 2564 (กรกฎาคม, 30).

⁶⁷มาริสา เกิดอยู่, “วิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของประชาชนสำหรับโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม: ศึกษากรณีโครงการสำรวจพัฒนาและผลิตปิโตรเลียม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558), หน้า 7.

⁶⁸Constitution of Thailand B.E. 2560, Section 58.

⁶⁹Petroleum Act B.E. 2514, Section 51.

⁷⁰Courtney Fidler, and Michael Hitch, op.cit., p. 58.

⁷¹Ibid.

issues. Not only the mentioned issue but the benefits generated from IBA might also possibly be dispensed unequally throughout the community, which the benefits usually remain in the hand of local elites as a result.⁷² In other words, instead of combating the curse, IBA might accidentally contribute to the curse.

Ross suggested that instead of transferring wealth to local government, the Alaskan model,⁷³ as an alternative regime, reallocates such revenue directly to local through cash payment.⁷⁴ The regime's benefits allow local people, who stayed more connected to the resources than the central government, to choose the best possible way to spend the windfall economic rents prudently.⁷⁵ It could serve as an opportunity to tackle rent-seeking behaviour and corrupt practices.⁷⁶ Not only it could supply more fair rent distribution, but it is also used to complement public objectives.⁷⁷ Nevertheless, the model's drawback could be seen from the complexity of the operation due to the population database's magnitude and the fact that the regime would not work correctly in the area lacking a well-developed monetary framework.⁷⁸

5.2 The Job Benefits

One common element of IBA in terms of economic benefits to the local community is clauses concerning training and employment opportunities,

⁷²Fraser Institute, **What are Impact and Benefit Agreements (IBAs)** [Online], available URL: [http://www.miningfacts.org/Communities/What-are-Impact-and-Benefit-Agreements-\(IBAs\)/](http://www.miningfacts.org/Communities/What-are-Impact-and-Benefit-Agreements-(IBAs)/), 2016 (October, 13).

⁷³Alaskan Permanent Fund was created in 1976 via amended constitution difference from IBAs which base on private contractual arrangement please see Patrick Wieland, op.cit., p. 272.

⁷⁴Macartan Humphreys, and others, **Escaping the Resource Curse** (Columbia University Press 2007), p. 242.

⁷⁵Ibid., p. 243.

⁷⁶Ibid.

⁷⁷Ibid.

⁷⁸Ibid., p. 244.

capacities building⁷⁹ that could also be seen in the “local content” provided in the upstream contract between government and investor, such as PSCs Indonesia.⁸⁰ The main idea of local content is that oil and gas activities (and other developments) provide economic rent and encourage development and economic growth if they effectively comply with the national economy.⁸¹ It could be reasonably claimed that IBA could be utilised with local content provisions and focus on the local community directly affected by natural resource exploitation. They also give indigenous people more “right to say” regarding their ancestor land and natural resources.

The hindrances of employment goals might arise because the local community could not provide adequate training⁸² and high-quality oil and gas or mining industry standards.⁸³ Moreover, it seems unlikely that the locals could hold a sophisticated job due to its enclave nature but only low-wage positions.⁸⁴ The mentioned issue may lead to whether or not IBA and local content are beneficial to the local community in this regard. Thus, sufficient consultation is required to reflect the actual capacity of the indigenous community.⁸⁵ Responding to its limitation, the external expert should work alongside community base expertise to collect and analyse the community stability before negotiation.⁸⁶ In case of the capacity building required, hiring an external expert for the training program from the outset

⁷⁹ Guillaume Peterson St-Laurent and Philippe Le Billon, *op.cit.*, p. 594.

⁸⁰ Hildegunn Kyvik Nordas, “The Upstream Petroleum Industry and Local Industrial Development: A Comparative Study,” (2003) Institute for Research In Economics and Business Administration, SNF-Project No.4245, p. 28.

⁸¹ Marie-Claire Aoun and Carole Mathieu, ‘Local Content Strategies in Oil and Gas Sector’ (2015) IFRI Center for Energy Research Paper, 5.

⁸² Hildegunn Kyvik Nordas, *op.cit.*, p. 28.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Paul Stevens, and others, “The Resource Cures Revisited,” *The Royal Institute of International Affairs, The Chatham House research* (2015): 32. And Macartan Humphreys, and others, *op.cit.*, p. 241.

⁸⁵ Courtney Fidler, and Michael Hitch, *op.cit.*, p. 62.

⁸⁶ Ginger Ginson, and Ciaran O’Faircheallaigh, *op.cit.*, p. 79.

of IBA might cost a little more but benefit the locals in the long run.⁸⁷ All of which is to avoid a negative impact on the community, the project and the potential of severe issues resulting from unrealistic commitment in IBA.⁸⁸

6. Thailand's regime

The section delivers an in-depth comparison between two regimes to suggest improving Thailand's current approach. It begins with the scope and background of the community and its right then shift to community participation in resource management to point out the similarities and differences between the two approaches.

6.1 The definition of community and its right

The term community was used as overlapping meaning with the word house or village, the primary administrative unit in Thai society.⁸⁹ In 1962, the term was officially adopted from a change in government agencies that have fragmented local administration and established the Department of Community Development under the Ministry of Interior. The Community Organization Council Act 2551 B.E. (2008) defines “community” as a group of people who unite with shared interests and objectives to assist or support each other, undertake joint legal and moral activities, or carry out other activities for the mutual benefit of the members. The community also continually and has a management system and intentions on behalf of the group. While the Royal Decree Establishing the Institute for the Development of Community Organizations (Public Organization) 2543 B.E. (2000) defines “community” as a group of people whose lifestyles are connected

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Courtney Fidler, and Michael Hitch, op.cit., p. 62.

⁸⁹ คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, “ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560,” ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา, คณະนิตศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560 (กันยายน 8), หน้า 52.

and have regular and continuous communication due to their location, sharing or having the same occupation, engaging in common objectives, or having a common culture, belief, or interest. According to the mentioned regulations, it could be referred that the community means that a group of people has common objectives, communication, compassion, collective learning to act and manage to achieve common goals, but not limited to geographical areas.

The indigenous community has a unique character as a first nation since colonisation.⁹⁰ The characteristics could not be found in Thailand because the country was never colonised.⁹¹ In such regard, the minority (hill tribes) in Thailand neither have the aspects of cultural inheritance nor experience of colonisation.⁹² The protection of the “rights of traditional indigenous communities” are more intense than that of the “rights of minorities” because the traditional indigenous communities have unique nature having an element of being owner of the land and living on the land long before the majority of people who came later for occupying the territories.⁹³ In contrast, minorities are protected from discrimination by the majority. The rights that the minorities need are the same as those of the majority.

Section 58 of the Thai Constitution 2560 B.E. certified public participation and community right without discrimination. As a precaution mechanism, Thailand has initially imposed EIA to provide adequate environmental planning, manage, and facilitate economic development. The law ruled that in the case that any activities to be commenced by the state or by the permission of the state may cause potential harm to environmental quality, natural resources, health, quality of life or other significant interest of people or community, the state should undertake the evaluation of the impact on environmental and community coupled with give the right to access information and participation to all stakeholders.⁹⁴

⁹⁰ Please see Section 2.1.

⁹¹ สุจิตต์ วงษ์เทศ, ประวัติศาสตร์ไทยได้จากพงศาวดารแบบอาณานิคม [Online], available URL: https://www.matichon.co.th/columnists/news_540060,2564 (สิงหาคม, 4).

⁹² คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, เรื่องเดิม, หน้า 37.

⁹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30-31.

⁹⁴ Enhancement and Conservation of National Environmental Quality Act B.E. 2535, Section 46.

As the majority of the world, ownership of natural resources in Thailand belongs to the state. The government has to maintain and distribute for the well-being of the Thai people⁹⁵ Opposing to Canada⁹⁶, the Constitution of Thailand is unlikely to allow the local community or authority fully to exploit the natural resources in such provinces without permission from the government.⁹⁷ In other words, the exploration and exploitation of natural resources in the jurisdiction should be commenced only the government permission or giving a license. In the state position, a legal entity that laws allow to establish legally binding with the investor for the exploration and exploitation of natural resources in Thailand is State Organisations.⁹⁸ It means that the community is not included in this sense.

Thus, the Thai legal regime is unlikely to provide the legal basis for IBA as a private contractual arrangement. The exploration and exploitation of natural resources in Thailand could commence only through the channel of administrative contract, for instance, concession and licence between state and investor.⁹⁹ The community is not a state's legal entity or juristic person who is legalised to establish an administrative contract in such circumstances.

6.2 Community participation in resource management

Experience of energy-exporting nations shows that, by no means, cursed by their resource wealth.¹⁰⁰ Thailand is the 32nd largest oil-producing country globally and the 4th largest in ASEAN, behind Malaysia, Vietnam, and Indonesia.¹⁰¹

⁹⁵ Constitution of Thailand B.E. 2560, Section 57 (2).

⁹⁶ Constitution of Canada 1987, Section 91, 92A .

⁹⁷ Constitution of Thailand B.E. 2560, Section 57 (2), 58.

⁹⁸ Public Private Partnership Act B.E. 2562, Section 4 of, Public Procurement Act B.E. 2560, Section 4 and Petroleum Act B.E. 2514, Section 22, 22/1, 23.

⁹⁹ สำนักงานศาลปกครอง, เรื่องเดิม, หน้า 6-7.

¹⁰⁰ Peter Kaznacheev, op.cit., p. 3.

¹⁰¹ Kensuke Yamaguchi, Manaskorn Rachakarakij, and Hisashi Yoshikawa, "Natural Gas in Thailand: Curse or Blessing?," *GMSARN International Journal* 11 (2017): 69-70.

Since the 1980s, offshore production started commercially but did not result in adequate production to reach domestic consumption requirements, forcing the country to import considerable amounts of energy from neighbouring countries.¹⁰² Since the beginning of production, Thailand has less exported energy resources.¹⁰³ The ratio of dependency on commercial energy import to the total domestic energy demand remained at the level of 62%.¹⁰⁴ The Thailand economy is likely independent from gas and oil revenue, a sound economic structure because the resource curse's future possibility is low.¹⁰⁵ As a developing country, Thailand is also struggling with the embezzlement of natural resource revenue by a weak institution and state officials' corruption.¹⁰⁶ Failure to distribute them to promote strong institutions, sustainable and economic growth appropriately contributes to the Nigerian disease.¹⁰⁷

It is recognised that public participation and fair resource management distribution are essential mechanisms to ensure environmentally sustainable development and mitigate the curse. Such an idea could be seen in the Constitution of Thailand, which certified the community's rights and imposed duties to the state to achieve sustainable utilisation of natural resources.¹⁰⁸ Although Thailand's regulations do not allow IBA, the assessment is required before granting

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid., p. 72.

¹⁰⁴ Energy Policy and Planning Office, **THAILAND Energy and Natural Resources** [Online], available URL: www.eppo.go.th/images/policy/PDF/docs/Thailand_Energy_Brief.pdf, 2021 (February, 17).

¹⁰⁵ Kensuke Yamaguchi, Manaskorn Rachakarakij, and Hisashi Yoshikawa, op.cit., p. 72.

¹⁰⁶ Bangkok Post, **Thailand falls 3 places in corruption table** [Online], available URL: <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/2059715/thailand-falls-3-places-in-corruption-table>, 2021 (August, 15).

¹⁰⁷ Global Witness, op.cit. p. 4.

¹⁰⁸ Constitution of Thailand B.E. 2560, Section 43, 57, 57 and 58.

a license or commencing exploitation,¹⁰⁹ such impact assessment processes known as EIA.¹¹⁰

EIA refers to forecasting or predicting possible negative and positive impacts on the environment in every aspect that may occur from the development.¹¹¹ Including livelihood, economy, society, health, culture and natural resources to prevent harmful or undesirable negative impacts from occurring with as little as possible¹¹² It can also be used as a guideline for impact reduction by making the best use of resources. There are 35 kinds of projects needed to go through the EIA process. (Annex I).¹¹³

The common aspect of the mentioned mechanisms is the presumptions that the effects and causes of threat could be predicted, and the essential effects could also be measured.¹¹⁴ In general, impact assessment is a scheme in which information relating to the development of project potential environmental impacts is carefully considered before the possibly disastrous decision is decided.¹¹⁵ In the aspect of the project proponent, preparation of environmental detail in parallel with the design of development creates a practical framework in which design project and environmental consideration could

¹⁰⁹ Constitution of Thailand B.E. 2560, Section 58.

¹¹⁰ Enhancement and Conservation of the National Environmental Quality Act B.E. 2535, Section 48.

¹¹¹ Thailand National Chapter, 'Handbook for Public Participation In Environmental Impact Assessment' (2014) <www.tei.or.th/tai/EIAtoolkitH.pdf> accessed 16 February 2021, p. 5.

¹¹² Ibid.

¹¹³ “ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจการซึ่งต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และหลักเกณฑ์ วิธีการและ ระเบียบปฏิบัติ และแนวทางการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2557),” **ราชกิจจานุเบกษา** 132, ตอนพิเศษ 11ง (15 มกราคม 2558), หน้า 13.

¹¹⁴ Jane Holder, and Maria Lee, **Environmental Protection, Law and Policy**, 2nd ed. (UK: Cambridge University Press 2009), p. 551.

¹¹⁵ Stuart Bell, and others, **Environmental Law**, 8th ed. (UK: Oxford University Press 2013), p. 452.

interact.¹¹⁶ Detailed examination of the environment might display the route in which the development could be altered to mitigate potential adverse effects, for instance, via analysing more global friendly alternatives. The mentioned process is likely to allow the formal development approval phase to run expediently.¹¹⁷

The scheme could improve the quality of decision-making process since public authorities have to fulfil the environmental obligation.¹¹⁸ By analysing the impacts of development before it is commenced and more comprehensive details, authorities can create an adequate decision.¹¹⁹ To facilitate the development, the regulation should impose the duty on public authorities, which have information, to provide and make relevant information related to the proponent's environmental statement preparation because developers are bound to comply with the environmental statement.¹²⁰ Also, the argument of public interest in a significant development might arise as the concern on unforeseeable adverse impacts on the community.¹²¹ In-depth analysis of project consequences via an environmental statement and public engagement in the early initial development phase could mitigate the fears from lacking information, improve the ecological result, and decrease public opposition.¹²²

However, Thailand's assessment mechanisms, especially EIA, still contain some flaws that need improvement. First, rather than declaring real implications of projects, some evidence shows that there are barely EIA reports that have failed

¹¹⁶The Office of Deputy Prime Minister, **Environmental Impact Assessment: A guide to procedures** (UK: Thomas Telford Publishing, 2000), p. 7.

¹¹⁷Malgosia Fitzmaurice, and others, **Research Handbook on International Environmental Law** (UK: Edward Elgar, 2010), p. 227.

¹¹⁸Patricia Birnie, and others, **International Law and the Environment**, 3rd ed. (UK: Oxford University Press, 2009), p. 165.

¹¹⁹Jane Holder, and Maria Lee, op.cit., p. 550.

¹²⁰The Office of Deputy Prime Minister, op.cit., p. 8.

¹²¹Ibid.

¹²²Mathew Baird, and Richard Frankel, **Environmental Impact Assessment Comparative Analysis in Lower Mekong Countries P.A.C.T Research** (2015): 9.

both by the Environmental Policy and Planning Office and the National Environment Board.¹²³ It is obviously seen that both the EIA reports are made to allow projects to be approved only in accordance with legal processes.

The Coal-Fired Power Plant Project, Mae Moh, Lampang Province, reflects that, although EIA was launched, it does not focus on the accumulated impacts with efficient mitigation measures.¹²⁴ In contrast, the assessment only emphasises the short term impacts.¹²⁵ Hence, experts who possess profound knowledge, understanding, and experience parallel with participation by the public must perform when conducting the EIA.

There is another legal consideration as provided in Section 67 of Petroleum Act B.E. 2514 that Real estate for use in petroleum business to proceed with expropriation. There is no regulation requiring the state to deliver community, public participation and the EIA process for such action.¹²⁶

Second, it is evident that the EIA report typically is done by the project's consultants, including private companies and educational institutions registered with the Environmental Policy and Planning Office. The preparation of the report is, therefore, not independent. It depends on the employment contract; for example, if the report is considered to receive the final payment; thereby, these consultants must adjust their writing to pass the report. If the study fails, the final huge sum will not be paid.¹²⁷ Besides, neither the consultants nor the authorities are punished¹²⁸ for issuing false information, which may cause severe impacts on public health and the environment, such as gold mining in Loei and Phichit Province.

¹²³ไชยณรงค์ เศรษฐเชื้อ, EIA and EHIA หลุมดำของความรู้ในการตัดสินใจของประเทศไทย [Online], available URL: <http://www.isaranews.org/Isranews-article/54217-eia-54217.html>, 2021 (February, 17).

¹²⁴Thailand National Chapter, op.cit., p. 16.

¹²⁵Ibid.

¹²⁶มาริสสา เกิดอยู่, เรื่องเดิม, หน้า 78.

¹²⁷Manager Online, เปิดกลโกง EIA-EHIA เท็จ 3 หน่วยงานจับมือปั่นข้อมูล [Online], available URL: <https://mgronline.com/specialscoop/detail/9600000117624>, 2021 (February, 17).

¹²⁸Ibid.

It is reasonable to claim that the mentioned defects lead to the catastrophe of information that the government shall consider to establish a well-rounded decision. Apart from increasing public and private participation, legal mechanisms are required to impose legal responsibility to project developers, consultants, and authorities for the false report to minimise the curse's possibility and achieve sustainable development.

From experience in section 2-5, revenue generated from resource sales in a specific area should be directly reallocated to communities for equitable distribution, as prosperity should not be concentrated in a single location. At the same time, abandon the source of wealth, characterised by environmental degradation and a low standard of living. Although the Constitution of Thailand guarantees the right to public and community participation, secondary legislation should detail how that right is exercised in practice to reduce controversy. The solution to the assessment disadvantage is to enact secondary laws that make the quality of EIA a condition of the state's contract, namely DCA. This method could increase community participation while also incentivising entrepreneurs to conduct a thorough EIA to receive a solid social license, reducing the possibility of project delays.

Furthermore, the laws play an essential role in eliminating or at least partially mitigating ad hoc difficulties. The solution is reallocating such revenue directly to local communities through cash payment and, in some other way, directly providing local content that provides employment or other benefits to communities. Furthermore, imposing legal liability on project developers, consultants, and authorities for the false report is reasonable to alleviate public anxiety caused by inaccurate information.

7. Conclusion

The term resource curse represents an economic phenomenon associated with the abundance of natural resources in countries. The term summarises a paradox that naturally gifted resource countries do not continuously develop and

grow their economies. Instead, they contribute to adverse effects on the environment and the living standard of people.

In essence, IBA is a legal instrument that aims to ensure that economic developments will consider adverse impacts on indigenous communities potentially arising from natural resource exploitations.¹²⁹ Such an approach is contractually accelerating economic growth and guaranteeing fair benefits distribution, simultaneously rights to control land and natural resources of the local community. Practically, the state steps aside then control the IBA remotely by delegating consult to the investor. In this regard, the investors and the local communities would negotiate to maximize each party's benefit through private contractual arrangements. However, the confidentiality clauses might unintentionally reinforce the resource curse, and the job benefit objective seems unlikely to be achieved effectively. These occur from insufficiently fulfilling the duty of consult to give local communities adequate information to make a precise decision.

On the other hand, Thailand is a petroleum-consuming country, likely independent of gas and oil revenue. The possibility of the curse in the form of Nigerian disease needs to be considered to strengthen the institution and accelerate the nation's prosperity. Contradict to IBA, EIA is the precautionary mechanism that is the presumptions that the effects and causes of threat could be predicted, and the essential effects could also be measured to avoid adverse impact on the environment and community.

Learning from Canada experience, the revenue generating from resource selling in a specific area should be directly reallocated to the communities for a fair distribution because the prosperity should not be only located in one place. At the same time, leave the origin of wealth with environmental degradation and low quality of living. Although the Constitution of Thailand certified the right of public

¹²⁹Ken J. Caine, and Naomi Krogman, "Powerful or Just Plain Power Full? A Power Analysis of Impact and Benefit Agreements in Canada's North," **Organization & Environment Journal** 23, 76 (2010): 80-81.

and community participation, the secondary law should provide the details of such right in practice to reduce the controversy. The solution to mitigate the assessment drawback is establishing adequate secondary laws¹³⁰ to put the quality of EIA as a condition of the state's administrative contract, namely DCA. This method could expand community participation and incentivise entrepreneurs to establish a sound EIA for receiving a solid social license, simultaneously reducing the possibility of project delay. Besides, the laws play an essential role in eliminating or, at least partly mitigate, the ad hoc difficulties by reallocating such revenue directly to local through cash payment or, somehow, giving employment or other benefits straightly to communities. Moreover, imposing legal responsibility to project developers, consultants, and authorities for the false report is reasonable to prevent the public tension from the inaccurate information and defective of project development.

¹³⁰ For instance, Enhancement and Conservation of the National Environmental Quality Act B.E. 2535 and Petroleum Act B.E. 2514.

Bibliography

- คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ. “ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.” ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 8 กันยายน 2560.
- เครือข่ายธรรมาภิบาลสิ่งแวดล้อมไทย. **คู่มือการมีส่วนร่วมของประชาชนในการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม** [Online]. Available URL: <http://www.tei.or.th/tai/2014-Book-EIA.pdf>, 2564 (กรกฎาคม, 30).
- ไชยณรงค์ เศรษฐเชื้อ. **EIA and EHIA หลุมดำของความรู้ในการตัดสินใจของประเทศไทย** [Online]. Available URL: <http://www.isranews.org/Isranews-article/54217-eia-54217.html>, 2564 (กุมภาพันธ์, 17).
- มาริสา เกิดอยู่. “วิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของประชาชนสำหรับโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม: ศึกษากรณีโครงการสำรวจพัฒนาและผลิตปิโตรเลียม.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558.
- สุจิตต์ วงษ์เทศ. **ประวัติศาสตร์ไทยได้จากพงศาวดารแบบอาณานิคม** [Online]. Available URL: https://www.matichon.co.th/columnists/news_540060, 2564 (สิงหาคม, 4).
- สำนักงานศาลปกครอง. **คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง** [Online]. Available URL: http://law.tsu.ac.th/UserFiles/1570687161_%E0%B8%AA%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%8D%E0%B8%B2%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9B%E0%B8%81%E0%B8%84%E0%B8%A3%E0%B8%AD%E0%B8%87.pdf, 2564 (สิงหาคม, 2).
- อนันต์ คงเครือพันธ์. **แง่คดีในการพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ** [Online]. Available URL: https://www.admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_270217_144631.pdf, 2564 (สิงหาคม, 2).
- Amin, Mohammad. **Dutch Disease vs. Nigerian Disease** [Online]. Available URL: <https://blogs.worldbank.org/psd/dutch-disease-vs-nigerian-disease>, 2021 (July, 23).
- Baird, Mathew and Richard Frankel. “Environmental Impact Assessment Comparative Analysis in Lower Mekong Countries.” **P.A.C.T Research** (2015).

- Bangkok Post. **Thailand falls 3 places in corruption table** [Online]. Available URL: <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/2059715/thailand-falls-3-places-in-corruption-table>, 2021 (August, 5).
- Bell, Stuart, and others. **Environmental Law**. 8th ed UK: Oxford University Press, 2013.
- Birnie, Patricia, and others. **International Law and the Environment**. 3rd ed. UK: Oxford University Press, 2009.
- Borrows, John. "Tracking Trajectories: Aboriginal Governance as an Aboriginal Right." **UBC Law Review** 38, 285 (2005).
- Cainel, Ken J. and Naomi Krogman. "Powerful or Just Plain Power Full? A Power Analysis of Impact and Benefit Agreements in Canada's North." **Organization & Environment Journal** 23, 76 (2010).
- Constitution of Thailand B.E. 2560.
- Canada Constitution Act 1982.
- Daniel, Phillip, and others. **The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice**. UK: Routledge, 2010.
- Energy Policy and Planning Office. **THAILAND Energy and Natural Resources** [Online]. Available URL: https://www.eppo.go.th/images/policy/PDF/docs/Thailand_Energy_Brief.pdf, 2021 (February, 17).
- Enhancement and Conservation of the National Environmental Quality Act B.E. 2535.
- Fidler, Courtney, and Michael Hitch. "Impact and Benefit Agreements: A Contentious Issue for Environmental and Aboriginal Justice." **Environments Journal** 35, 49 (2007).
- First Nation and Indigenous Study. **Aboriginal Rights** [Online]. Available URL: https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/aboriginal_rights/?fbclid=IwAR2ZO_vFgkzhK_lO1osloxpUXlwrqJz_ffY0aLlaolrgk22ru56duONML6k, 2021 (July, 25).
- Fitzmaurice, Malgosia, and others. **Research Handbook on International Environmental Law**. UK: Edward Elgar, 2010.
- Fraser Institute. **What are Impact and Benefit Agreements (IBAs)** [Online]. Available URL: [http://www.miningfacts.org/Communities/What-are-Impact-and-Benefit-Agreements-\(IBAs\)/](http://www.miningfacts.org/Communities/What-are-Impact-and-Benefit-Agreements-(IBAs)/), 2016 (October, 13).

- Global Witness. **Time for Transparency: Coming Clean on Oil, Mining and Gas Revenues** [Online]. Available URL: www.globalwitness.org/sites/default/files/pdfs/oil_061.04.04.pdf, 2016 (October, 2).
- Guillaume Peterson St-Laurent and Philippe Le Billon. “Staking claims and shaking hands: Impact and benefit agreements as a technology of government in the mining sector.” **ELSEVIER** 2, 590 (2015).
- Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) 2004.
- Holder, Jane, and Maria Lee. **Environmental Protection, Law and Policy**. 2nd ed. UK: Cambridge University Press, 2009.
- Is’haq Muhammad Mustapha, and others. **Dutch disease or Nigerian disease: a prima facie? New evidence from ARDL bound test analysis** [Online]. Available URL: https://mpa.ub.uni-muenchen.de/69767/1/MPRA_paper_69767.pdf, 2021 (July, 22).
- Kablan, and others. **Is Chad affected by Dutch or Nigerian disease?** [Online]. Available URL: https://mpa.ub.uni-muenchen.de/39799/1/MPRA_paper_39799.pdf, 2021 (July, 23).
- Kaznacheev, Peter. “Curse or Blessing: How Institutions Determine Success in Resource-Rich Economies.” **Policy and Analysis Journal** 1, 808 (January 2017).
- Libecap, Gary D. **The Consequences Of Land Ownership** [Online]. Available URL: <https://www.hoover.org/research/consequences-land-ownership>, 2021 (August, 5).
- Macartan Humphreys, and others. **Escaping the Resource Curse**. New York: Columbia University Press, 2007.
- Manager Online. **เปิดกลไก EIA-EHIA เท็จ 3 หน่วยงานจับมือปั่นข้อมูล** [Online]. Available URL: <https://mgronline.com/specialscoop/detail/9600000117624>, 2021 (February, 17).
- Odumosu-Ayanu, Ibironke T. “Governments, Investors and Local Communities: Analysis of A Multi-Actor Investment Contract Framework.” **MelbJlnt Law** 1, 15 (2015).
- Oxfam International. **Lifting the Resources Curse** [Online]. Available URL: <https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/bp134-lifting-the-resource-curse-011209.pdf>, 2016 (October, 14).
- Petroleum Act B.E. 2514.

- Ross, Michael L. **The oil curse: How petroleum wealth shapes the development of nations**. New Jersey: Princeton University Press, 2012.
- Salkin, Patricia E. **Understanding Community Benefit Agreements: Opportunities and Traps for Developers, Municipalities and Community Organizations** [Online]. Available URL: <https://community-wealth.org/sites/clone.community-wealth.org/files/downloads/article-salkin.pdf>, 2021 (July, 23).
- Sosa, Irene and Karyn Keenan. **Impact benefit agreements between aboriginal communities and mining companies: their use in Canada** [Online]. Available URL: <http://metisportals.ca/MetisRights/wp/wp-admin/images/Impact%20Benefit%20Agreements%20-%20Mining.pdf>, 2016 (October, 14).
- Thailand National Chapter. **Handbook for Public Participation In Environmental Impact Assessment** [Online]. Available URL: www.tei.or.th/tai/EIAtoolkitH.pdf, 2021 (February, 16).
- The Canadian Encyclopedia. **The Royal Proclamation of 1763** [Online]. Available URL: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/royal-proclamation-of-1763>, 2021 (July, 25).
- The Office of Deputy Prime Minister. **Environmental Impact Assessment: A guide to procedures**. UK: Thomas Telford Publishing, 2000.
- Thomson, Jeffrey. “The Duty to Consult and Environmental Assessments: A Study of Mining Cases from across Canada.” Master Thesis the University of Waterloo, 2015.
- Watch, Arakan Oil. **Burma Resource Curse: The case for revenue transparency in the oil and gas sector** [Online]. Available URL: <http://www.burmacampaign.org.uk/image/uploads/Burmas-Resource-Curse.pdf>, 2016 (February, 11).
- Wieland, Patrick. “Going beyond panaceas: Escaping mining conflict in resource-rich countries through middle-ground policies.” **NYU Env'tl LJ** 20, 199 (2013).
- Wright, Adam J. “Impact and Benefit Agreements: The Role of Negotiated Agreements in the Creation of Collaborative Planning in Resource Development.” Master Major Research Paper, The University of Guelph, 2013.
- Yamaguchi, Kensuke. Manaskorn Rachakarakij, and Hisashi Yoshikawa. “Natural Gas in Thailand: Curse or Blessing?.” **GMSARN International Journal** 11 (2017): 69-70.

หลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง
ตามกฎหมายฝรั่งเศส

รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ์ สันตาสว่าง

หลักการว่าด้วยความรับผิดของฝ่ายปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส Principle of Administrative Liability under French Law

รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ สันตาสว่าง*
Associate Professor Dr.Nat Santaswang

บทคัดย่อ

ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น อาจก่อให้เกิดความรับผิดแก่ฝ่ายปกครองได้ในสองสถานการณ์ ซึ่งอาจจะเป็นความรับผิดตามสัญญาหรืออาจจะเป็นความรับผิดทางละเมิดในกรณีที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชน การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิดในการกระทำความผิดในศาลยุติธรรมหรือในศาลปกครองนั้น ขึ้นอยู่กับลักษณะของความผิดที่ได้ก่อให้เกิดขึ้น กล่าวคือ เมื่อใดความผิดดังกล่าวเป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ซึ่งหมายถึง ความผิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำไปโดยแยกออกมา หรือไม่มีส่วนสัมพันธ์กับหน้าที่ของหน่วยงาน เจ้าหน้าที่อาจถูกฟ้องเป็นความผิดส่วนตัวต่อศาลยุติธรรม และเมื่อใดที่การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกิดจากการกระทำในหน้าที่ กล่าวได้ว่า เป็นความผิดของหน่วยงานคดีจะต้องถูกฟ้องยังศาลปกครอง แต่ก็อาจเกิดสถานการณ์ที่ความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่กับความผิดของหน่วยงานเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน ในกรณีเช่นนี้จะนำไปตามหลัก “ความรับผิดร่วม” ซึ่งผลของความรับผิดร่วม คือ ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเลือกที่จะฟ้องเจ้าหน้าที่เป็นความผิดส่วนตัวต่อศาลยุติธรรม หรือจะเลือกฟ้องฝ่ายปกครองให้ต้องรับผิดอันเป็นความผิดของหน่วยงานต่อศาลปกครองก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ความรับผิดร่วมนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้เสียหายที่จะได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทน

*อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. (เกียรตินิยมดี) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.บ.ท. สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; LL.M. in General Law, New York University, USA; Doctorat de Troisième Cycle en Droit, Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), France. E-mail: natsantas@gmail.com

Curriculum Lecturer in LL.M. Programme at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. (Magna Cum Laude) Thammasat University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. in General Law, New York University, USA; Doctorat de Troisième Cycle en Droit, Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), France.

วันที่รับบทความ (received) 24 เมษายน 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 9 กรกฎาคม 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 9 กรกฎาคม 2564.

ซ้ำซ้อนสองครั้ง โดยอาศัยการฟ้องต่อศาลปกครองและในขณะเดียวกันก็ฟ้องต่อศาลยุติธรรมด้วย
ดังนั้น ผู้เสียหายจะต้องเลือกฟ้องยังศาลใดศาลหนึ่งที่ตนเห็นว่าจะได้รับประโยชน์สูงสุด

คำสำคัญ: หลักความรับผิดของฝ่ายปกครอง, กฎหมายฝรั่งเศส, ความรับผิดร่วม

Abstract

The administration is legally liable in two scenarios: whether there is a contract with private individual or in tort. Administration or its officials is liable based on the fault of the officer either in the ordinary courts or administrative courts depending upon the fault. When there is personal fault i.e. fault not linked to the part of officials, the official can be sued personally in the ordinary courts and if the fault of the official is linked with service given the official at the employment capacities, the suit can be brought before the administrative courts. But there are scenarios by which the combination of the two faults occurs at a time and the doctrine is termed as “cumul” doctrine. This doctrine allows the victim to bring the suit in ordinary court for personal injury and against the official for the personal fault in administrative court against the administration. But this doctrine does not permit the victim to obtain compensation twice.

Keywords: administrative liability, french law, cumul doctrine

1. บทนำ

ในการดำเนินการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น ไม่ว่าจะดำเนินการไปในสภาพใดก็ตาม ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่เอกชนได้ และทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบเกิดขึ้น ปัญหาดังกล่าวก็คือ เอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั้น จะสามารถเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายได้หรือไม่ และภายใต้เงื่อนไขอย่างไร ความรับผิดชอบจะเกิดขึ้นได้โดยสภาพใด กล่าวคือ การปฏิบัติการของฝ่ายปกครองทุกอย่างจะเป็นเหตุให้เกิดความรับผิดชอบหรือไม่ และการที่จะเกิดความรับผิดชอบขึ้นนั้น จะต้องมีการกระทำผิดด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ ยังมีปัญหาว่า ผู้ใดจะต้องรับผิดชอบ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ในทางปกครองผู้ใดจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายด้วยทรัพย์สินส่วนตัวของตนเอง หรือรัฐจะต้องรับผิดชอบโดยชดเชยค่าเสียหายจากเงินของรัฐ

ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบนี้ เกิดขึ้นในกฎหมายปกครองได้เช่นเดียวกันกับที่เกิดในกฎหมายแพ่ง แต่กฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้ถือหลักกฎหมายมหาชนที่ขยายความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองออกไปอย่างกว้างขวางเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครองตามแนวความคิดของรัฐเสรีนิยม (L'Etat libéral) โดยมีผู้พิพากษาศาลปกครองเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ประสานสิทธิและประโยชน์ที่ขัดแย้งกันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง ซึ่งมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

ประการแรก กฎหมายปกครองของฝรั่งเศสยอมรับรู้ทั้งความรับผิดชอบส่วนตัวของข้าราชการและความรับผิดชอบของรัฐ หรือฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ ภาระอาจเป็นความรับผิดชอบได้อย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้

ประการที่สองก็คือ การฟ้องร้องให้รับผิดชอบตามกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส มีวิธีการที่ง่ายขึ้นเป็นลำดับตามวิวัฒนาการของทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองควบคู่กันไปกับทฤษฎีความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งต่างเน้นส่วนประกอบของแนวความคิดแบบเสรีนิยม และระบบนิติรัฐนั่นเอง

2. การยอมรับและการขยายตัวของหลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

แต่เดิมนั้นถือหลักว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบ โดยมีเหตุผลอยู่บนหลักการที่ว่ารัฐเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด จึงไม่อาจที่จะให้รัฐต้องรับผิดชอบได้ แต่หลักนี้ก็มิใช่ว่าจะผ่อนคลายอยู่บางประการ คือ

1) เมื่อมีกฎหมายบัญญัติหลักที่ว่ารัฐต้องรับผิดชอบไว้อย่างชัดเจน (loi 28 pluviöse an VIII, ซึ่งเกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากการโยธาสาธารณะ)

2) องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่องค์การนั้นๆ ได้ก่อให้เกิดขึ้น ทั้งนี้ เพราะองค์การนั้นๆ ไม่ได้มีอำนาจสูงสุดเหมือนกับรัฐ

3) เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบส่วนตัวต่อความผิดที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ระบบที่เรียกว่า “หลักประกันของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” (*garantie des fonctionnaires*) ซึ่งมีความหมายว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐจะถูกฟ้องร้องได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตมาจากศาลปกครองสูงสุดเสียก่อนนั้น ได้รับอนุมัติจากศาลปกครองเองน้อยมาก ดังนั้น จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบส่วนตัวได้ในทางปฏิบัติ

แต่อย่างไรก็ตาม หลักว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองก็ได้เริ่มเข้ามามีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส นับแต่ปี ค.ศ. 1870 เป็นต้นมา

1) ได้มีกฎหมายยกเลิก “หลักประกันของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” นี้ เมื่อวันที่ 19 กันยายน ค.ศ. 1870 และศาลคดีขัดกัน (*Le Tribunal de conflit, T.C.*) ก็ได้วางหลักของการแบ่งความรับผิดชอบระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐออกจากกัน¹

2) ในคดี *Blanco*² โดยศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดีนี้ว่า “ความรับผิดชอบที่อาจตกแก่รัฐในความเสียหายที่เกิดแก่เอกชนโดยการกระทำของบุคลากรที่จัดทำบริการสาธารณะนั้น ความรับผิดชอบนี้ไม่อาจพิจารณาจากหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งที่ใช้ในกรณีระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันได้ แต่ความรับผิดชอบนี้ไม่เป็นการทั่วไปและไม่เด็ดขาด โดยมีหลักกฎหมายพิเศษซึ่งแตกต่างไปตามบริการและความจำเป็นที่จะประนีประนอมสิทธิของรัฐกับสิทธิของเอกชน”

ซึ่งจากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐนี้ไม่ให้นำหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่งมาใช้ และถือว่าความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษที่กำหนดเอาไว้โดยเฉพาะ

แต่อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้สร้างหลักเกณฑ์กำหนดความรับผิดชอบของรัฐแต่เพียงการกระทำที่เป็นการบริหาร (*gestion*) (เช่น ความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินงานของบริการสาธารณะ เป็นต้น) แต่ทว่าหลักเกี่ยวกับความไม่ต้องรับผิดชอบนั้นยังไม่สูญไปสำหรับการกระทำบางอย่างที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะของฝ่ายปกครอง (ซึ่งได้แก่ การกระทำโดยใช้อำนาจหน้าที่หรือวิธีการต่างๆ ของตำรวจ เป็นต้น)

ซึ่งต่อมากระทั่งคดี *Tomaso Grecco*³ ได้มีการยอมรับเกี่ยวกับความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำของตำรวจ จึงทำให้หลักว่าด้วยความรับผิดชอบนี้มีผลบังคับใช้อย่างกว้างขวางต่อมา

ในปัจจุบันมีกฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ในบางเรื่อง (เช่น การยกเว้นความรับผิดแก่องค์การไปรษณีย์ในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการส่งของหรือจดหมายแบบ

¹T.C. 30 juill 1873, Pelletier G.A. No. 2.

²T.C., 8 fevrier 1873, Blanco, G.A. No. 1.

³C.E., 10 fevrier 1905, Tomaso Grecco, G.A. No. 15.

ไปรษณีย์ธรรมดา เป็นต้น) แต่นอกเหนือไปจากกรณีดังกล่าวนี้แล้ว อาจกล่าวได้ว่าหลักว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองนี้ไม่แต่เพียงได้รับการยอมรับโดยศาลปกครองเท่านั้น แต่ยังได้รับการพัฒนาให้สมบูรณ์ขึ้นกว่าเดิม และหลักเกณฑ์ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนก็เป็นไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้เสียหายมากขึ้นเรื่อยๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การยอมรับเอา “หลักความรับผิดโดยไม่มี ความผิด” (La responsabilité sans faute) เข้ามาขยายหลักความรับผิดของฝ่ายปกครองนี้ ทำให้ศาลปกครองได้ใช้อำนาจในการควบคุมฝ่ายปกครองและรักษามลประโยชน์ชดเชยค่าเสียหายให้แก่เอกชนได้เพิ่มขึ้นกว่าเดิมเป็นจำนวนมาก เพราะการที่ขอบเขตของหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองได้ขยายออกไปนั่นเอง

3. สาระสำคัญทางกฎหมายของหลักความรับผิดของฝ่ายปกครอง

การชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ความเสียหายที่ฝ่ายปกครองได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่เอกชนนั้นมีปัญหาในประการแรกว่า ใครจะเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายนั้น เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองเอง และปัญหาประการที่สองก็คือ ขอบเขตของความรับผิดว่าจะมีแค่ไหน เพียงใด

3.1 ปัญหาเกี่ยวกับผู้รับผิดชอบ

โดยการยอมรับว่าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนนั้น ปัญหาไม่ว่าจะเอาชดเชยจากใคร ซึ่งในเรื่องนี้ในทางทฤษฎีแบ่งได้เป็น 3 แนวทางด้วยกัน คือ

ในระบบแรก คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั่นเองที่จะต้องรับผิดชอบส่วนตัว (ในระบบนี้แม้ว่ารัฐจะจ่ายค่าเสียหายแทนเจ้าหน้าที่ไป ก็ยังจัดเข้าอยู่ในระบบนี้ ประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่า ผู้เสียหายไม่สามารถฟ้องรัฐให้รับผิดชอบโดยตรงได้)

ระบบที่สอง นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนต้องรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ของตน และจากการดำเนินงานบริการสาธารณะขององค์กรนั้น ประเด็นสำคัญก็คือ ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้จากนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนต่างๆ ได้

ระบบที่สาม ความรับผิดมีได้ทั้งต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือต่อนิติบุคคลมหาชน แล้วแต่กรณีไป ผู้เสียหายอาจเลือกฟ้องฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้ต้องรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขต่างๆ ที่ความเสียหายได้ถูกก่อให้เกิดขึ้น (ในระบบนี้อาจมีการควบคุมความรับผิด โดยที่ผู้เสียหายอาจเลือกฟ้องเอาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองก็ได้)

3.2 ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดของฝ่ายปกครอง

เกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดนี้ขึ้นอยู่กับแนวคิด 2 ประการ ประการแรก ขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย และในประการต่อมาคือ ขึ้นอยู่กับสภาพของหน้าที่ของรัฐซึ่งในโอกาสที่ปฏิบัติหน้าที่เหล่านั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

1) แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

ปัญหามีว่าจำเป็นหรือไม่ที่การกระทำนั้นจะต้องมีลักษณะไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เพื่อที่จะให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดได้ หรือเพียงพอแต่ผู้เสียหายพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายได้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยตรงของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็เพียงพอแล้ว และนี่เองที่เป็นปัญหาที่ต้องขบคิดในทฤษฎีความรับผิดของฝ่ายปกครองนี้ ระหว่างความรับผิดโดยมีความผิด (La responsabilité pour faute) และความรับผิดโดยไม่มี ความผิด (La responsabilité sans faute)

2) แนวคิดเกี่ยวกับสภาพของหน้าที่ของรัฐ

ปัญหาในเรื่องนี้มีว่า รัฐจำต้องรับผิดต่อการกระทำในหน้าที่ทุกประการของรัฐอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันหมด กล่าวคือ ในหน้าที่นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ หรือไม่ หรือว่ารัฐต้องรับผิดเฉพาะฝ่ายปกครองเท่านั้น

3.3 แนวคิดของฝรั่งเศสเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครอง

ระบบกฎหมายซึ่งเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้นมีข้อที่น่าสนใจคือ

1) หลักเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองนี้มีที่มาจากคำพิพากษาของศาล

2) ระบบฝรั่งเศสมีลักษณะที่ความรับผิดอาจเกิดได้ทั้งจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเกิดจากฝ่ายปกครอง และในบางกรณีศาลปกครองยังได้ตัดสินให้ร่วมกันรับผิด (Le cumul des responsabilités) อีกด้วย

3) ในประการสุดท้าย ระบบความรับผิดของฝ่ายปกครองนี้ได้มีแนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่มีแนวโน้มที่ขยายขอบเขตของความรับผิดออกไปมากขึ้นเรื่อยๆ ทั้งนี้ ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

4. ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ทางปกครองและความรับผิดชอบร่วม (La responsabilité personnelle du fonctionnaire et le cumul des responsabilités)

ความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินการบริการสาธารณะนั้น อาจทำให้เจ้าหน้าที่ทางปกครองต้องรับผิดชอบส่วนตัวต่อเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง (1) ได้ แต่ในบางกรณีความรับผิดชอบนี้อาจจะไม่ใช่เจ้าหน้าที่ทางปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวที่ต้องรับผิดชอบ แต่ฝ่ายปกครองก็มีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วย จึงกลายเป็นความรับผิดชอบร่วม (2) ที่ทั้งสองฝ่ายจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อเอกชนผู้ได้รับความเสียหาย และนอกจากนี้ บางครั้งเจ้าหน้าที่ทางปกครองยังต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายปกครอง (3) เองอีกด้วย

4.1 ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ต่อผู้อยู่ใต้ปกครอง (La responsabilité personnelle du fonctionnaire vis-à-vis des administrés)

ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองนั้นก่อให้เกิดผลสามประการ คือ ในประการแรก เมื่อมีความรับผิดชอบกรณีเช่นนี้เกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ทางปกครองจะต้องจ่ายค่าเสียหายจากทรัพย์สินส่วนตัวของตนเอง ประการที่สอง คดีที่ฟ้องให้รับผิดชอบเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายนี้ต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม คดีจึงเป็นเช่นเดียวกับคดีที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนต่อเอกชน และประการสุดท้าย หลักเกณฑ์ที่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ทางปกครองในกรณีนี้นั้น ใช้หลักเกณฑ์ของกฎหมายแพ่งเช่นเดียวกับที่ใช้บังคับแก่เอกชนโดยทั่วไปนั่นเอง

ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาว่ากรณีใดบ้างที่เจ้าหน้าที่ทางปกครองจะต้องรับผิดชอบส่วนตัวในความเสียหายที่เกิดจากกิจกรรมต่างๆ ของฝ่ายปกครอง (1) และนอกจากนั้น จะทำการศึกษาต่อไปถึงลักษณะพิเศษบางประการของคดีปกครองประเภทนี้ (2)

1) ความแตกต่างระหว่างความผิดส่วนตัวและความผิดของหน่วยงาน (La distinction de la faute personnelle et de la faute de service)

หลักของความรับผิดชอบนี้มีอยู่ว่า ฝ่ายปกครองจำต้องรับผิดชอบถ้าการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น เกิดจากการกระทำในหน้าที่และกล่าวได้ว่าเป็นความผิดของหน่วยงาน (La faute de service) ในทางตรงกันข้ามความรับผิดชอบจะตกอยู่แก่เจ้าหน้าที่ทางปกครอง ถ้าความเสียหายนั้น เกิดจากการกระทำส่วนตัวที่เรียกว่าความผิดส่วนตัว (La faute personnelle)

ความผิดส่วนตัวนี้อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ความผิดที่แยกออกมาหรือไม่มีส่วนสัมพันธ์กับหน้าที่ของหน่วยงานนั่นเอง แต่ปัญหามิว่าภายใต้เงื่อนไขอย่างไรบ้างจึงจะถือว่าความผิดของเจ้าหน้าที่นั้น แยกออกมาและไม่มีส่วนสัมพันธ์กับหน้าที่ของหน่วยงาน ซึ่งในเรื่องนี้ได้มีข้อ

ถกเถียงกันมาก ทั้งในทางทฤษฎีและจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม เราอาจกำหนดเป็นหลักเกณฑ์อย่างกว้างๆ ได้ว่า “ความผิดส่วนตัว” นั้น หมายถึง ความผิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำไปโดยไม่มีความสัมพันธ์กับหน้าที่ของหน่วยงาน ประการหนึ่ง และความผิดที่กระทำในหน้าที่แต่แยกออกเป็นความผิดส่วนตัวได้ เพราะกระทำไปโดยเจตนา หรือ เพราะเป็นความผิดร้ายแรง (Les fautes Lourdes) อีกประการหนึ่ง

(1) สำหรับกรณีของความผิดเพราะกระทำโดยไม่มีความสัมพันธ์กับหน้าที่⁴ ของหน่วยงานนั้นไม่ค่อยมีปัญหาในการที่จะต้องวินิจฉัยมากนัก

(2) ความผิดส่วนตัว เพราะกระทำไปโดยเจตนา เช่น อาจเกิดจากการระวางควบคุมดูแลไม่ดี⁵ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการกระทำด้วย แต่มีข้อที่น่าสังเกตว่ามีใช้ว่าวัตถุประสงค์ของการกระทำที่ไม่ถูกต้องจะต้องทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิดส่วนตัวไปหมดก็หาไม่ และจำต้องแยกว่าความผิดส่วนตัวไม่ใช่เป็นเรื่องเดียวกันกับการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Le détournement de pouvoir) ซึ่งในกรณีนั้นศาลปกครองเข้าควบคุมวัตถุประสงค์ที่มีขอบด้วยกฎหมายของการกระทำในทุกกรณีไป แต่วัตถุประสงค์ที่ไม่ถูกต้องที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบส่วนตัวในที่นี้โดยเฉพาะก็คือ การละเลยไม่รอบคอบในการดูแลรักษา⁶ หรือใช้ความระมัดระวังหรือเกิดจากเจตนาร้าย เช่น กระทำไปเพื่อต้องการแก้แค้นเป็นส่วนตัว เป็นต้น ซึ่งเป็นอารมณ์ส่วนตัวของผู้กระทำความผิด

(3) ความผิดส่วนตัว เพราะเป็นความผิดที่ร้ายแรงนั้น หมายถึง ความผิดในหน้าที่แต่ที่ต้องถือว่าเป็นความผิดส่วนตัวก็เพราะว่าเป็นความผิดที่ร้ายแรงถึงขนาด และแม้ว่าจะไม่ใช่เพราะเกิดจากความไม่ระมัดระวังให้ดีเท่าที่ควรเหมือนกรณีที่กล่าวมาข้างต้นก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตอยู่ 2 ประการก็คือ

ในประการแรก ความร้ายแรงของความผิดนี้พิจารณาจากการกระทำที่เป็นการปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ แต่มิได้พิจารณาความร้ายแรงจากผลของนิติกรรมทางปกครองแต่อย่างใด⁸

ประการที่สอง แนวคำพิพากษาศาลปกครองจะจัดว่าความผิดที่กระทำในหน้าที่ของหน่วยงานเป็นความผิดของหน่วยงานเสียเป็นส่วนใหญ่ และที่จะถือว่าเป็นความผิดส่วนตัวนั้นจะต้องมีระดับความร้ายแรงมากจริงๆ ซึ่งถือเป็นกรณียกเว้น⁹

⁴ C.E., 13 mai 1991, Sté d'assurance les Mutuelles Réunies.

⁵ T.C., 21 décembre 1987, Kessler.

⁶ C.E., 17 décembre 1999, Lieutenant Moine.

⁷ C.E., 27 février 1981, Commune de Chonville-Malaumont; C.E., 26 octobre 1973, Sadoudi.

⁸ C.E., 27 fev 1903, Olivier-Zemmemnam.

ความผิดส่วนตัวและความผิดอาญา

นับตั้งแต่ศาลปกครองได้ตัดสินคดีบรรทัดฐานชื่อ “Thépaz”¹⁰ นั้น ความผิดอาญาอาจเป็นความผิดของหน่วยงานที่ทำให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบได้ แต่ความผิดอาญาจะเป็นความผิดส่วนตัวได้ก็ต่อเมื่อข้อเท็จจริงประกอบของความผิดส่วนตัว คือ ความผิดที่เกิดจากการกระทำที่ไม่มีความสัมพันธ์กับหน้าที่ในหน่วยงาน หรือดูจากเจตนาและความรุนแรงของความผิด เป็นต้น

ความผิดส่วนตัวกับคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

ปัญหาอาจมีว่าถ้าเกิดเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาจะเป็นการกระทำที่ต้องรับผิดชอบส่วนตัวหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่า ความผิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำไปตามคำสั่งนั้นอาจเป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ ถ้าเข้าองค์ประกอบความผิดดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนี้¹¹

2) ลักษณะพิเศษบางประการของคดีปกครองกรณีความผิดส่วนตัว

(1) ประการแรก คดีประเภทนี้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาพิพากษา โดยใช้หลักกฎหมายแพ่งในการพิจารณาและวินิจฉัยคดีเช่นเดียวกับที่ใช้ในคดีระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน

(2) หลักประกันแก่เจ้าหน้าที่หรือหลักการคุ้มกันเจ้าหน้าที่

ในสมัยก่อนเคยมีหลักที่เรียกว่า “หลักการคุ้มกันข้าราชการ” อันมีสาระสำคัญว่า การฟ้องข้าราชการไม่ว่าในทางแพ่งหรือทางอาญา จะต้องได้รับอนุญาตจากศาลปกครองสูงสุดก่อน ทั้งนี้ เป็นหลักที่กำหนดขึ้นในมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปีที่ 8 แห่งสมัยการปฏิวัติของฝรั่งเศส แต่หลักนี้ได้ถูกยกเลิกไปในสมัยจักรวรรดิที่ 2 ของฝรั่งเศส โดยกฎหมายลงวันที่ 19 กันยายน 1870 สาเหตุที่ยกเลิก เพราะได้มีการใช้กันอย่างแพร่หลายไป นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาของศาลปกครองได้ตัดสินยืนยันการยกเลิกความคุ้มกันแก่ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนี้ในคดี

4.2 ความรับผิดชอบระหว่างเจ้าหน้าที่กับฝ่ายปกครอง (Le cumul des responsabilités du fonctionnaire et de l' administration)

ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบนี้ก็คือว่า ในบางกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบส่วนตัวแล้วนั้น เป็นไปได้หรือไม่ที่ฝ่ายปกครองก็อาจต้องรับผิดชอบด้วยเช่นเดียวกัน

⁹T.C., 6 dec 1937, Cornu.

¹⁰T.C., 14 janv., 1935, Thépaz.

¹¹T.C., 15 fev 1890, Vincent.

1) เจื่อนไขของความรับผิดชอบ

ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เจื่อนไขต่างๆ ของความรับผิดชอบนี้ได้ถูกกำหนดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองในกรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีแรกของความรับผิดชอบนั้นเกิดจากเพราะการมีระบบศาลคู่ตนเอง กล่าวคือ เนื่องจากศาลแต่ละศาลต่างมีอิสระซึ่งกันและกัน และเมื่อผู้เสียหายฟ้องเจ้าหน้าที่เป็น 2 คดีในเวลาเดียวกัน โดยฟ้องคดีแรกต่อศาลแพ่ง และฟ้องอีกคดีหนึ่งต่อศาลปกครอง โดยในคดีนี้ไม่มีใครยกเรื่องขึ้นเสนอต่อศาลคดีขัดกัน (ให้พิจารณารวมคดีและกำหนดศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี) จึงทำให้ศาลยุติธรรมตัดสินให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิด เพราะเป็นความผิดส่วนตัว และศาลปกครองตัดสินให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิด เพราะเป็นความผิดของหน่วยงาน เป็นต้น กรณีประเภนี้จึงเป็นความรับผิดชอบขึ้นมาได้เช่นกัน

(2) กรณีที่สองนี้ ไม่ใช่เกิดอุบัติเหตุทางกระบวนการเหมือนกรณีแรก แต่เป็นกรณีที่สำคัญที่สุดของความรับผิดชอบ เมื่อศาลปกครองได้ตัดสินให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิด อันเนื่องจากความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานนั้น

เพื่อทำความเข้าใจถึงเจื่อนไขต่างๆ ของความรับผิดชอบ เราจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างกรณีหลายความผิด และกรณีความผิดเดียว

(1) ความรับผิดชอบในกรณีหลายความผิด

ในบางครั้งเป็นไปได้ที่ความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงง่ายๆ แต่เพียงอย่างเดียว แต่เกิดจากภายใต้สถานการณ์ที่มีความผสมผสานกันอย่างใกล้ชิดระหว่างข้อเท็จจริงที่ถือได้ว่าเป็นความผิดของหน่วยงานประการหนึ่ง และข้อเท็จจริงที่โดยสภาพจัดว่าเป็นความผิดส่วนตัวอีกประการหนึ่ง ซึ่งกรณีนี้ศาลได้ตัดสินว่าเป็นกรณีที่อาจเกิดขึ้นได้ในคดี Anguet¹²

(2) ความรับผิดชอบในกรณีความผิดเดียว

เมื่อความเสียหายเกิดจากข้อเท็จจริงง่ายๆ แต่เพียงอย่างเดียว ปัญหาการพิจารณาความรับผิดชอบจะยุ่งยากซับซ้อนขึ้น แต่เกณฑ์ที่ใช้พิจารณาว่าจะเป็นการรับผิดชอบหรือไม่ ก็คือ ต้องพิจารณาว่า ความผิดนั้นได้กระทำโดยมีความสัมพันธ์กับหน่วยงานกับความผิดที่กระทำไปโดยไม่เกี่ยวกับหน้าที่ของหน่วยงาน และเฉพาะกรณีแรกเท่านั้นที่อาจเป็นการรับผิดชอบได้

¹²C.E., 3 fev 1911, Anguet.

2) ผลของความรับผิดชอบร่วม

(1) สิทธิของผู้เสียหาย

- ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเลือกอย่างเสรีระหว่างการฟ้องฝ่ายปกครองเป็นความผิดของหน่วยงานต่อศาลปกครอง หรือจะเลือกฟ้องเจ้าหน้าที่เป็นความผิดส่วนตัวต่อศาลยุติธรรม และในทั้งสองคดีนี้ก็ฟ้องเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายเต็มจำนวนทั้งสองคดี

- แต่ความรับผิดชอบไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้เสียหายที่จะได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนซ้ำซ้อนสองครั้งโดยอาศัยการฟ้องศาลปกครองบ้าง ศาลยุติธรรมบ้าง ดังนั้น ผู้เสียหายก็จะต้องเลือกเอาศาลใดศาลหนึ่งที่เห็นว่าตนจะได้รับประโยชน์สูงสุด

(2) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบระหว่างฝ่ายปกครองกับเจ้าหน้าที่

ผลของความรับผิดชอบจะซับซ้อนขึ้นในส่วนที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายระหว่างฝ่ายปกครองกับเจ้าหน้าที่ กฎเกณฑ์นี้ปฏิบัติโดยวิธีการฟ้องไล่เบี้ยให้ชดเชยเงินคืนแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจจะเป็นฝ่ายปกครองฟ้องเจ้าหน้าที่ หรือเป็นการที่เจ้าหน้าที่ฟ้องฝ่ายปกครองก็ได้

กรณีฝ่ายปกครองฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่

เป็นกรณีที่ความรับผิดชอบนั้นเจ้าหน้าที่มีส่วนต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวร่วมอยู่ด้วย ซึ่งในเรื่องนี้ ศาลได้วางหลักไว้ในคดี Laruelle¹³ ซึ่งพอสรุปได้ดังต่อไปนี้

- ฝ่ายปกครองที่มีความรับผิดชอบร่วมกับเจ้าหน้าที่และได้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนทั้งหมดให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ก็มีสิทธิที่จะฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่ แม้ว่าไม่สามารถที่จะเข้ารับช่วงสิทธิต่อจากผู้เสียหาย เพื่อทำการฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ได้รับการชดเชยคืนจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการโดยทางอื่น เป็นต้นว่าออกเป็นคำสั่งในทางปกครอง ซึ่งมีผลบังคับทันทีให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวชดเชยเงินส่วนที่ตนต้องรับผิดชอบให้แก่ฝ่ายปกครองได้

- ศาลปกครองเท่านั้นที่จะเป็นผู้พิจารณาส่วนที่ต้องรับผิดชอบระหว่างฝ่ายปกครองกับเจ้าหน้าที่ และวินิจฉัยส่วนที่แต่ละฝ่ายจะต้องรับผิดชอบได้ด้วย¹⁴

- ในการกำหนดส่วนที่แต่ละฝ่ายจะต้องรับผิดชอบนั้น ผู้พิพากษาจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงและความรุนแรงของความผิดที่แต่ละฝ่ายได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น (Delville)

- ในกรณีที่ความผิดเกิดจากความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่หลายคนมีส่วนร่วมอยู่ด้วยนั้น ไม่อาจพิจารณารวมๆ กันได้ ในการฟ้องไล่เบี้ยจึงต้องพิจารณาเป็นรายๆ ไป¹⁵

¹³C.E., 28 juillet 1951, Laruelle.

¹⁴C.E., 28 juillet 1951, Delville; T.C., 26 mars 1954, Moritz.

- คำพิพากษาที่ให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบและชดใช้ค่าเสียหายนั้น ไม่มีผลบังคับต่อเจ้าหน้าที่แต่ประการใด เพราะในคดีที่ฝ่ายปกครองฟ้องไล่เบี้ยนั้น เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจโต้แย้งถึงจำนวนเงินที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือแม้แต่ว่าตนเองไม่มีความผิดได้ (Laruelle)

กรณีที่เจ้าหน้าที่ฟ้องไล่เบี้ยเอาจากฝ่ายปกครอง

มีกรณีที่เจ้าหน้าที่จะฟ้องไล่เบี้ยเอาแก่ฝ่ายปกครองอยู่สองกรณีด้วยกัน

กล่าวคือ

กรณีแรก คือ กรณีที่ผู้เสียหายได้ฟ้องเจ้าหน้าที่เป็นคดีความผิดส่วนตัวต่อศาลยุติธรรม แต่แท้ที่จริงแล้วเป็นความผิดของหน่วยงาน (และคดีไม่ได้ยกขึ้นมาให้ศาลคดีขัดกันชี้) และผู้พิพากษาศาลยุติธรรมตัดสินผิดไปว่าเป็นความผิดส่วนตัวและให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิด ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องรับผิดในความผิดซึ่งที่จริงไม่ใช่ความผิดของตน แต่เป็นความผิดของหน่วยงานเพื่อแก้ไขจุดบกพร่องอันนี้ศาลปกครองจึงยอมให้เจ้าหน้าที่สามารถฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้อีกคดีหนึ่ง แต่ต้องอยู่ในระหว่างที่คดีในศาลยุติธรรมยังอยู่ในระหว่างพิจารณาและยังไม่ได้ชี้ขาดตัดสินไปก่อน¹⁵

กรณีที่สอง ในการปรับกฎเกณฑ์เฉลี่ยความรับผิดชอบนี้ เจ้าหน้าที่ซึ่งถูกศาลยุติธรรมตัดสินให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไป จึงอาจฟ้องฝ่ายปกครองให้ชดใช้ในส่วนที่ฝ่ายนี้จะต้องรับผิดได้

4.3 ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ต่อฝ่ายปกครอง (La responsabilité du fonctionnaire vis-à-vis de l'administration)

ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ต่อฝ่ายปกครองนี้ พอจะแยกออกได้เป็น 2 กรณีด้วยกัน กล่าวคือ

กรณีแรก เมื่อเจ้าหน้าที่ได้ก่อความเสียหายแก่ฝ่ายปกครองโดยตรง จากการกระทำของตน และในกรณีที่สอง คือ กรณีที่เป็นการเฉลี่ยความรับผิดชอบ เมื่อฝ่ายปกครองได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วก็มาฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่ในส่วนที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องรับผิด ซึ่งอาจจะเป็นบางส่วนหรือจำนวนทั้งหมดของจำนวนที่ฝ่ายปกครองได้ชดใช้ไป

สำหรับในกรณีที่สองนี้ แต่เดิมมีหลักอยู่ว่าเจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดในทางการเงินต่อฝ่ายปกครอง ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเขาในหน่วยงาน แต่หลักนี้ได้ถูกยกเลิกเสียแล้วโดยแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลปกครองในคดีที่กล่าวมาข้างต้น เพราะ

¹⁵C.E., 22 mars, 1957, Jeannier.

¹⁶C.E., 8 fev. 1924, Raymand.

ศาลได้วางหลักไว้ในคดีนี้ว่า เจ้าหน้าที่ของนิติบุคคลมหาชนต่างๆ ของรัฐนั้นอาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดแก่ฝ่ายปกครองเป็นตัวเงินได้ เมื่อความเสียหายดังกล่าวเกิดจากความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่นั้นๆ

5. ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง (La responsabilité de l' administration)

5.1 ที่มาและความเป็นเอกเทศของทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง (ยกเว้นในบางกรณีซึ่งกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนโดยกฎหมาย) โดยหลักแล้วเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาล และความเป็นเอกเทศของหลักว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ซึ่งแยกต่างหากโดยเป็นหลักเกณฑ์พิเศษแตกต่างจากกฎหมายแพ่งนั้น ได้ถูกกำหนดขึ้นเป็นครั้งแรกในคดี Blanco¹⁷

ในคดีนี้ศาลได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยซึ่งสำคัญยิ่งว่า “...พิจารณาเห็นว่าความรับผิดชอบของรัฐต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชน อันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ทางปกครองนั้น ไม่อาจพิจารณาวินิจฉัยจากหลักเกณฑ์ ซึ่งมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งใช้บังคับระหว่างเอกชนต่อเอกชนได้ หลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบนี้ไม่เป็นการทั่วไปและไม่เด็ดขาด เป็นหลักความรับผิดชอบที่มีกฎเกณฑ์พิเศษเป็นของตนเองซึ่งแตกต่างกันไป โดยขึ้นอยู่กับความต้องการของหน่วยงาน และตามความจำเป็นในการที่จะต้องคอยประสานสิทธิต่างๆ ของรัฐกับสิทธิของเอกชน”

5.2 วิวัฒนาการของหลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

แต่เดิมฝ่ายปกครองยึดถือหลักไม่ต้องรับผิดชอบแต่ในปัจจุบันความไม่ต้องรับผิดชอบนี้มีแต่เพียงในบางกรณีอันจัดเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น และจากการเปรียบเทียบระหว่างความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองกับหลักความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่ง จะเห็นได้ว่าความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้นมีขอบเขตของความรับผิดชอบที่กว้างกว่ากฎหมายแพ่ง

5.3 เงื่อนไขของความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง (Les conditions d' existence de la responsabilité

เงื่อนไขของความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองนั้น ขึ้นอยู่กับ

- 1) ลักษณะของข้อเท็จจริงหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย

¹⁷T.C., 1^{er} jan 1873, Blanco.

- 2) ลักษณะของความเสียหาย และ
- 3) ลักษณะโดยสภาพของหน้าที่ของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย
ข้อเท็จจริงหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย

ตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ได้มีหลักของความรับผิดชอบโดยมีความผิดกับความรับผิดชอบโดยไม่มี ความผิด หรือเพราะเป็นกรณีที่มีการเสี่ยงภัย

จากทฤษฎีเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนี้ ทำให้เราอาจตั้งคำถามขึ้นมาได้ว่าจำเป็นหรือไม่ที่จะให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบนั้น จะต้องเกิดจากการกระทำผิด หรือเพียงแต่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลระหว่างความเสียหายกับการกระทำที่ถูกกล่าวหานั้นก็เป็นการเพียงพอแล้ว โดยที่การกระทำนั้นแม้ว่าจะถูกต้อง (อันเป็นกรณีความรับผิดชอบโดยไม่มี ความผิดหรือเพราะเป็นกรณีที่เสี่ยงภัย)

แต่การยอมรับหลักความรับผิดชอบโดยไม่มี ความผิดนี้ไม่ใช่บังคับเป็นการทั่วไป แต่จะใช้บังคับเฉพาะแต่ในบางกรณีเท่านั้น ดังนั้น ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองจึงประกอบไปด้วยสองระบบด้วยกัน คือ ระบบความรับผิดชอบโดยมีความผิดเป็นหลัก และระบบความรับผิดชอบเนื่องจากความเสี่ยงภัยทางปกครองเป็นส่วนประกอบ

5.4 การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายและหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

“ความผิด” เป็นเพียงเงื่อนไขที่ตั้งขึ้นแล้วแต่กรณีเพื่อที่จะให้ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าเสียหาย แต่ไม่ใช่พื้นฐานของหลักการว่าด้วยความรับผิดชอบนี้ คือ ไม่ใช่สิ่งที่เป็นเหตุผลของการมีหลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนั่นเอง ในขณะที่แนวความคิดเกี่ยวกับ “การเสี่ยงภัย” ก็เป็นเพียงความเกี่ยวกันหรือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเท่านั้น จึงเป็นได้แต่เพียงเงื่อนไขของความรับผิด แต่ไม่ใช่เหตุผลของหลักว่าด้วยความรับผิดชอบ เช่นเดียวกับกรณีแรกที่เกี่ยวข้องกับความผิด

โดยแท้ที่จริงแล้ว เหตุผลที่เป็นพื้นฐานของหลักว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองนี้ก็คือ มาจากความคิดที่ว่า “การบริการสาธารณะนั้นกระทำไปเพื่อประโยชน์โดยทั่วไปของกลุ่มประชาชน (กลุ่มประชาชนในรัฐสำหรับบริการสาธารณะของชาติ, กลุ่มประชาชนในพื้นที่ปกครองพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง สำหรับบริการสาธารณะในท้องถิ่นนั้น) กลุ่มประชาชนจึงได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะเหล่านี้ และถ้าโดยเหตุเพราะการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่เอกชนคนใดคนหนึ่งเป็นพิเศษแล้ว ก็เป็นการยุติธรรมที่กลุ่มประชาชนจะช่วยกันแบ่งเบาภาระโดยการชดใช้ความเสียหายที่เป็นกรณีพิเศษเช่นนี้ให้กับเขา (ซึ่งเป็นความคิดของหลักที่ว่าด้วยความเสมอภาคของเอกชนต่อภาระสาธารณะ (L' égalité des citoyens devant les charges publiques))”

เหตุที่ความรับผิดกรณีเสี่ยงภัยไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสก็เพราะมีปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับภาระทางการเงิน ความกลัวว่าเจ้าหน้าที่ทางปกครองจะได้รับผลกระทบในภาระทางการเงินมากเกินไป ทำให้ต้องยับยั้งทฤษฎีนี้ไว้ใช้เฉพาะแต่ในบางเรื่องที่ศาลปกครองได้มีแนวคำพิพากษาอนุญาตไว้ ส่วนนอกจากกรณีดังกล่าวแล้วก็เป็นกรณืเข้าหลักที่ว่า ต้องมีความผิดอันเป็นเงื่อนไขของความรับผิด และทำให้ผู้พิพากษาสามารถที่จะจำกัดภาระทางการเงินของนิติบุคคลทางปกครองได้

5.5 ความแตกต่างกันของระบบต่างๆ อันเกี่ยวกับความรับผิดในทางเทคนิค

ความแตกต่างกันของระบบต่างๆ อันเกี่ยวกับความรับผิดในทางเทคนิคนี้ ได้แก่ หน้าที่ในการนำสืบและการได้รับการยกเว้นไม่ต้องนำสืบ

ข้อแตกต่างระหว่างระบบความผิดและระบบการเสี่ยงภัยนั้นอาจพิจารณาจากการนำสืบพยานหลักฐานโดยผู้เสียหาย และข้อยกเว้นไม่ต้องรับผิด

ข้อแตกต่างของทั้งสองระบบนี้อยู่ที่ว่า ในระบบของการเสี่ยงภัย ผู้เสียหายนำสืบแต่เพียงว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการกระทำที่ถูกกล่าวหา ก็เป็นการเพียงพอแล้ว¹⁸ แต่ในระบบความผิดนั้น จะต้องนำสืบพิสูจน์ว่าการกระทำนั้นมีลักษณะที่เป็นความผิดด้วย

แต่มีข้อสังเกตอยู่ประการหนึ่งว่า ในระบบความผิดนี้ยังประกอบไปด้วยระบบที่กฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นความผิด ซึ่งในกรณีเช่นนั้นก็เป็นที่ของผู้กระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องมีหน้าที่นำสืบว่าไม่ได้กระทำผิด ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราวไป

สำหรับข้อยกเว้นไม่ต้องรับผิดนี้ ถึงแม้จะไม่ใช่ว่ามีเฉพาะแต่ในเรื่องกฎหมายปกครองก็ตาม แต่กฎหมายปกครองมีลักษณะพิเศษเกี่ยวกับข้อยกเว้นไม่ต้องนำสืบนี้ในบางประการ กล่าวคือ

- 1) ความผิดของผู้เสียหาย ทำให้ฝ่ายปกครองพ้นผิด¹⁹
- 2) เหตุสุดวิสัยก็เป็นสาเหตุหนึ่งของการยกเว้นความรับผิดในทุกกระบวนของความรับผิด
- 3) สิ่งที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญหรืออย่างไม่คาดฝัน ซึ่งมีลักษณะของการที่ยากจะค้นพบถึงสาเหตุของความเสียหาย จึงเป็นส่วนหนึ่งของข้อยกเว้นในระบบความผิด รวมทั้งในระบบข้อสันนิษฐานความผิด (ซึ่งกำหนดข้อแตกต่างระหว่างข้อสันนิษฐานว่ามีความผิดกับข้อสันนิษฐาน

¹⁸ C.E., 24 janvier 1990, Université de Lille 1.

¹⁹ C.E., 10 Juillet 1970, Époux Barillet; C.E., 20 juin 2007, AJDA 2007; C.E., 10 juillet 1996, AJDA 2007; C.E., 9 juin 1971, Entreprise Lefebvre; C.E., 4 mars 2009, Borderes, AJDA 2009.

เกี่ยวกับความเสียหาย) แต่ในทางตรงกันข้ามในเรื่องที่เกี่ยวกับการอุบัติเหตุโดยไม่คาดหมายได้นี้ ไม่ถือเป็นข้อยกเว้นความรับผิดในระบบของการเสียหาย

4) การกระทำของบุคคลที่สาม เป็นสาเหตุของการยกเว้นให้ไม่ต้องรับผิดในระบบของความผิดและระบบของข้อสันนิษฐานว่ามีความผิด แต่ไม่ได้รับการยกเว้นในระบบของการเสียหาย

(1) ความรับผิดโดยมีความผิด (La responsabilité pour faute)

- ความรับผิดโดยมีความผิดนี้นับได้ว่าเป็นความรับผิดที่บังคับใช้เป็นหลักในกรณีทั่วไป ซึ่งแยกเป็นความผิดส่วนบุคคลและความผิดของบริการสาธารณะ (แตกต่างจากความผิดของหน่วยงาน)

- ความผิดของฝ่ายปกครองนั้น อาจมีได้ในหลายกรณี เช่น

ก. ในกรณีที่บริการสาธารณะบริการไม่ดี

ข. ในกรณีที่บริการสาธารณะไม่ยอมดำเนินการ

ค. ในกรณีที่บริการสาธารณะบริการอย่างล่าช้ากว่าปกติ

- ความไม่ชอบด้วยกฎหมายกับความรับผิด

การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (L'illégalité) นั้น โดยทั่วไปแล้วอาจก่อให้เกิดความรับผิดขึ้นได้ ดังนั้น การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายในกรณีดังกล่าวนี้ จึงถูกบทลงโทษถึง 2 ครั้ง โดยถูกเพิกถอนการกระทำนั้นเป็นประการหนึ่ง และถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นแล้วก็จะเข้าเรื่องความรับผิดอีกประการหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ได้เป็นเช่นที่กล่าวข้างต้นนี้เสมอไป ศาลปกครองได้แยกแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายนี้ออกจากแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิด โดยวางหลักกฎหมายนี้ออกจากแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิด โดยวางหลักเอาไว้ว่า การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นสามารถที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนได้ แต่ไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิจะเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายได้เสมอไป (ที่จะให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดได้นั้น จะต้องเป็นความผิดอย่างแท้จริงหรือมีความเสียหายอย่างแท้จริง)

- ระดับของความผิด

การที่จะให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดได้นั้น ความผิดในหน่วยงานจะต้องมีระดับความผิดที่ร้ายแรงพอสมควร และเกิดขึ้นอย่างแท้จริง ซึ่งระดับของความรับผิดนี้อาจเปลี่ยนแปลงไปโดยขึ้นอยู่กับสถานการณ์หรือขึ้นอยู่กับลักษณะของการทำงานของหน่วยงานนั้น สำหรับบริการสาธารณะบางอย่าง ฝ่ายปกครองจำต้องรับผิดก็ต่อเมื่อเป็นความผิดที่ร้ายแรง (faute lourde) เท่านั้น

ความผิดร้ายแรงนี้เป็นเงื่อนไขที่กำหนดความรับผิดสำหรับบริการสาธารณะที่โดยทั่วไปแล้วยากแก่การดำเนินการหรือปฏิบัติการซึ่งที่สำคัญ ได้แก่

- ก. การดำเนินการของตำรวจ
- ข. การดำเนินการทางภาษีอากร
- ค. การดำเนินการของโรงพยาบาล
- ง. การควบคุมทางปกครอง เหล่านี้เป็นต้น

(2) ความรับผิดโดยไม่มีความผิด (หรือโดยการเสี่ยงภัย) (La responsabilité sans faute ou pour risque)

- ของเขตของการบังคับใช้หลักความรับผิดโดยไม่มีความผิด

การมีหลักความรับผิดโดยไม่มีความผิดเกิดขึ้นนี้นับเป็นเอกลักษณ์ของทฤษฎีนี้เมื่อเทียบกับกฎหมายแพ่ง แต่ผลบังคับใช้ของหลักนี้มีได้มีเป็นการทั่วไป เพราะหลักก็คือจะต้องมีความผิดจึงจะรับผิด และที่ให้รับผิดโดยไม่มีความผิดนี้จึงเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น และเป็นเพียงความรับผิดที่มีขึ้นเพื่อประกอบและขยายหลักความรับผิดให้มีขอบเขตกว้างออกไปในบางเรื่องเท่านั้น และความรับผิดโดยไม่มีความผิดนี้มีเงื่อนไขสำคัญอยู่ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น “จะต้องไม่ดูแล้วปรากฏว่าเป็นภาระที่เอกชนจะต้องได้รับเป็นปกติ”²⁰

เป็นที่น่าสังเกตว่าแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดโดยไม่มีความผิดนี้ขึ้นอยู่กับทัศนคติอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ แนวแรกเห็นว่า ที่จะมีมีความรับผิดเกิดขึ้นได้นั้นจะต้องมีครบตามเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งเสียก่อน ซึ่งแตกต่างกันไปแล้วแต่กรณี (เช่น มีการโยธาสาธารณะ, มีการเสี่ยงภัยเป็นพิเศษ, การให้ความร่วมมือหรือช่วยเหลือต่อการดำเนินการของบริการสาธารณะ ฯลฯ เป็นต้น) หรือคำพิพากษาอีกแนวหนึ่ง (แม้จะมีน้อยกว่าแนวแรก) ยอมรับว่ามีความรับผิดโดยตรงอย่างไม่มีเงื่อนไขจากความคิดของหลักที่ว่า “ความเสมอภาคของประชาชนต่อภาระสาธารณะ”

ตัวอย่างของความรับผิดเกิดจากการเสี่ยงภัย เช่น กรณีงานโยธาสาธารณะ (Trevaux publics) การดำเนินการโยธาสาธารณะ อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลหรือต่อทรัพย์สินได้ ความเสียหายนี้เป็นกรณีที่เก่าแก่และเป็นกรณีที่ใช้หลักความรับผิดโดยไม่มีความผิดนี้มากที่สุด ซึ่งพอสรุปหลักของความรับผิดโดยไม่มีความผิดในกรณีนี้ได้ คือ

ก. ความเสียหายได้เกิดขึ้นแก่บุคคลที่สาม ก่อให้เกิดความรับผิดโดยไม่มีความผิดได้ แต่มีข้อแม้ว่าจะต้องมีลักษณะที่ผิดปกติ (abnormal) ด้วย

ข. ความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้นต่อผู้ใช้นั้นขึ้นอยู่กับระบบความรับผิดโดยมีความผิดแต่ศาลยอมรับข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความผิดในกรณีนี้ ซึ่งก็หมายความว่า เป็นหน้าที่

²⁰C.E., 21 nov. 1947, Soc. Boulenger.

ของฝ่ายปกครองที่จะต้องพิสูจน์ว่าได้ดูแลรักษาการก่อสร้างไว้อย่างดีแล้ว (ตามทฤษฎีว่าด้วยความบกพร่องจากการบำรุงรักษาตามปกติ)

ส่วนกรณีตัวอย่างของความรับผิดชอบ “ตามหลักความเสมอภาคของประชาชนต่อภาระสาธารณะ” นั้น ได้แก่ ความเสียหายที่ก่อให้เกิดแก่เอกชนที่มีลักษณะเป็นกรณีพิเศษมากไปกว่าภาระที่เขาควรจะได้รับตามปกติธรรมดา เป็นต้น

(3) ลักษณะของความเสียหาย (Le préjudice réparable)

การที่จะให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบนั้นจะต้องปรากฏว่าโจทก์ได้แสดงให้เห็นว่าได้รับความเสียหาย หากไม่มีความเสียหายก็ไม่มีความรับผิดชอบ²¹ และนอกจากนี้ ความเสียหายยังต้องมีลักษณะบางประการอีกด้วย²²

ก. ผู้ก่อความเสียหายมีความสัมพันธ์หรืออาจถูกตำหนิกับผลแห่งการกระทำนั้น (Imputabilité)

หลักก็คือ ความเสียหายที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบได้นั้น จะต้องเป็นเพราะเราอาจตำหนิฝ่ายปกครองได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

ข. ลักษณะความเสียหายโดยตรงและแน่นอน กล่าวคือ จะให้เกิดความรับผิดชอบได้ ความเสียหายจะต้องมี “ความสัมพันธ์โดยตรงและแน่นอน” กับการกระทำที่ถูกกล่าวหา

ค. ความเสียหายต้องมีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ มีผลกระทบต่อเอกชนหรือกลุ่มคนบางกลุ่มโดยเฉพาะ

ง. ความเสียหายที่คำนวณเป็นตัวเงินได้กับความเสียหายทางจิตใจ

สำหรับความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นเงินได้นั้น ไม่มีปัญหายุ่งยากแต่อย่างใด แต่ความเสียหายทางจิตใจนั้น แต่เดิมศาลปกครองไม่ยอมตัดสินชดใช้ให้ แต่ต่อมาแนวคำพิพากษาได้เปลี่ยนแปลงไป และยอมรับที่จะพิพากษาชดใช้ให้แก่ความเสียหายทางจิตใจได้²³

(4) ลักษณะโดยสภาพของหน้าที่ของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย

กิจกรรมสาธารณะอาจจำแนกออกได้ตามหน้าที่ของรัฐ 3 ประการ คือ

ก. กิจกรรมในทางปกครอง

ข. กิจกรรมในทางนิติบัญญัติ

ค. กิจกรรมในทางตุลาการ

²¹C.E., 22 juillet 1949, Aubery.

²²C.E., Assemblée, 24 novembre 1961, Consorts Letisserand; C.E., 25 juillet 1919, Guinot; C.E., 17 mai 2000, Département de la Dordogne.

²³C.E., 24 novembre 1962, Lotisserand.

ปัญหาจึงมีว่าความรับผิดชอบของรัฐอาจเกิดขึ้นจากกิจกรรมแต่ละอย่างนี้ได้เพียงใดหรือไม่

ก. กิจกรรมในทางปกครอง ความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากกิจกรรมในทางปกครองนั้นย่อมมีอยู่อย่างเต็มที่ และในปัจจุบันหลักเดิมที่ถือว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบนั้นก็ไม่ได้นำมาใช้บังคับแล้ว ตามหลักกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส ยังมีข้อยกเว้นอยู่บ้าง ก็แต่ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐบาล (L' Acte de gouvernement) หรือการปฏิบัติตามกฎหมายพิเศษ ซึ่งจะได้ศึกษากันต่อไปในภายหลัง

ข. กิจกรรมในทางนิติบัญญัติ ความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับผลแห่งการออกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ประชาชนนั้น ย่อมถือกันเป็นหลักทั่วไปว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะเป็นภาระหน้าที่ของพลเมืองที่จะต้องยอมรับนับถือและปฏิบัติตามกฎหมาย ไม่ว่าบทกฎหมายนั้นจะทำให้ตนต้องเสื่อมสิทธิหรือได้รับความเสียหาย และเนื่องจากในประเทศฝรั่งเศสไม่นิยมหลักที่จะถือว่าบทกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงเป็นสิ่งที่ยอมรับมิได้ หลักที่ถือว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบในกิจกรรมทางนิติบัญญัติ จึงเป็นหลักที่ใช้บังคับอย่างเด็ดขาดตลอดมา จนกระทั่งเมื่อปี ค.ศ. 1938 ศาลปกครองสูงสุดจึงได้ผ่อนคลายนี้อลงบ้าง โดยตัดสินให้รัฐให้ค่าทดแทนแก่บริษัทเอกชนที่ต้องเสียหายเนื่องจากการห้ามมิให้ผลิตสินค้าซึ่งบริษัทนั้นเคยผลิตอยู่แต่เดิม แต่การที่จะให้รัฐรับผิดชอบในกรณีเช่นนี้ ความเสียหายนั้นต้องมีลักษณะพิเศษและมีความสำคัญถึงขนาด นอกจากนี้ กิจกรรมที่กฎหมายห้ามมิให้ทำนั้นต้องไม่เป็นการกระทำที่เป็นการฉ้อฉล หรือมีลักษณะอันมิชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นในการออกบทกฎหมายที่ห้ามกิจกรรมดังกล่าวนี้ จึงมีหลักปฏิบัติเป็นทางแก้ด้วยวิธีให้ค่าทดแทนแก่ผู้ที่ถูกห้ามโดยกำหนดไว้ในบทกฎหมายนั่นเอง เช่น กฎหมายที่ห้ามขายเหล้า บางประเภทได้ยอมให้ค่าทดแทนแก่ผู้ผลิตเหล้าเหล่านั้น เป็นต้น

ค. กิจกรรมในทางตุลาการ สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐในทางตุลาการ ย่อมถือเป็นหลักแน่นอนและตายตัวว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบ และหลักนี้มีได้ใช้เฉพาะแต่กรณีเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลเท่านั้น แต่ยักรวมถึงการกระทำต่างๆ ตามกระบวนการพิจารณาและการบังคับตามคำพิพากษาด้วย นอกจากนี้ ยังให้ความคุ้มครองไปถึงเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจตุลาการด้วย อนึ่งในเรื่องนี้ยังมีหลักในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสอีกว่า “การกระทำของฝ่ายตุลาการนั้นจะนำมาฟ้องร้องยังศาลปกครองมิได้” แต่อย่างไรก็ดี เมื่อเกิดการผิดพลาดเกี่ยวกับการพิพากษาคดีนั้นก็ยังมี “กฎหมาย” ของฝรั่งเศสที่ยอมให้ค่าทดแทนเป็นค่าทำขวัญ เช่น ในกรณีที่ปรากฏว่าศาลพิพากษาลงโทษทางอาญาแก่บุคคลผิดตัวไปโดยปรากฏตัวผู้กระทำผิดขึ้นภายหลัง เป็นต้น

5.6 การดำเนินการเพื่อให้ได้รับชดใช้ค่าเสียหาย (La mise en oeuvre de la responsabilité)

ในกรณีที่เงื่อนไขต่างๆ ที่จะทำให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบนั้นมีความครบถ้วน การดำเนินการขั้นต่อไปเพื่อให้ได้รับชดใช้ค่าเสียหายนั้นทำให้เกิดปัญหาต่อมาในกรณีต่อไปนี้ คือ

- 1) ผู้เสียหายควรจะดำเนินการฟ้องคดียังศาลใด
- 2) ททรัพย์สินส่วนใดของฝ่ายปกครองที่จะสามารถนำมาชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดแก่เอกชนได้ ผู้เสียหายจะเรียกร้องจากองค์กรที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนองค์กรใดให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่ตน และศาลจะคำนวณชดใช้ค่าเสียหายโดยอาศัยหลักเกณฑ์ใด

1) อำนาจศาล (La compétence contentieuse)

ตามหลักทั่วไปที่ถือกันในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคดีที่ฟ้องร้องให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบเกี่ยวกับความเสียหายอันเกี่ยวกับการดำเนินบริการสาธารณะ นอกจากบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม ซึ่งตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสถือว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เพราะเห็นว่าเป็นกิจการที่ฝ่ายปกครองกระทำไปในลักษณะอย่างเดียวกับเอกชน

2) การชดใช้ค่าเสียหาย (La réparation)

หลักทั่วไปในการชดใช้ค่าเสียหายนั้นมิว่า จะต้องเป็นการชดใช้ค่าเสียหายโดยสิ้นเชิง แต่ถึงกระนั้นก็ยังมิมีวิธีปฏิบัติแตกต่างกันอยู่บ้างในการประเมินค่าเสียหาย ซึ่งศาลปกครองมักประเมินไม่เท่าศาลยุติธรรม กล่าวคือ ศาลปกครองฝรั่งเศสถือหลักปฏิบัติว่าจะประเมินค่าเสียหายในวันที่เกิดความเสียหายขึ้น ไม่ใช่ในวันที่ศาลมีคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ดี ต่อมาศาลปกครองก็ได้ยอมรับที่จะพิจารณาเมื่อมีความแตกต่างกันในเรื่องราคาหรือจำนวนเงินระหว่างวันที่เกิดความเสียหายกับวันที่มีคำพิพากษา หลักปฏิบัติที่แตกต่างกันนี้อาจมีผลสำคัญเกี่ยวกับการประเมินค่าเสียหายของทรัพย์สินและการกำหนดค่าสินไหมทดแทน แต่ถ้ามีกฎหมายกำหนดอัตราค่าเสียหายไว้โดยตรงแล้ว ผู้เสียหายจะขอให้ศาลพิจารณากำหนดให้นอกเหนือไปจากนั้นมิได้

5.7 ความรับผิดชอบในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ (Les régimes législatifs particuliers)

หลักว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น เป็นทฤษฎีที่ได้กำหนดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเป็นส่วนใหญ่ แต่ก็มีกฎหมายหลายฉบับที่ได้สร้างระบบกฎหมายขึ้นโดยเฉพาะในกรณีบางเรื่อง กล่าวคือ ในบางกรณีมีบทกฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐ ในบางกรณีก็ขยายความรับผิดชอบของรัฐให้มากขึ้นกว่าความรับผิดชอบทั่วไป และในบางกรณีก็ให้รัฐรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นต้น

1) ระบบที่ยกเว้นความรับผิดของรัฐ

ในประเทศฝรั่งเศสได้มีกฎหมายหลายฉบับที่ยกเว้นความรับผิดของการไปรษณีย์โทรเลขในด้านต่างๆ เกี่ยวกับการไปรษณีย์โทรเลข เว้นแต่ความรับผิดในกรณีข้อผูกพันพิเศษ เช่น การส่งพัสดุไปรษณีย์โดยมีประกัน เป็นต้น

2) ระบบที่ขยายความรับผิดของรัฐให้มากขึ้น

การขยายความรับผิดของรัฐหรือฝ่ายปกครองให้มากขึ้นนั้น ได้แก่ กรณีที่มีการกำหนดความรับผิดในเรื่องที่ไม่เคยมีการกำหนดให้ต้องรับผิดมาก่อน เช่น มีการคำนวณให้รัฐต้องรับผิดในกิจกรรมทางนิติบัญญัติหรือตุลาการ เช่น การกำหนดให้ค่าทดแทนหรือค่าทำขวัญโดยตัวบทกฎหมาย เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีตัวบทกฎหมายกำหนดความรับผิดของรัฐมากขึ้นในกรณีต่างๆ ที่เกี่ยวกับความรับผิดในเขตอันตรายที่เกิดขึ้น เช่น การให้บำนาญในกรณีทุพพลภาพ เนื่องจากอุบัติเหตุที่เกิดจากการทำงาน การให้ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากสงคราม ซึ่งได้มีบทกฎหมายหลายฉบับ อันมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ให้ความสงเคราะห์มากกว่าที่จะเป็นกฎหมายที่กำหนดค่าสินไหมทดแทน ทั้งนี้ เพื่อช่วยเหลือพลเมืองที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากภัยสงคราม ทั้งๆ ที่ยังคงถือหลักว่ารัฐไม่ต้องรับผิดเพราะเป็นการกระทำของรัฐ ผู้ใดจะฟ้องร้องให้รัฐชดเชยค่าเสียหายมิได้

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่มีการจลาจลเกิดขึ้น ซึ่งฝ่ายปกครองต้องรับผิดเนื่องจากมีตัวบทกฎหมายพิเศษขึ้น เกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองอันเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำผิดอาญาของผู้ก่อการจลาจล โดยให้บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายได้รับค่าทำขวัญจากเทศบาลหรือจากรัฐ

กรณีต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้น เป็นเรื่องของความรับผิดที่เกิดจากเหตุภัยอันตราย ไม่ใช่เกิดจากการกระทำผิดของฝ่ายปกครอง และในบางครั้งก็มีการแบ่งความรับผิดกันระหว่างรัฐกับเทศบาล แต่ความรับผิดของรัฐและเทศบาลจะมีส่วนมาน้อยเพียงใดนั้น ต้องพิจารณาถึงการกระทำของรัฐกับเทศบาลประกอบด้วย เช่น ถ้าปรากฏว่าเทศบาลบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ระงับการจลาจลหรือมีส่วนรู้เห็นกับผู้ก่อการจลาจล ส่วนที่เทศบาลจะต้องชดเชยค่าทำขวัญก็มีมากขึ้น และเป็นระบบพิเศษอีกอย่างหนึ่งของกฎหมายฝรั่งเศสในเรื่องนี้ก็คือ การให้อำนาจอศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาในกรณีดังกล่าวนี้

3) ระบบที่ให้รัฐรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในบางกรณีกฎหมายบัญญัติให้รัฐรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ในทางปกครองที่กระทำ ความผิดส่วนตัวโดยอัตโนมัติ

ได้มีกฎหมายลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1937 บัญญัติว่า ในกรณีที่เกิดความเสียหายเกิดขึ้นแก่นักเรียน หรือความเสียหายที่เกิดจากนักเรียน และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดส่วนตัว

ของครู เช่น ไม่ดูแลควบคุมตามควรแล้วรัฐต้องเป็นผู้รับผิดชอบครู แต่ก็มีสิทธิที่จะไปไล่เบี้ยเอากับครูได้ การที่ทำให้รัฐรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ของรัฐนี้มีลักษณะแตกต่างกับการให้รับผิดชอบร่วมกันระหว่างรัฐกับข้าราชการ เพราะในกรณีนั้น รัฐเองก็มีส่วนต้องรับผิดชอบในความเสียหายด้วย แต่กรณีนี้ที่รัฐต้องรับผิดชอบครู ไม่ใช่เพราะเหตุที่ถือว่ารัฐกระทำความผิดเพียงแต่เป็นการเข้ารับผิดแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น และการรับผิดชอบนี้มีผลให้ผู้เสียหายฟ้องรัฐโดยตรงได้โดยไม่ต้องฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้นั้น และคดีเช่นว่านี้ ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคดีเพราะไม่ถือว่าเป็นความผิดของฝ่ายปกครอง แต่เป็นความผิดส่วนตัวของครู จึงใช้หลักกฎหมายแพ่งในการพิจารณาคัดสินคดีเช่นว่านี้ การที่ฝ่ายปกครองเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นเพียงการเข้ามารับผิดชอบเท่านั้น

แต่ปัญหาอาจเกิดขึ้นในกรณีที่ความผิดของครูไม่ใช่ความผิดส่วนตัว แต่เป็นความผิดของหน่วยงาน ซึ่งในกรณีเช่นนั้นจะเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐโดยตรง เพื่อเป็นการให้การฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำผิดของครูนี้ง่ายขึ้น ศาลยุติธรรมจึงพิจารณาในความผิดที่ครูก่อขึ้นทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นความผิดส่วนตัวหรือความผิดของหน่วยงานก็ตาม อันเป็นกรณียกเว้นเป็นพิเศษที่ไม่ต้องไปฟ้องยังศาลปกครอง

แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีอื่นๆ เช่น ความผิดอันเกิดจากการจัดบริการสาธารณะเกี่ยวกับโรงเรียนบกพร่อง ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นต่างๆ เหล่านี้ก็ยังคงต้องไปฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลปกครองเช่นตามปกติ²⁴

นอกจากกฎหมายดังกล่าวข้างต้นนี้แล้ว ก็มีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1957 ซึ่งให้อำนาจศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายไม่ว่าจะเป็นรูปใด อันเกิดจากยานพาหนะ (un véhicule) ไม่ว่าจะเป็นประเภทใดก็ตาม (เว้นแต่ความเสียหายที่เกิดแก่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน) ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ฝ่ายปกครองจะเข้ามารับผิดชอบที่เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของตนนั้นได้ และความหมายของยานพาหนะได้รับการตีความที่กว้างขวางมาก โดยรวมไปถึงรถเข็นด้วย และยังรวมไปถึงความเสียหายที่เกิดจากยานพาหนะที่ปฏิบัติงานโยธาสาธารณะด้วย เป็นต้น

ในกฎหมายฉบับนี้เองได้ให้เหตุผลว่าการฟ้องคดีเกี่ยวกับอุบัติเหตุอันเกิดจากยานพาหนะและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้น ศาลยุติธรรมใช้หลักกฎหมายแพ่งในการพิจารณาวินิจฉัย ส่วนความรับผิดชอบของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้น เป็นเพียงเข้ามารับผิดชอบที่เจ้าหน้าที่ของตนที่ได้กระทำความผิดในระหว่างปฏิบัติหน้าที่และก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่เอกชนเท่านั้น

²⁴T.C., 31 mars 1950, Gavillet. D. 1950. J. 331. conel. Dupuich.

บรรณานุกรม

Dancy, Gilles. **La responsabilité de l'administration**. Paris, Dallaz, 1996.

Guettier, Christophe. **La responsabilité administrative**. Paris, L.G.D.J. 1996.

Jean-Claude Bonichot, Paul Cassia et Bernard Poujade. **Les Grands Arrêts du contentieux administratif**. 1^{re} éd. Paris, Dalloz, 2006.

M. Long, P. Well, G. Braibant, P. Delvové et B. Genevois. **Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative**. 16^e éd. Paris, Dalloz, 2007.

Moreau, Jacques. **La responsabilité administrative**. 3rd ed. Corrigée. Paris, P.U.F., 1996.

Paillet, Michel. **La responsabilité administrative**. Paris. Dalloz, 1996.

René Chapus. **Droit du contentieux administrative**. Paris Montchrestien, 2006. 12^e éd.

Rougevin-Baville, Michel. **La responsabilité administrative**. Paris, Hachette, 1992.

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ
ของประชาชนตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

รองศาสตราจารย์ ดร.ปวิศร เลิศธรรมเทวี

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ*

Limiting Constitutional Rights by Law

รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีตร เลิศธรรมเทวี**

Associate Professor Dr.Pawarit Lertdhamtewe

บทคัดย่อ

สิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญถูกจำกัดได้โดยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยถือเป็นบทยกเว้นดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ บทยกเว้นดังกล่าวเรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” บทความนี้ได้ข้อสรุปที่สำคัญหลายประการ กล่าวคือ ประการแรก กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล รัฐธรรมนูญต้องบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยาย อำนาจดังกล่าวต้องเป็นไปตามโครงสร้างลำดับศักดิ์แห่งกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าจะเป็นกฎหมายในลำดับศักดิ์ใด ประการที่สอง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลส่วนใหญ่เกิดจากกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งถือเป็นบทกฎหมายหลัก ในส่วนที่

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง “การคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากการกระทำที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม สำนักงานการวิจัยแห่งชาติ ประจำปี พ.ศ. 2562.

This article is part of research title “The Protection of Constitutional Rights against the Violations of Rights and Liberties of the Thai Citizens”. This research is funded by Thailand Science Research and Innovations (TSRI) through National Research Council of Thailand’s Targeted Research Initiatives Year B.E. 2562 (AD 2019).

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; LL.M. Macquarie University, Australia; LL.M. Sydney Law School, The University of Sydney, Australia; Ph.D. The University of London, UK. Email: p.lertdhamtewe@gmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. Macquarie University, Australia; LL.M. Sydney Law School, The University of Sydney, Australia; Ph.D. The University of London, UK.

วันที่รับบทความ (received) 1 กุมภาพันธ์ 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 22 มิถุนายน 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 26 สิงหาคม 2564.

เกี่ยวกับกฎหมายลำดับรอง ไม่มีประเด็นทางรัฐธรรมนูญหากกฎหมายดังกล่าวอ้างอิงหรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายไทยตรารัฐธรรมนูญขึ้นในช่วงที่มีกฎหมายเกิดขึ้นหลายฉบับ ย่อมก่อให้เกิดคำถามว่ากฎหมายดังกล่าวที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือไม่ กฎหมายดังกล่าวจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

คำสำคัญ: สิทธิและเสรีภาพ, การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย, สิทธิทางรัฐธรรมนูญ

Abstract

Constitutional right cannot be limited unless a limitation is authorized by law. This can be found in the constitution's limitation clauses. It is the principle of legality. This article demonstrates the following results. Firstly, every provision limiting a constitutional right must derive from a legal norm whose authority can be traced back – either directly or indirectly – to the constitution itself. A legal provision limiting constitutional right must constitute a part of the legal system's hierarchical structure. Regardless of its distance from the constitution, it must always be connected to an authorization found therein. Secondly, limitations on constitutional rights are based largely on statutes enacted by the Parliament. No constitutional issue arises when some of the element required to execute a limitation on a constitutional right are found in a sub-statutory law. The Thai legal system draft its constitution within the context of an existing mixed legal regime. It is possible, this article argues, that questions can be raised as to the relation between the existing law – developed prior to the constitution – and the constitution itself. Legislation limiting constitutional rights is constitutional if it abides by the requirements of the constitution's limitation clause.

Keywords: rights and liberties, limitation by law, constitutional rights

1. บทนำ

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังที่ปรากฏในมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติดังกล่าวก่อให้เกิดประเด็นที่ต้องพิจารณาหลายประการตั้งแต่ 1) เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญมีหลักเกณฑ์และสาระสำคัญอย่างไร 2) กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนหมายถึงกฎหมายใด 3) กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งตราขึ้นเพื่อขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญต้องอาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ 4) กฎหมายอื่นๆ อาทิ กฎ หรือข้อบังคับอื่นๆ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะมีผลจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้หรือไม่ หรือ 5) กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญและใช้บังคับได้หรือไม่ บทความนี้วิเคราะห์เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2. รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจ

การตรากฎหมายที่มีผลจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ คำว่า “เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” หมายถึง การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ การให้อำนาจดังกล่าวขึ้นอยู่กับลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ

การใช้สิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือต่อประโยชน์สาธารณะ (Qualified Rights) สิทธิดังกล่าวย่อมได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ อาทิ มาตรา 31 เสรีภาพในการนับถือศาสนา¹

หากเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้สิทธิหรือเสรีภาพเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) จะมีข้อจำกัดมิได้ ฉะนั้น การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การรับรองสิทธิเด็ดขาดปรากฏในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหลายมาตรา อาทิ มาตรา 28 วรรคท้าย ซึ่งเกี่ยวข้องกับการทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้² หรือบทสันนิษฐานในคดีอาญาว่า

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 31.

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 28 วรรคท้าย.

ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ในมาตรา 29 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุด แสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”³ นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 39 บัญญัติว่า “การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้” รวมตลอดทั้ง “การถอนสัญชาติของบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิด จะกระทำมิได้”⁴ เป็นการแสดงให้เห็นการรับรองสิทธิเด็ดขาด และมาตรา 49 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้”⁵

นอกเหนือจากสิทธิเด็ดขาดและสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่การใช้สิทธิไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น สิทธิและเสรีภาพบางประการอาจมีขอบเขตจำกัด (Limited Rights) การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าว อาจมีข้อความต่างๆ แบ่งออกเป็นกรณีได้ดังนี้

2.1 ข้อยกเว้นโดยไม่ได้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

ข้อยกเว้นโดยไม่ได้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือเป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับบุคคลบางประเภทโดยให้ถือว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ดังที่ปรากฏในมาตรา 27 วรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า ซึ่งบัญญัติว่า

...การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายภาพหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามวรรคสาม

³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 29 วรรคสอง.

⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 39.

⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 49.

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และ
พนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับ
บุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง
สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม⁶

รัฐธรรมนูญรับรองหลักความเสมอภาคกันของบุคคล ฉะนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญเช่นกัน
(Equality before Law) กรณีที่รัฐกำหนดมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นเพื่อบุคคลบางกลุ่ม อาทิ
สตรีดังที่ปรากฏในมาตรา 48 เรื่องสิทธิของมารดาเกี่ยวกับช่วงระหว่างก่อนและหลังการคลอดบุตร⁷
การจำกัดสิทธิเสรีภาพของเด็กหรือผู้เยาว์ในการเดินทางหรือเลือกถิ่นที่อยู่ดังที่ปรากฏในมาตรา 38⁸
สิทธิผู้สูงอายุที่มีรายได้ไม่เพียงพอแก่การยังชีพย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐดังที่
ปรากฏในมาตรา 48 วรรคสอง หรือสิทธิของผู้ยากไร้ ที่จะได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสีย
ค่าใช้จ่ายตามมาตรา 47⁹ แห่งรัฐธรรมนูญ การเลือกปฏิบัติเฉพาะกลุ่มบุคคลดังกล่าวถือเป็น
ข้อยกเว้นที่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตและข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดย
กฎหมายที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม แม้การเลือกปฏิบัติโดยกฎหมาย (*De Jure*
Discrimination) อาจเกิดขึ้นได้และรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ หากเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีบทลงโทษ
แก่บุคคล หรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะ จะถือว่าเข้าข้อยกเว้น
ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ อาทิ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301
ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ซึ่งบัญญัติให้ลงโทษแต่เฉพาะหญิงผู้ทำเท่านั้น ทั้งที่การตั้งกรรมมิได้
เกิดขึ้นจากการกระทำของหญิงเพียงฝ่ายเดียว จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติดังกล่าว
จึงทำให้ชายและหญิงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันตามมาตรา 27 แห่ง
รัฐธรรมนูญ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีดังกล่าวมีประเด็นเข้าสู่การพิจารณาของศาล
รัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563¹⁰ ซึ่งวินิจฉัยว่า

⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 27 วรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า.

⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 48.

⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 38.

⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 47.

¹⁰คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563.

.... ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ซึ่งผู้ร้องกล่าวอ้างว่า บัญญัติให้หญิงฝ่ายเดียวที่ต้องรับผิดชอบทางอาญา ไม่รวมถึงชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วยเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 นั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 27 ได้บัญญัติรับรองความเสมอภาคของบุคคล การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลจะกระทำมิได้ หลักความเสมอภาคนี้มีสาระสำคัญที่เป็นหลักการพื้นฐาน คือ การปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกันและจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ การกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เป็นกรณีที่จะเกิดขึ้นเฉพาะสำหรับบุคคลผู้เป็นหญิง เพราะโดยธรรมชาติของหญิงเท่านั้นที่สามารถตั้งครรภ์และยุติการตั้งครรภ์ได้ เมื่อชายและหญิงมีสภาพร่างกายอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างกัน การที่จะให้ชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งเป็นต้นเหตุที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์ต้องรับโทษและมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมและเป็นธรรมด้วยนั้น จะเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกัน ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อชาย ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 แต่อย่างใด¹¹

จะเห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคใช้กับกฎหมายที่มีบทลงโทษด้วย ถ้ากฎหมายที่มีบทลงโทษมุ่งเน้นคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลต่อสิ่งที่เหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อย่างกรณีการทำแท้งซึ่งประมวลกฎหมายอาญามีบทลงโทษหญิงผู้ทำแท้งให้มีความผิดอย่างเท่าเทียมกัน การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือเข้าข่ายยกเว้นไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ คงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป นอกเหนือจากคำวินิจฉัยดังกล่าว ยังมีอีกหลายคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับความเสมอภาคกันของบุคคลในทางกฎหมาย อาทิ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546¹² และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 เป็นต้น¹³

¹¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563, หน้า 6.

¹² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546.

¹³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555.

2.2 ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติดังที่ปรากฏในมาตรา 28 วรรคสองและวรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

.... การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้เว้นแต่มีคำสั่งหรือ
หมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือ
เสรีภาพในชีวิตและร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมาย
บัญญัติ¹⁴

ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติยังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 33 และมาตรา 36 แห่งรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังอาจจะบัญญัติให้รายละเอียดหรือการจำกัดขอบเขตแห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นไป “ตามที่กฎหมายบัญญัติ”¹⁵ ดังที่ปรากฏในมาตรา 37 ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินและการสืบมรดก ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ¹⁶ หรือมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการ
ปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามที่
กฎหมายบัญญัติ¹⁷

จะเห็นได้ว่า เสรีภาพในการรวมกันของบุคคลจัดตั้งพรรคการเมือง ต้องเป็นไปตามวิถีทางการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 28 วรรคสอง และวรรคสาม.

¹⁵ ดูคำอธิบายเกี่ยวกับหลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มิบทบัญญัติว่า “ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” ใน ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล, หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มิบทบัญญัติว่า “ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547), หน้า 15-16.

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 37.

¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 45.

การจัดตั้งพรรคการเมือง รวมทั้งการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ลักษณะการบัญญัติให้การกำหนดสิทธิและการจำกัดสิทธิเสรีภาพยังปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 41¹⁸ มาตรา 43¹⁹ มาตรา 46²⁰ มาตรา 47²¹ และมาตรา 48²²

2.3 ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้

ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ซึ่งปรากฏในมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติว่า

บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่
ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลง
แก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำ
ความผิดมิได้²³

ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ตาม มาตรา 29 เป็นการรับรองสิทธิในความยุติธรรม และเป็นหลักประกันว่าโทษทางอาญาไม่มีผล ย้อนหลัง หลักการดังกล่าวปรากฏในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492 ซึ่งเป็นการรับหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขึ้นพื้นฐานมาจาก UDHR²⁴ และปรากฏในมาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้
ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำ
ความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย²⁵

¹⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 41.

¹⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 43.

²⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 46.

²¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 47.

²²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 48.

²³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 29 วรรคแรก.

²⁴Universal Declaration of Human Rights, Article 11 (2).

²⁵ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499, มาตรา 2.

อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องหลักการลงโทษทางอาญาไม่มีผลย้อนหลังปรากฏมาตั้งแต่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492 หรือประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 โดยเฉพาะในคดีอาชญากรรมสงคราม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489²⁶ ซึ่งมีการวินิจฉัยปรับหลักการลงโทษทางอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสากล โดยในคดีนี้เกิดจากกรณีที่ว่า ในช่วงเวลาสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศไทยภายใต้จอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรี ได้ทำสัญญาร่วมมือกับฝ่ายญี่ปุ่น (ฝ่ายอักษะ) ประกาศสงครามกับอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา (ฝ่ายสัมพันธมิตร) เมื่อวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2485 และภายหลังสงครามสงบลง ประเทศไทยมีพระบรมราชโองการประกาศสันติภาพวันที่ 16 สิงหาคม พ.ศ. 2488 ว่าการประกาศสงครามที่ผ่านมาเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อเจตนาที่แท้จริงของประชาชน

ภายหลังประเทศไทยมีการจัดตั้งรัฐบาล โดย ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เป็นนายกรัฐมนตรี มีการตรากฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ซึ่งบัญญัติให้ “การกระทำใดๆ อันบุคคลได้กระทำไม่ว่าในฐานะเป็นตัวการหรือผู้สมรู้ต้องตามที่บัญญัติไว้ ... ให้ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม และผู้กระทำเป็นอาชญากรรมสงคราม ทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้”²⁷ พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 จึงมีผลย้อนหลังให้การกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติเป็นความผิด และศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 ตัดสินให้ พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ในส่วนที่บัญญัติย้อนหลังให้การกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติเป็นความผิด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และให้มีผลเป็นโมฆะ²⁸ ผลของคำพิพากษาก่อให้เกิดมรดกที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ 1) เกิดการสร้างหลักประกันว่าการลงโทษทางอาญาไม่มีผลย้อนหลัง และ 2) เป็นต้นกำเนิดขององค์การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย²⁹

2.4 ข้อยกเว้นโดยอาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ข้อยกเว้นโดยอาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพไว้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และปรากฏในหลายมาตรา

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489.

²⁷ พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488, มาตรา 3.

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489.

²⁹ ดูคำอธิบายโดยละเอียดใน ปัญญา อุดชาชน, “พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม: รากฐานการกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ,” รัฐศาสตร์ 61, 8 (2556): 89-138.

ได้แก่ มาตรา 30 มาตรา 32³⁰ มาตรา 34³¹ มาตรา 38³² มาตรา 40³³ มาตรา 42³⁴ และมาตรา 44³⁵ ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

การเกณฑ์แรงงานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตาม
บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือในกรณีที่
มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือใน
ระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ³⁶

จะเห็นได้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐธรรมนูญอาจจะบุเหตุผลความจำเป็นไว้ อาทิ เพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน เป็นต้น เหตุผลความจำเป็นดังกล่าวถือเป็นเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมาย ตัวอย่างเช่น การประกาศใช้กฎอัยการศึก (Martial Law)³⁷ ตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457³⁸ หรือการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (State of Emergency)³⁹ ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548⁴⁰ เป็นต้น

2.5 ข้อยกเว้นในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม

ข้อยกเว้นในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม ปรากฏในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 32.

³¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 34.

³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 38.

³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 40.

³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 42.

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 44.

³⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 30.

³⁷ ประกาศกองทัพบก ฉบับที่ 1/2557 เรื่อง การประกาศใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึกฯ ลงวันที่ 20 พฤษภาคม พ.ศ. 2557.

³⁸ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457, มาตรา 4.

³⁹ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ลงวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2563.

⁴⁰ มาตรา 5 พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548.

.... การให้นำข่าวสารหรือข้อความใดๆ ที่ผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน
จัดทำขึ้นให้เจ้าหน้าที่ตรวจก่อนนำไปโฆษณาในหนังสือพิมพ์หรือสื่อใดๆ จะ
กระทำมิได้ เว้นแต่จะกระทำในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม

⁴¹

....

ข้อยกเว้นดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 วรรคสาม ไปสัมพันธ์กับเรื่องการ
ประกาศใช้กฎอัยการศึกตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 หรือประกาศ
สถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ดังกล่าว
ข้างต้น

จะเห็นได้ว่า เจเนอรัลทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญสำหรับการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการ
จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล คือ รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ โดยอำนาจดังกล่าวไม่ว่าจะอยู่
คนละมาตรา หรือหมวดอื่นใดของรัฐธรรมนูญ จะต้องอ้างอิงหรืออาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่ง
รัฐธรรมนูญที่สอดคล้องกันทั้งฉบับ ตัวอย่างเช่น บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอัน
กฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29
การบัญญัติกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญาจำเป็นต้องคำนึงส่วนอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญว่ามีเจเนอรัล
และรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้หรือไม่ การกำหนดโทษทางอาญาที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต
และร่างกายต้องคำนึงถึงมาตรา 28 ฉะนั้น การจับ การคุมขัง การค้นตัวบุคคล หรือการกระทำใด
ที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายต้องมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ และ
การลงโทษโดยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หากรัฐธรรมนูญกำหนดเจเนอรัลเกี่ยวกับสิทธิหรือเสรีภาพไว้ การ
ตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพโดยมิได้อาศัยหรืออ้างอิงบทบัญญัติแห่ง
รัฐธรรมนูญ ย่อมถือว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ว่ากฎหมายที่ตราขึ้นจะมี
เนื้อหาดีมาน้อยเพียงใด หรือส่งเสริมและสอดคล้องกับหลักนิติธรรม กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ชอบ
ด้วยรัฐธรรมนูญ⁴²

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 35.

⁴² บทยกเว้นในรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 ของไทยเหมือนกับรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่ง Professor Aharon Barak ได้หยิบยกกรณีรัฐธรรมนูญเยอรมันมาอธิบายไว้ว่า กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติและมีผลเป็นการ
จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ตามโครงสร้างของลำดับศักดิ์
แห่งกฎหมาย หากไม่สามารถยึดโยงหรืออ้างอิงอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ย่อมถือว่ากฎหมายที่ตราขึ้น
นั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดู Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their

3. “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพก่อให้เกิดคำถามต่อไปว่า “กฎหมาย” ที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หมายถึงกฎหมายฉบับใด อาทิ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือประมวลกฎหมาย รวมตลอดทั้งมีนัยาม ลักษณะ และขอบเขตอย่างไร ประเด็นดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับความหมายของกฎหมาย และลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย โดยทั่วไป นักกฎหมายจะอธิบายและแบ่งกฎหมายตามลำดับศักดิ์ (Hierarchy of Law)⁴³ ดังนี้

- 1) รัฐธรรมนูญ
- 2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ
- 3) พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย
- 4) พระราชกฤษฎีกา
- 5) กฎกระทรวง
- 6) ประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งของกระทรวง

นอกเหนือจากกฎหมายดังกล่าว ยังมีกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อาทิ ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ถือว่ามีลำดับศักดิ์ที่รองลงมาจากกฎหมายดังกล่าวข้างต้น

การแบ่งลำดับศักดิ์กฎหมายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความเข้าใจเกี่ยวกับประเด็นปัญหาว่า กฎหมายคืออะไร หรือมีหลักเกณฑ์ใดใช้เป็นบรรทัดฐานในการกำหนดว่าข้อความใดเป็นกฎหมายซึ่งสะท้อนให้เห็นในหลายคำพิพากษาศาลฎีกา⁴⁴ โดยสรุปว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐสภาซึ่งคณะรัฐประหารได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะรัฐประหารย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมืองและเป็นรัฐสภาธิปไตย ฉะนั้น “ข้อความใดที่หัวหน้า

Limitations (New York: Cambridge University Press, 2012), p. 109 (arguing that a legal provision limiting a constitutional right must constitute a part of the legal system’s hierarchical structure. Regardless of its distance from the constitution, it must ultimately be connected to an authorization found therein).

⁴³ ดูคำอธิบายใน รวินท์ สิลปะพัฒน, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 36; วิจิตรา (ฟุ้งสัดดา) วิเชียรชม, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 55; และประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 16 เป็นต้น.

⁴⁴ อาทิ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1131/2536 และคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2513.

คณะรัฐประหารสั่งบังคับประชาชนถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม”⁴⁵ อันที่จริงประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร เป็นกฎหมายแต่ไม่ถือเป็นคำสั่งของรัฐธรรมนูญ คำสั่งของรัฐธรรมนูญที่แท้จริงไม่จำเป็นต้องขออนุญาตและผู้นั้นจะละเมิดมิได้⁴⁶ หรือสถานะของพระราชกฤษฎีกาซึ่งถูกมองว่ามีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรองจากพระราชบัญญัติ บางกรณีพระราชกฤษฎีกาอาจเป็นเรื่องที่ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญ⁴⁷ เช่น พระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั่วไป⁴⁸ หรือพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร⁴⁹ การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ดังคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2540⁵⁰ หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557⁵¹ แต่บางกรณีพระราชกฤษฎีกาอาจอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง อาทิ พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ ดังคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ พ. 20/2552⁵² ปัญหาความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของกฎหมาย และลำดับศักดิ์ของกฎหมายเป็นปัญหาเกี่ยวกับหลักการทางกฎหมาย (Jurisprudence) หรือปรัชญากฎหมาย (Philosophy of Law) ที่สัมพันธ์กับรากฐานประวัติศาสตร์ทางกฎหมาย (Legal History)⁵³ ซึ่งเป็นปัญหาในปัจจุบันและกระทบกระเทือนต่อกระบวนการยุติธรรมและการปกครองประเทศตามหลักนิติธรรม

อันที่จริง การพิจารณาว่ากฎหมายมีลำดับศักดิ์อย่างไร เป็นประเด็นที่ยังไม่เคยมีการให้คำตอบที่ชัดเจนว่ามีจุดเริ่มต้นและภูมิหลังอย่างไร เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะพบหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy of Law) ของรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น มาตรา 5 วรรคแรกจึงบัญญัติว่า

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505.

⁴⁶ คุบที่ 6 ซึ่งกล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คำสั่ง หรือประกาศของคณะรัฐประหาร.

⁴⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 102 และมาตรา 103.

⁴⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 102.

⁴⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 103 วรรคสอง.

⁵⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2540.

⁵¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557.

⁵² คำพิพากษาศาลปกครองที่ พ. 20/2552.

⁵³ จันตรี สิ้นสุภฤกษ์, “ความหมายของกฎหมาย: ข้อพิจารณาจากแง่มุมนิติปรัชญา,” วารสารกฎหมาย 38, 1 (2563): 65-80.

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้⁵⁴

ประเด็นต่อมา คือ กฎหมายกับกฎหรือข้อบังคับถือว่ามีลำดับศักดิ์สูงกว่ากัน กรณีดังกล่าว รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจกฎหมายเท่านั้นที่มีจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ โดยที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัตินิยามคำว่า “กฎหมาย” ว่ามีความหมายอย่างไร เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะพบว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายในที่นี้หมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา⁵⁵ ฉะนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และรวมทั้งประมวลกฎหมาย จึงเป็นกฎหมายหลักที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ กฎหมายดังกล่าวยังรวมทั้งกฎหมายอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ อาทิ พระราชกำหนด⁵⁶ หรือการยุบสภาผู้แทนราษฎรซึ่งต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกา⁵⁷ เป็นต้น กฎหมายกลุ่มดังกล่าวเรียกว่า (Primary Legislations) ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้โดยตรง ขณะที่กฎหรือข้อบังคับอื่นๆ ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายหลักถือเป็นลำดับรอง (Secondary Legislations) ไม่ว่าจะเป็นชื่อเรียกอย่างไร ฉะนั้น การจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายแบ่งออกเป็น 3 กลุ่มที่สำคัญ ได้แก่

- 1) กฎหมายสูงสุด (Supreme Law) คือ รัฐธรรมนูญ
- 2) กฎหมายหลัก (Primary Legislations) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจกฎหมายสูงสุด ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย และพระราชกฤษฎีกาบางประเภท อาทิ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น
- 3) กฎหมายลำดับรอง (Secondary Legislations) หมายถึง กฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายหลัก อาทิ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมาย กฎกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ เป็นต้น และรวมทั้งประกาศ กฎ หรือข้อบังคับอื่นๆ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายหลักมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง

สำหรับกฎหมายนอกเหนือจากกลุ่มดังกล่าว เป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นกฎหมายที่ใช้เฉพาะเรื่อง อาทิ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือคำพิพากษาของศาลซึ่งไม่มีสถานะเป็น

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 5 วรรคแรก.

⁵⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 81.

⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 172.

⁵⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 103 วรรคสอง.

กฎหมาย และผูกพันเฉพาะคู่กรณี ย่อมมีสถานะรองจากกฎหมายลำดับรองและใช้บังคับเฉพาะเรื่อง การแบ่งกลุ่มกฎหมายดังกล่าว ใช้กล่าวถึงกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนในบทความวิจัยฉบับนี้

3.1 กฎหมายที่ตราโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา

การตรากฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา (หมวด 7) ฉะนั้น กฎหมาย ตามความหมายในรัฐธรรมนูญจึงหมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา (Acts of Parliament) ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ⁵⁸

นอกจากนี้ กฎหมายในลำดับศักดิ์เดียวกันกับพระราชบัญญัติ ยังรวมถึงพระราชกำหนด ซึ่งกระทำเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้⁵⁹ และรวมถึงประมวลกฎหมายด้วย เนื่องจากการใช้ประมวลกฎหมายต้องมีพระราชบัญญัติให้ใช้ ประมวลกฎหมาย⁶⁰ กล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประมวลกฎหมาย ถือเป็นกฎหมายหลัก (Primary Legislations) ที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำหรือ ยินยอมจากรัฐสภา และเป็นกฎหมายที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ตามความหมาย มาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ

ปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับ แม้ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาที่ขัดหรือ แย้งต่อรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้มีบรรทัดฐานคำวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายฉบับต่างๆ อาทิ ประมวลกฎหมายอาญา ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกตาม มาตรา 301⁶¹ พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 ในส่วนที่เกี่ยวกับหญิงที่มีสามีและกฎหมาย กำหนดให้ใช้นามสกุลสามีตามมาตรา 12⁶² ประมวลกฎหมายรัษฎากร ในส่วนที่เกี่ยวกับ มาตรา 40 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) ประกอบมาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ⁶³ พระราชบัญญัติ-

⁵⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 81.

⁵⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 172 บัญญัติว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์ ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือ ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้....”.

⁶⁰ อาทิ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 เป็นต้น.

⁶¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563.

⁶² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546.

⁶³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555.

ธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19⁶⁴ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 มาตรา 39 และมาตรา 41⁶⁵ พระราชบัญญัติการเลือกตั้งเทศบาล พ.ศ. 2482 มาตรา 20 (1)⁶⁶ พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26⁶⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10)⁶⁸ พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30⁶⁹ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบขายตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54⁷⁰ เป็นต้น

กล่าวได้ว่า การกระทำที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนส่วนใหญ่เป็นการกระทำที่อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกรณีที่ปรากฏในศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมิได้อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือไม่เป็นไปตามเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 เกี่ยวกับความผิดว่าฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติให้หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่งผลกระทบถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงตั้งครรภ์ที่ครอบคลุมไปถึงสิทธิในการตัดสินใจของหญิงว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์ต่อไปอีกด้วย ซึ่งการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ต้องเกิดความสมดุลกันโดยอาจต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่เหมาะสม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ซึ่งรับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย⁷¹

ประเด็นเรื่องสิทธิในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับบทกำหนดโทษประหารชีวิตซึ่งเป็นบทกำหนดโทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดตามที่บัญญัติในมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁷² ว่าอาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญในเรื่องใด โดยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 28 รับรองสิทธิในชีวิตและร่างกาย การจับ การคุมขัง การค้นตัวบุคคลหรือการ

⁶⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546.

⁶⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2556.

⁶⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/2546.

⁶⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547.

⁶⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555.

⁶⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2556.

⁷⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555.

⁷¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563.

⁷² ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499, มาตรา 18.

กระทำใดที่กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายต้องมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่สำหรับการทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการอันโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ ฉะนั้น รัฐธรรมนูญรับรองเป็นสิทธิเด็ดขาด กฎหมายจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมิได้ องค์การนิรโทษกรรมสากล (Amnesty International) และกลุ่มผู้สนับสนุนให้ยกเลิกการลงโทษประหารชีวิต มองว่าการลงโทษประหารชีวิตเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นร้ายแรงที่สุด เป็นการลงโทษที่ป่าเถื่อนและไร้มนุษยธรรม⁷³ แนวคิดเรื่องการลงโทษประหารชีวิต หรือชีวิตแลกด้วยชีวิตมีรากฐานทางประวัติศาสตร์กฎหมายมาอย่างยาวนาน และปรากฏเป็นบทลงโทษมาตั้งแต่สังคมบรรพกาล อาทิ The Code of Hammurabi (1754 ปีก่อนคริสตกาล) ซึ่งมีบทลงโทษที่รุนแรงโดยเฉพาะการใช้โทษประหารชีวิตกับความผิด หรือที่รู้จักกันว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (Eye for Eye, Tooth for Tooth) (*Lex Talionis*)⁷⁴ หรือในสมัยโบราณของไทย ที่มีวิธีการประหารชีวิตด้วยวิธีการบั่นคอ หรือวิธีการประหารชีวิตที่แตกต่างกันออกไปดังที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงซึ่งเป็นการรวบรวมกฎหมายในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 โปรดเกล้าให้รวบรวมกฎหมายโบราณครั้งกรุงศรีอยุธยาและกรุงธนบุรีมาประมวลไว้ด้วยกัน⁷⁵ การลงโทษตามกฎหมายตราสามดวงกล่าวถึงยังมีอยู่เรื่อยมาจนกระทั่งประเทศไทยประสบปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extraterritoriality) ที่ไทยจำต้องทำสัญญาเบาริง (The Bowring Treaty) ในปี พ.ศ. 2398 (ค.ศ. 1855)⁷⁶ ส่งผลให้คนต่างชาติที่ทำผิดในไทยได้รับยกเว้นไม่ต้องขึ้นศาล โดยความล้าหลังของกฎหมาย การกำหนดโทษที่รุนแรง รวมทั้งเรื่องโทษประหารชีวิตที่มีวิธีการที่ต่างกันออกไปมีความโหดร้าย ป่าเถื่อน และไร้มนุษยธรรม ถูกใช้เป็นข้ออ้างของชาวต่างชาติที่ไม่ยอมขึ้นศาลไทย⁷⁷ มีการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญาขึ้นใหม่ให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายสมัยใหม่ และต่อมาปี พ.ศ. 2477 มีการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา เกี่ยวกับการประหารชีวิตจากการตัดศีรษะเป็นการเอาตัวไปยิงเสียให้ตาย⁷⁸ โดยการลงโทษประหารชีวิตด้วยการยิงให้ตาย ถูกมองว่าเป็นการลงโทษที่รุนแรง ทารุณ

⁷³ Amnesty International, การรณรงค์ (Campaign) ขององค์การนิรโทษกรรมระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการให้ทุกประเทศยกเลิกโทษประหารชีวิต [Online], available URL: <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty/>, 2563 (ตุลาคม, 29).

⁷⁴ The Code of Hammurabi (1754 BC).

⁷⁵ โทษประหารชีวิต 21 สถานในกฎหมายตราสามดวง.

⁷⁶ The Bowring Treaty (1855) (Between the United Kingdom and the Kingdom of Siam).

⁷⁷ ดูแสง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 170.

⁷⁸ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ว่าด้วยการประหารชีวิต.

โหดร้าย และไร้มนุษยธรรมในสังคมไทยจึงมีการเปลี่ยนการลงโทษประหารชีวิตจากการใช้ปืนยิงเป็นการฉีดยาให้ตายเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม พ.ศ. 2546⁷⁹ จะเห็นได้ว่า แนวคิดเรื่องการลงโทษประหารชีวิตยังคงมีอยู่ในประเทศไทย เพียงแต่เปลี่ยนวิธีการลงโทษให้ดูไม่โหดร้ายทารุณ หรือไร้มนุษยธรรมจนเกินไป อาจกล่าวได้ว่า การพิจารณาว่าการลงโทษประหารชีวิตเป็นการลงโทษด้วยวิธีการอันโหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือไม่เป็นเรื่องละเอียดอ่อน ไม่มีคำตอบที่ชัดเจนตายตัวและคงขึ้นอยู่กับมุมมองของแต่ละสังคมว่าพิจารณาเรื่องดังกล่าวอย่างไร

ไม่ว่าการลงโทษประหารชีวิตจะถูกต้องชอบธรรม หรือมีขึ้นเพื่อความเป็นธรรมในสังคมมากน้อยเพียงใด ประเด็นที่ชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดโทษประหารชีวิตตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายซึ่งเป็นโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น เป็นบทบัญญัติที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิในชีวิตและร่างกาย และการแลกชีวิตด้วยชีวิตเป็นสิทธิเด็ดขาดที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขห้ามมิให้กระทำได้⁸⁰

3.2 กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic Law) ซึ่งตราขึ้นเพื่ออธิบายขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับสถานะและลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย (Hierarchy of Law) ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณามาตรา 81 แห่งรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงน่าจะมีความลำดับศักดิ์เสมอกันกับพระราชบัญญัติ

การนำพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมาใช้ในประเทศไทยปรากฏเป็นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ซึ่งบัญญัติให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ 8 ฉบับ อย่างไรก็ตาม แนวคิดเรื่องพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและการนำมาใช้ในระบอบรัฐธรรมนูญปรากฏในแวดวงนิติศาสตร์ไทยมาอยู่ก่อนแล้ว⁸¹ สถานะและลำดับศักดิ์ของพระราชบัญญัติประกอบ

⁷⁹ ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 245 ประกอบมาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการประหารชีวิตนักโทษ พ.ศ. 2546.

⁸⁰ ประเด็นเรื่องโทษประหารชีวิต (Capital Punishment) อยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาในครั้งนี้.

⁸¹ อาทิ ในงานเขียนของศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม ดูไพโรจน์ ชัยนาม, รัฐธรรมนูญและการปกครองของอิตาลี (กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2529); งานเขียนของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ดูวิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530); งานเขียนของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ซึ่งเสนอให้นำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมาใช้ในประเทศไทยดู อมร จันทรมบูรณ์, รวมบทความเกี่ยวกับโครงสร้างและกลไกทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญในทัศนะของ ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์ (กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2539); ดูผลงานวิจัยของศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ใน สมคิด

รัฐธรรมนูญได้กลายเป็นประเด็นในการตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁸² คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550⁸³ ซึ่งวินิจฉัยว่า เมื่อกระบวนการตราพระราชบัญญัติและกระบวนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเหมือนกัน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงมีศักดิ์เท่ากฎหมายธรรมดา ดังนี้

.... เมื่อได้พิจารณาลักษณะของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้นำมาบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หาได้ปฏิบัติให้มีลักษณะเช่นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของต่างประเทศไม่ เพราะกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่จะเรียกว่าเป็นกฎหมายที่มีหลักการสำคัญเกี่ยวข้องโดยตรงกับรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปจะมีสิ่งที่สำคัญอย่างน้อยอีกหลายประการ เช่น จะกำหนดให้เห็นว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมีฐานะที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป (แต่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ) รวมทั้งมีวิธีการร่างและแก้ไขกฎหมายนั้นยากกว่าการร่างและแก้ไขกฎหมายธรรมดาทั่วไป ซึ่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญทั้งหลายตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 หาได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวไม่ ดังนั้น เมื่อคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของไทยที่ใช้กันตลอดก่อนหน้านี้แล้ว ตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่า ตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย การประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยคณะปฏิรูปฯ ครั้งนี้ จึงมิได้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายอื่นทั้งหลาย ไม่ว่ากฎหมายเหล่านั้นจะเรียกว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

เลิศไพฑูรย์, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538); และผลงานวิจัยของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ซึ่งเสนอข้อคิดที่นำไปสู่การปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทยโดยนำแนวคิดกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมาใช้ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, **กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส: ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย** (กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2541) เป็นต้น.

⁸² ภายหลังการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2549 และก่อนมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2550 ในช่วงเวลาดังกล่าวประเทศไทยใช้ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรพิเศษรูปแบบหนึ่งที่ปรากฏในประเทศไทย ดู ปวรศิร เลิศธรรมเทวี, “พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย,” **วารสารกฎหมาย** 34, 1(2559): 165-186; และดู ปวรศิร เลิศธรรมเทวี, **องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบในกลุ่มประเทศอาเซียน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563), หน้า 55.

⁸³ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550.

หรือไม่ ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ซึ่งมีสถานะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติทั่วไป จึงยังมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป⁸⁴

ต่อมาในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 บัญญัติให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ 9 ฉบับ⁸⁵ และมีการบัญญัติกระบวนการทำให้พิเศษกว่าพระราชบัญญัติธรรมดา โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะต้องถูกตรวจสอบโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนที่จะประกาศใช้ อาจกล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 รับเอาแนวคิดหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมาใช้⁸⁶ และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 130 บัญญัติให้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ 10 ฉบับ ประกอบด้วย

- 1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร
- 2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา
- 3) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง
- 4) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง
- 5) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน
- 6) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต
- 7) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน
- 8) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ
- 9) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรง

ตำแหน่งทางการเมือง

- 10) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ⁸⁷

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นการเฉพาะและทำหน้าที่ขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดคำถามสำคัญว่า การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำเป็นต้องเป็นไปตาม

⁸⁴ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550, หน้า 196.

⁸⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 138.

⁸⁶ คำอธิบายการศึกษาแนวทางการนำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมาใช้ในประเทศไทย ดูคำอธิบายใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดิม.

⁸⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 130.

เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ และหากการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้อาศัยอำนาจ เช่นว่านั้นจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

กรณีนี้อาจมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศใช้ ฉะนั้น กระบวนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ จึงมีกลไกบังคับให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้ก่อนแล้วและย่อมถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กรณีนี้กล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการตรากฎหมายและกลไกกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบก่อนที่จะมีการประกาศใช้ มิได้เป็นที่ยืนยันว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอไป อาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญย่อมเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาตามหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยถือว่าร่างกฎหมายนั้นเป็นเจตจำนงของรัฐสภา การตรวจสอบดังกล่าวจึงเป็นการตรวจสอบในเชิงนามธรรม (Abstract Review) ก่อนที่พระราชบัญญัติดังกล่าวจะประกาศใช้ ฉะนั้น หากบุคคลใดได้รับผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพภายหลังที่กฎหมายใช้บังคับย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ดังข้อความที่ปรากฏในมาตรา 25 แห่งรัฐธรรมนูญ⁸⁸

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้ง 10 ฉบับ จะพบว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ หรืออธิบายขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และในคำปรารภ หรืออารัมภบทของกฎหมายแต่ละฉบับจะอ้างอิงและอาศัยอำนาจบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวข้องทั้งสิ้น สรุปได้ว่า การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องจึงจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม จากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้ง 10 ฉบับ มีข้อสังเกตและข้อพิจารณาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560⁸⁹ เพียงฉบับเดียวที่แสดงให้เห็นถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ตรารขึ้นโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองมีบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฉะนั้น ข้อความที่ปรากฏในคำปรารภหรืออารัมภบทแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติว่า

⁸⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 25.

⁸⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560.

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 26 ประกอบมาตรา 34 และมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

เหตุผลและความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อให้การจัดตั้ง การบริหารงาน และการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองเป็นไปโดยเปิดเผยและตรวจสอบได้ เปิดโอกาสให้สมาชิกมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางในการกำหนดนโยบายและการส่งผู้สมัครรับเลือกตั้ง รวมทั้งมีมาตรการกำกับให้พรรคการเมืองสามารถดำเนินการโดยอิสระไม่ถูกครอบงำหรือชี้นำโดยบุคคลซึ่งมิใช่สมาชิกของพรรคการเมือง ซึ่งการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้สอดคล้องกับเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว

จึงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่รัฐสภาดังต่อไปนี้⁹⁰

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 อาศัยบทยกเว้นในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 26 และอาศัยอำนาจตามมาตรา 34 และ 37 จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับ มาตรา 34 เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน⁹¹

⁹⁰ คำปรารภแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560.

⁹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 34.

การจัดตั้งพรรคการเมือง และการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองของพรรคการเมือง เกี่ยวข้องกับอุดมการณ์ทางการเมือง และย่อมเกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนารมณ์ทางการเมืองใน แนวทางเดียวกันของกลุ่มบุคคล ซึ่งเป็นเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Speech) และเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิด (Freedom of Expression) และรัฐธรรมนูญให้การ รับรอง เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มีบทบัญญัติ บางประการที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังที่ปรากฏในหมวด 1 และ หมวด 2 เป็นต้น การตรากฎหมายจึงอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 ดังกล่าวในคำปราชญ์ข้างต้น

ขณะที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 37 รับรองสิทธิในทรัพย์สินโดยบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิ ในทรัพย์สินและการสืบทอด”⁹² โดยบัญญัติให้ “ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้ เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”⁹³ การที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มีบทบัญญัติจำกัดสิทธิบางประการเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สิน ดังที่ปรากฏในเรื่อง การเงินและการบัญชีของพรรคการเมือง รายได้ของพรรคการเมือง หรือการใช้จ่ายของพรรค การเมือง เป็นต้น บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจกระทำได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรค การเมือง พ.ศ. 2560 ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินและเงินจึงสอดคล้องกับเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม สาระสำคัญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรค การเมือง พ.ศ. 2560 คือ การรวมกลุ่มเป็นพรรคการเมือง การรวมกลุ่มดังกล่าวต้องเป็นไปตาม วิธีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หากไม่เป็นไปตาม วิธีทางดังกล่าวย่อมนำมาสู่การสิ้นสุดพรรคการเมือง ด้วยการยุบพรรคการเมือง และส่งผลต่อการ เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น ฉะนั้น หมวด 8 แห่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 จึงบัญญัติเกี่ยวกับการสิ้นสุด ของพรรคการเมือง ในมาตรา 90-95 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการรวมกัน จัดตั้งพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิธีทาง การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามที่ กฎหมายบัญญัติ

⁹²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 37 วรรคแรก.

⁹³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 37 วรรคสอง.

กฎหมายตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบริหาร
พรรคการเมือง ซึ่งต้องกำหนดให้เป็นไปโดยเปิดเผยและตรวจสอบได้ เปิด
โอกาสให้สมาชิกมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางในการกำหนดนโยบายและการส่ง
ผู้สมัครรับเลือกตั้ง และกำหนดมาตรการให้สามารถดำเนินการโดยอิสระไม่ถูก
ครอบงำหรือชี้นำโดยบุคคลซึ่งมิได้เป็นสมาชิกของพรรคการเมืองนั้น รวมทั้ง
มาตรการกำกับดูแลมิให้สมาชิกของพรรคการเมืองกระทำการอันเป็นการฝ่า
ฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง⁹⁴

มาตรา 45 เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการ
ปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การจัดตั้งพรรคการเมืองจึงต้อง
นำรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 มาพิจารณาด้วย ซึ่งบัญญัติว่า

บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบ
ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้⁹⁵

สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 49 เป็นสิทธิเด็ดขาด การที่หมวด 8 แห่ง
พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 บัญญัติให้การกระทำอย่างใด
อย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งยุบพรรคการเมืองนั้น

- (1) กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมี
พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการ
ปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ใน
รัฐธรรมนูญ
- (2) กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย
อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข⁹⁶

⁹⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 45.

⁹⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 49.

⁹⁶พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560, มาตรา 92.

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการไต่สวนแล้ว มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าพรรคการเมืองกระทำการดังกล่าว ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง และเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น⁹⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 จึงเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นสอดคล้องกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 49 อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการรวมกลุ่มเป็นพรรคการเมือง โดยการยุบพรรคการเมือง รัฐธรรมนูญ มาตรา 45 บัญญัติให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ การตรากฎหมายจึงต้องอาศัยอำนาจตามมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญ

กล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมิได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจบทบัญญัติมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญจึงมีประเด็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ในส่วนที่เกี่ยวกับ มาตรา 90, 91, 92, 93, 94 และ 95 ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และหากกฎหมายฉบับดังกล่าวตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญและส่งผลให้กฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวย่อมส่งผลต่อการที่ได้กระทำไปแล้ว อาทิ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 ซึ่งเกี่ยวกับการยุบพรรคไทยรักษาชาติ⁹⁸ หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2563 ซึ่งเกี่ยวกับการยุบพรรคอนาคตใหม่⁹⁹ ประเด็นเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 กับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการรับเอาแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Militant Democracy) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายต้องอาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญ อำนาจดังกล่าวต้องยึดโยงกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยทางอ้อม และไม่มีรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยประเทศใดที่ขัดกับหลักการดังกล่าว หากการตรากฎหมายมิได้อาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว ไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาว่ากฎหมายนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ แม้ในข้อเท็จจริงการตรากฎหมายดังกล่าวจะออกมาเพื่อให้สิทธิหรือเสรีภาพบังเกิดผลในทางปฏิบัติที่สอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ ก็ไม่ถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional)¹⁰⁰

⁹⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560, มาตรา 92 วรรคท้าย.

⁹⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562.

⁹⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2563.

¹⁰⁰ Barak, above n 41, at 107 (stating that Every provision limiting a constitutional right must derive from a legal norm whose authority can be traced back – either directly or indirectly – to the constitution itself. If this authority cannot be found, the limitation is unconstitutional.).

3.3 การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายลำดับรอง

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก่อให้เกิดคำถามว่า การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายลำดับรองจะกระทำได้หรือไม่ ประเด็นดังกล่าวคงขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ บางประเทศการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำเป็นต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลักเท่านั้น กรณีดังกล่าวอาจเรียกว่า “การให้อำนาจในกฎหมายหลัก” (Primary Arrangement) อาทิ สหรัฐอเมริกา¹⁰¹ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁰² แคนาดา¹⁰³ สาธารณรัฐอินเดีย¹⁰⁴ และรัฐอิสราเอล¹⁰⁵ เว้นแต่ฝ่ายนิติบัญญัติจะให้อนุญาตให้กระทำได้ในกฎหมายลำดับรอง หรืออาจเรียกว่า “การให้อำนาจในกฎหมายลำดับรอง” (Secondary Arrangement) ซึ่งสอดคล้องตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ อำนาจที่จะกำหนดว่ากฎหมายใดมีอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น หากฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการปฏิบัติตามกฎหมาย อาทิ กฎกระทรวง ย่อมถือว่ากระทำได้นั้น กฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องอาศัยอำนาจกฎหมายหลักที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามลำดับศักดิ์โครงสร้างของกฎหมาย (Hierarchical Structure)¹⁰⁶ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 ซึ่งบัญญัติให้ผู้มีสัญชาติไทยต้องมีชื่อตัวหรือชื่อรอง และมีชื่อสกุล¹⁰⁷ โดยกำหนดหลักเกณฑ์การตั้งชื่อตัวและชื่อรองไว้ในมาตรา 6 และมาตรา 7 และชื่อสกุลบัญญัติไว้ในมาตรา 8 และมาตรา 9

¹⁰¹ ดูคำอธิบายใน Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (New York: Foundation Press, 2000), p. 977.

¹⁰² ดูคำอธิบายใน David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago: The University of Chicago Press, 1994), p. 132.

¹⁰³ ดูคำอธิบายใน Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto: Thomson Carswell, 2007), p. 123.

¹⁰⁴ ดูคำอธิบายใน Mahabir Prashad Jain, *Indian Constitutional Law* (London: LexisNexis Butterworths, 2003), p. 139.

¹⁰⁵ ดูคำอธิบายใน Suzie Navot, *The Constitutional Law of Israel* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2007), p. 73.

¹⁰⁶ Barak, above 41, at 109 (arguing that a legal provision limiting a constitutional right must constitute a part of the legal system's hierarchical structure).

¹⁰⁷ พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505, มาตรา 5.

มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 บัญญัติว่า “ชื้อตัวต้องไม่ฟ้องหรือมุ่งหมายให้คล้ายกับพระปรมาภิไธย พระนามของพระราชินี หรือราชทินนาม และต้องไม่มีคำหรือความหมายหยาบคาย”¹⁰⁸ สำหรับการจดทะเบียนชื้อสกุลกำหนดไว้ในมาตรา 8 บัญญัติว่า

- (1) ไม่ฟ้องหรือมุ่งหมายให้คล้ายกับพระปรมาภิไธย หรือพระนามของพระราชินี
- (2) ไม่ฟ้องหรือมุ่งหมายให้คล้ายกับราชทินนาม เว้นแต่ราชทินนามของตน ของผู้บุพการี หรือของผู้สืบสันดาน
- (3) ไม่ซ้ำกับชื้อสกุลที่ได้รับพระราชทานจากพระมหากษัตริย์ หรือชื้อสกุลที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว
- (4) ไม่มีคำหรือความหมายหยาบคาย
- (5) มีพยัญชนะไม่เกินกว่าสิบพยัญชนะ เว้นแต่กรณีใช้ราชทินนามเป็นชื้อสกุล¹⁰⁹

การจดทะเบียนตั้งชื้อสกุลให้ปฏิบัติตามมาตรา 9 ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง¹¹⁰ จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 ให้อำนาจฝ่ายบริหาร (กระทรวงมหาดไทย) ในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตั้งชื้อสกุลให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง อำนาจดังกล่าวสอดคล้องตามโครงสร้างลำดับศักดิ์ของกฎหมายย่อมถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นเกี่ยวกับคำสั่งที่ใช้เป็นแนวปฏิบัติในการปฏิบัติตามกฎหมายหรือการใช้ดุลยพินิจของเจ้าพนักงานในการปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตัวอย่างเช่น กระทรวงมหาดไทย และกรมการปกครองได้กำหนดแนวปฏิบัติตามพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การตั้งชื้อตัว ชื้อรอง และชื้อสกุล ว่าต้องไม่มีคำหยาบคาย โดยยึดถือคำแปลจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน เป็นหลักในการพิจารณาว่า คำใดมีความหมายหรือไม่ และนำมาประกอบกันแล้วมีความหมายเหมาะสมหรือไม่ หรือฉบับอื่น หรือที่หน่วยราชการกำหนดความหมาย

¹⁰⁸ พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505, มาตรา 6.

¹⁰⁹ พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505, มาตรา 8.

¹¹⁰ พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505, มาตรา 9.

ไว้¹¹¹ จะเห็นได้ว่า แนวปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทยและกรมการปกครองสร้างหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการตั้งชื่อของบุคคล หรือชื่อสกุลว่าต้องมีความหมาย และมีความหมายตามพจนานุกรมในภาษาไทยก่อให้เกิดประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า หากผู้ที่มีความประสงค์จะใช้หรือเปลี่ยนชื่อตัว ชื่อรอง และชื่อสกุลไม่เป็นภาษาไทย หรือการตั้งชื่อโดยการนำพยัญชนะ “ร” มาเรียงซ้อนกัน เช่น “รรร” “รรรร” หรือ “รรรรร” เป็นต้น¹¹² รวมทั้งกรณีผู้ที่เคร่งครัดต่อศาสนาบางศาสนา เช่น คนไทยมุสลิม กรมการปกครองไม่อนุญาตให้ผู้ใช้นั้นยื่นคำขอใช้หรือเปลี่ยนชื่อเป็นภาษาดังกล่าวได้ จะถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา (Freedom of Religion) ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

อาจกล่าวได้ว่า การกำหนดหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทยและกรมการปกครองในการตั้งชื่อของบุคคล หรือชื่อสกุลต้องมีความหมายไม่เป็นการปฏิเสธสิทธิของบุคคลโดยสิ้นเชิง การกำหนดแบบแผนให้ตั้งชื่อที่มีความหมายเป็นประเด็นเล็กน้อย (*De Minimis*) และไม่สำคัญ (Trivial) ที่ถึงขนาดปฏิเสธสิทธิในการใช้ชื่ออันเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัว อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมสิทธิในชีวิต เนื่องจากการตั้งชื่อเป็นสิทธิที่ทุกคนไม่อาจกำหนดเองได้ในตอนแรก การกำหนดให้ชื่อมีความหมายจึงเป็นการส่งเสริมให้ผู้ตั้งชื่อตระหนักถึงคุณค่าของชีวิต หรือความหมายของการมีชีวิตสำหรับผู้ที่เกิดมาบนโลกนี้ ฉะนั้น ระเบียบแบบแผนของกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทยจึงมุ่งคุ้มครองสิทธิในชีวิตของทารกที่เกิดขึ้นมา สอดคล้องกับหลักการประกันสิทธิทางรัฐธรรมนูญ¹¹³

สำหรับกรณีกรมการปกครองไม่อนุญาตให้ผู้ขอใช้หรือเปลี่ยนชื่อเป็นสำเนียงภาษาต่างประเทศ รวมทั้งผู้ที่เคร่งครัดต่อศาสนายอมเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการนับถือศาสนาในรัฐธรรมนูญ ปัจจุบันกรมการปกครองกระทรวงมหาดไทยได้เปลี่ยนแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณา “คำแปล” หรือความหมายต้องไม่หยابคายในการเปลี่ยนชื่อตัว ชื่อรอง หรือชื่อสกุล เป็นสำเนียงภาษาต่างประเทศ หากไม่ขัดต่อมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ให้ถือว่ากระทำได้ เช่นเดียวกับกรณีที่เคร่งครัดต่อศาสนาขอตั้งชื่อหรือเปลี่ยนชื่อตัว ชื่อรอง หรือชื่อสกุลที่ไม่เป็นภาษาไทย หากสามารถยืนยันความหมายหรือคำแปลได้ว่าไม่มีคำหรือความหมายหยابคายก็ให้ดำเนินการได้¹¹⁴

¹¹¹ หนังสือกรมการปกครองที่ มท 0310.2/38063 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2538.

¹¹² ดูหนังสือที่ นศ 0017.1/ว4735 ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน พ.ศ. 2555.

¹¹³ ปัจจุบันการจดทะเบียนชื่อบุคคลของกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทยกำหนดให้การตั้งชื่อต้องมีความหมายตามหนังสือสั่งการกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0310.2/ว1481 ลงวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2544.

¹¹⁴ หนังสือกรมการปกครองที่ มท 0310.2/ว1481 ลงวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2544.

กรณีดังกล่าวแม้ยังไม่มีบรรทัดฐานคำตัดสินของศาลไทย แต่เป็นการกระทำที่สอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญต่างประเทศ โดยเฉพาะแคนาดาซึ่งมีคดีการตีความการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของกฎหมายลำดับรองโดยศาลสูงแคนาดา (Supreme Court of Canada) หลายคดี อาทิ คดี *Attorney General of Quebec v. Quebec Protestant School Boards* (1984)¹¹⁵ หรือ *The Queen v Jones* (1986)¹¹⁶ เป็นต้น นอกเหนือจากศาลสูงแคนาดา ศาลสูงรัฐอิสราเอล (Supreme Court of Israel)¹¹⁷ และศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ (Constitutional Court of South Africa)¹¹⁸ ใช้หลักกฎหมายในทำนองเดียวกัน

โดยศาลสูงแคนาดาใช้หลักกฎหมาย (Jurisprudence) ในการพิจารณาว่ากฎหมายลำดับรองใดมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ มีหลักเกณฑ์และเงื่อนไข 3 ประการ กล่าวคือ 1) เป็นเรื่องเล็กน้อย (*De Minimis*) หรือไม่สำคัญ (Trivial) หรือไม่¹¹⁹ และการพิจารณาว่าประเด็นใดเป็นเรื่องเล็กน้อยหรือไม่สำคัญการกระทำดังกล่าวต้องไม่เป็น 2) การปฏิเสธสิทธิโดยสิ้นเชิง (Complete Denial)¹²⁰ และ 3) เป็นการสร้างระเบียบ แบบแผน หรือแนวปฏิบัติเพื่อบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งเป็นการคำสั่งหรือการใช้ดุลยพินิจเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น¹²¹ หากเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าว ย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และไม่ก่อให้เกิดประเด็นการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

¹¹⁵ *Attorney General of Quebec v Quebec Association of Protestant School Boards et al.* [1984] 2 SCR 66 (Supreme Court of Canada).

¹¹⁶ *The Queen v Jones* [1986] 2 SCR 284 (Supreme Court of Canada).

¹¹⁷ อาทิ *United Mizrahi Bank Ltd. V Migdal Cooperative Village*, CA 6821/93 [1995] IsrLR 1 at 237 (Supreme Court of Israel).

¹¹⁸ อาทิ *Hoffman v South African Airways*, 2001 (1) SA 1 (Constitutional Court of South Africa).

¹¹⁹ *Attorney General of Quebec v Quebec Association of Protestant School Boards et al.* [1984] 2 SCR 66 (Supreme Court of Canada), 88.

¹²⁰ *The Queen v Jones* [1986] 2 SCR 284 (Supreme Court of Canada), 313.

¹²¹ *Committee for the Commonwealth of Canada v Canada* [1991] 1 SCR 139 (Supreme Court of Canada).

4. กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ และมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

นอกเหนือจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Primary Legislations) และกฎหมายลำดับรอง (Secondary Legislations) เจื่อนไขทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 26 ก่อให้เกิดข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ ซึ่งแบ่งออกเป็นสองกรณีที่สำคัญ ได้แก่ 1) กฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีการประชุมใช้รัฐธรรมนูญ และ 2) กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจและเจื่อนไขทางรัฐธรรมนูญฉบับก่อน

4.1 กฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญ

กฎหมายไทยหลายฉบับตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก อาทิ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ซึ่งเป็นประมวลฉบับแรกของไทย¹²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งร่างขึ้นเป็นครั้งแรกตั้งแต่ปี พ.ศ. 2451 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2468¹²³ หรือพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457¹²⁴ และพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2469¹²⁵

ปัจจุบันกฎหมายดังกล่าวมีการแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งผ่านกลไกและกระบวนการทางนิติบัญญัติเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันและถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาทิ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2486 (กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2486)¹²⁶ และได้ใช้ต่อมาจนถึงปี พ.ศ. 2499 จนกระทั่งมีการปรับปรุงใหม่อีกครั้งเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน¹²⁷ หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมและใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน¹²⁸ หรือ

¹²² แสง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 235.

¹²³ ดูประวัติการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใน มุนินทร์ พงศาปาน, ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 235 (ให้ข้อมูลและประวัติการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยละเอียดและเป็นประโยชน์ต่อวงวิชาการไทยเป็นอย่างมาก).

¹²⁴ พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457.

¹²⁵ พระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2469.

¹²⁶ กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2486.

¹²⁷ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.

¹²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ซึ่งให้ยกเลิกพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2469¹²⁹ หรือพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 เป็นกฎหมายที่ต่อมาเมื่อมีรัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ว่าเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หรือในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฏอัยการศึกเฉพาะแห่งเป็นการรีบด่วน เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารย่อมกระทำได้ตามกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึก¹³⁰

จะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีผลเป็นจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั้งสิ้น และก่อให้เกิดคำถามว่ากฎหมายเช่นนั้นตรารขึ้นโดยอาศัยอำนาจใด กฎหมายดังกล่าวบัญญัติขึ้นตั้งแต่สมัยที่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นองค์อธิปัตย์หรือประมุขแห่งรัฐเท่านั้น แม้ปัจจุบันประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญ ร่างกฎหมายจะต้องนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและจะปรากฏข้อความว่า “มีพระบรมราชโองการให้ประกาศว่า” ในกฎหมายทุกฉบับ การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายจึงถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของไทย¹³¹ และพระบรมราชโองการถือเป็นคำสั่งของรัฐฎาธิปัตย์ (Command of a Sovereign) ที่ชอบด้วยกฎหมาย แนวคิดเรื่องคำสั่งของรัฐฎาธิปัตย์มีการกล่าวถึงในผลงานของ John Austin¹³² ว่ากฎหมาย คือ คำสั่งซึ่งทำให้คนทั่วไปอยู่ใต้อาณัติขององค์อธิปัตย์ คำสั่งดังกล่าวจะต้องมีความประสงค์ มาตราการลงโทษกรณีไม่ปฏิบัติตาม วิธีการแสดงความประสงค์ สภาพการบังคับอันทั่วไประหว่างผู้มีอำนาจสั่งที่สามารถระบุดำเนินได้ ซึ่ง Austin เรียกว่า “องค์อธิปัตย์” โดยคำสั่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ทุกคนต้องเชื่อฟัง ยกเว้นองค์อธิปัตย์เท่านั้นไม่จำเป็นต้องเชื่อฟังผู้ใด¹³³ แนวคิดของ Austin ทรงอิทธิพลและได้รับการยอมรับเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศไทยมีการแปลความแนวคิดของ Austin ไปสู่การใช้อำนาจของคณะรัฐประหารว่าเป็นคำสั่งของรัฐฎาธิปัตย์¹³⁴ การปรับใช้แนวคิดกฎหมาย คือ คำสั่งของศาลไทยดังกล่าวอาจจะต้องมีการตรวจสอบว่าถูกต้องมากน้อย

¹²⁹ พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560.

¹³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 176.

¹³¹ ดูปวิศร เลิศธรรมเทวี, การนำประเพณีในการปกครองประเทศไทยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561), หน้า 57.

¹³² John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (London: Richard Taylor, The University of London, 1832), pp. 1-2.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1131/2536 หรือคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2513 เป็นต้น.

เพียงใด ประเด็นเรื่องคำสั่งหรือประกาศของคณะรัฐประหารเป็นคำสั่งของรัฐบาลิปัตย์หรือไม่ ควรมีการศึกษาวិจัยเพิ่มเติมต่อไป ซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาวิจัยในครั้งนี้

4.2 กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อน

เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 26 ข้างต้น ยังก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าว่าจะใช้บังคับต่อไปได้หรือไม่ หรือมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะใช้บังคับได้หรือไม่ การจะทราบถึงเหตุว่ามีบทบัญญัติในกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นกรณีที่มีผู้ได้รับผลกระทบ และใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล และหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้บทบัญญัติใดในกฎหมายฉบับนั้นเป็นอันตกไป และใช้ได้เท่าที่ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ¹³⁵ ฉะนั้น กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจนกว่าจะมีผู้ได้รับผลกระทบ

อาจกล่าวได้ว่า ปัจจุบันคงมีกฎหมายหลายฉบับที่ตราขึ้นก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าและมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีผู้ร้องหรือใช้สิทธิทางศาล ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505¹³⁶ ซึ่งใช้บังคับมานานแล้ว และมีบทบัญญัติบางประการที่มีประเด็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในเรื่องบทสันนิษฐานในคดีอาญาว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ซึ่งเป็นหลักการที่ปรากฏมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492¹³⁷ แต่ไม่มีผู้ใดร้องเป็นคดีต่อศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล จึงยังไม่มีบรรทัดฐานของศาล สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะกฎหมายฉบับดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะสงฆ์จึงเป็นกฎหมายที่ใกล้ชิดสำหรับบุคคลทั่วไป มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 บัญญัติว่า

พระภิกษุรูปใดถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราวและเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุม หรือพระภิกษุรูปนั้นมีได้

¹³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 5.

¹³⁶ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505.

¹³⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492, มาตรา 30.

สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้¹³⁸

นอกเหนือจากมาตรา 29 บทบัญญัติในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 บัญญัติต่อไปว่า

เมื่อจะต้องจำคุก กักขัง หรือขังพระภิกษุรูปใดตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีอำนาจดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้ และให้รายงานให้ศาลทราบถึงการสละสมณเพศนั้น¹³⁹

มาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 เกี่ยวข้องกับบทสันนิษฐานในคดีอาญาว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดว่าผู้นั้นกระทำความผิดซึ่งเป็นสิทธิในความยุติธรรมตามมาตรา 29 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า

.... ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มี
ความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะ
ปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้
[...]¹⁴⁰

กรณีดังกล่าวมีประเด็นต้องพิจารณาว่า หากพระภิกษุที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดรูปนั้นเชื่อว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์และไม่ประสงค์จะสละสมณเพศ และต้องการประพฤติดุปฏิบัติตนเป็นพระภิกษุสงฆ์ตามความเชื่อในศาสนาพุทธต่อไป จะกระทำได้หรือไม่ หรือจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายในเรื่องการแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นพระภิกษุสามเณรโดยมิชอบเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเป็นบุคคลเช่นนั้นนั้นตามมาตรา 208 ประมวลกฎหมายอาญา¹⁴¹ กรณีดังกล่าวนี้มีมติมหาเถรสมาคมซึ่งเป็นมติที่ออกตามความในมาตรา 29 และ 30 แห่งพระราชบัญญัติ

¹³⁸ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505, มาตรา 29.

¹³⁹ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505, มาตรา 30.

¹⁴⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 29 วรรคสอง.

¹⁴¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 208.

คณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มติที่ 138/2563¹⁴² เรื่อง การพ้นจากความเป็นพระภิกษุ กรณีต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาว่า

ในการประชุมมหาเถรสมาคม ครั้งที่ 6/2563 เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2563 เลขาธิการมหาเถรสมาคม เสนอว่า จากกรณีที่มีพระภิกษุถูกจับกุม ต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เป็นที่ถกเถียงกันในหมู่ชาวพุทธเกี่ยวกับพระภิกษุที่ถูกจับกุมว่า เจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการให้พระภิกษุสละสมณเพศ โดยไม่ได้เปลี่ยนวาจาจะถือว่าพ้นจากความเป็นพระภิกษุหรือไม่ และกรณีที่พระภิกษุรูปนั้นได้รับการประกันตัวออกมา หรือพ้นโทษออกมาจะกลับมาบวชใหม่หรือไม่โดยไม่ต้องอุปสมบทใหม่ได้หรือไม่ ซึ่งประเด็นดังกล่าวได้เผยแพร่ออกไปผ่านสื่อในหลายช่องทางอย่างกว้างขวาง โดยก่อให้เกิดความสับสนแก่ชาวพุทธ และมีผู้แสดงทัศนคติต่าง ๆ นานา อันจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียกระทบต่อความมั่นคงของพระพุทธศาสนา จึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจที่ถูกต้องในเรื่องดังกล่าวแก่คณะสงฆ์และสังคม

[...]

กรณีจำเลยยอมสึกถอดจีวรเพราะถูกจับต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา และเจ้าพนักงานสอบสวนไม่ให้ประกันตัว ต่อมาได้รับการประกันตัวกลับมาแต่งกายเป็นพระภิกษุอีก โดยมีได้อุปสมบทใหม่จะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 208 ฐานแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นพระภิกษุสามเณรโดยมิชอบเพื่อให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเป็นบุคคลเช่นนั้น¹⁴³

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 29 และ 30 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ที่ให้พระสงฆ์ที่ถูกจับเพราะต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาสละสมณเพศเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดซึ่งขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อเสรีภาพในการถือศาสนา และการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 31 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ในส่วน

¹⁴² มติมหาเถรสมาคมที่ 138/2563 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2563.

¹⁴³ มติมหาเถรสมาคมที่ 138/2563 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2563.

ที่เกี่ยวกับมาตรา 29 และมาตรา 30 สมควรที่จะมีการศึกษาเพิ่มเติมในเชิงลึกต่อไป ซึ่งอยู่นอกเหนือบทความวิจัยฉบับนี้

กล่าวได้ว่า อาจมีกฎหมายอีกหลายฉบับที่ใช้บังคับในปัจจุบันและมีบทบัญญัติบางประการที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีผู้ใดร้องขอใช้สิทธิทางศาล หรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล กรณีดังกล่าวควรจะมีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง ทั้งนี้ จำเป็นต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าทุกฉบับชอบด้วยรัฐธรรมนูญจนกว่ามีผู้ร้องขอใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล และศาลวินิจฉัยแล้วว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

5. บทสรุป

บทความนี้กล่าวถึงการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งก่อให้เกิดคำถามที่ต้องพิจารณา 5 ประการที่สำคัญ กล่าวคือ 1) เงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญมีหลักเกณฑ์ ขอบเขตและวิธีอย่างไร 2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวหมายถึงกฎหมายฉบับใดหรือลำดับศักดิ์ใด 3) กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งตราขึ้นโดยรัฐธรรมนูญเพื่อขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จำเป็นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ 4) กฎหมายลำดับรองจะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้หรือไม่ และ 5) กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ ทั้งกฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก และกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญปัจจุบันหรือไม่

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้โดยตรง และขึ้นอยู่กับลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นสิทธิเด็ดขาด การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพใดๆ จะกระทำมิได้อาทิ การลงโทษประหารชีวิตตามประมวลกฎหมายอาญา ขัดหรือแย้งกับมาตรา 28 ซึ่งรับสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการอันโหด หรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ ในขณะที่เดียวกันการตรากฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเด็ดขาดเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญย่อมชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาทิ สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 49 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ซึ่งออกตามความในมาตรา 49 แห่งรัฐธรรมนูญย่อมชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือบางกรณีเป็นสิทธิที่มีขอบเขตจำกัด

เนื่องจากการใช้สิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวอาจไปกระทบกระเทือนประโยชน์สาธารณะ หรือละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญและมีข้อความต่างๆ แบ่งออกเป็น 5 กรณี ได้แก่ 1) ข้อยกเว้นโดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อาทิ รัฐธรรมนูญ มาตรา 27 2) ข้อยกเว้นตามคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคสอง และวรรคสาม หรือมาตรา 33 มาตรา 36 มาตรา 41 มาตรา 43 มาตรา 45 มาตรา 46 มาตรา 47 และมาตรา 48 3) ข้อยกเว้นที่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ตามมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญ 4) ข้อยกเว้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 32 มาตรา 34 มาตรา 38 มาตรา 40 มาตรา 42 และมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ และ 5) ข้อยกเว้นในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามตามรัฐธรรมนูญมาตรา 35 วรรคสาม

บทความนี้ยังได้วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายลำดับรอง โดยได้ข้อสรุปว่า กฎหมายลำดับรองอาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้หากกฎหมายหลักซึ่งได้รับอำนาจโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ตามเงื่อนไขและโครงสร้างของลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่พิจารณาต่อไปว่าหากเป็นคำสั่งทางปกครองหรือแนวปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองสร้างขึ้นเพื่อให้เจ้าพนักงานใช้ดุลยพินิจ หรือเป็นแนวปฏิบัติเพื่อการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งคำสั่งหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวส่วนใหญ่มักลักษณะเป็นการสร้างเงื่อนไข ระเบียบแบบแผน หรือแนวปฏิบัติและมีลักษณะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตัวเอง คำสั่งหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวจะถือว่าการกระทำใดมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้หรือไม่ หรือชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประเด็นดังกล่าวต้องพิจารณาลักษณะของคำสั่งหรือแนวปฏิบัติดังกล่าวว่าเป็นเรื่องเล็กน้อย (*De Minimis*) หรือไม่สำคัญ (*Trivial*) หรือไม่ การจะพิจารณาว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยหรือไม่สำคัญต้องพิจารณาว่า คำสั่งหรือการสร้างระเบียบแบบแผน แนวปฏิบัติดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิโดยสิ้นเชิง (*Complete Denial*) หรือไม่ หากเป็นกรณีที่มิเป็นการปฏิเสธสิทธิโดยสิ้นเชิง อาทิ คำสั่งกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย เกี่ยวกับการตั้งชื่อบุคคล หรือชื่อสกุลของบุคคลต้องมีความหมาย ย่อมไม่ถือเป็นการปฏิเสธสิทธิในการตั้งชื่ออันเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลโดยสิ้นเชิง แต่เป็นการส่งเสริมให้การตั้งชื่อแสดงให้เห็นถึงคุณค่าและความหมายของการมีชีวิต

นอกเหนือจากการศึกษากฎหมายลำดับหลักและกฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน บทความนี้ยังกล่าวถึงประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ 1) กรณีกฎหมายที่ตราขึ้นตั้งแต่ยังไม่มีการใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก กับ 2) กรณีกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า

จะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญปัจจุบันหรือไม่ การตรากฎหมายในกรณีดังกล่าวต้องมีพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ให้ตรากฎหมายขึ้น แม้ปัจจุบันประเทศไทยจะมีรัฐธรรมนูญ การตรากฎหมายจะต้องนำร่างกฎหมายขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย โดยจะปรากฏข้อความในกฎหมายทุกฉบับว่า “มีพระบรมราชโองการให้ประกาศว่าฯ” ซึ่งเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญ หรือประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

สำหรับกฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้ามีข้อความหรือบทบัญญัติใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ จะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญและใช้บังคับต่อไปได้หรือไม่ กล่าวได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นอันตกไปและใช้บังคับไม่ได้เฉพาะบทบัญญัติที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการจะทราบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นกรณีที่มีผู้ได้รับผลกระทบและใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล อาจกล่าวได้ว่า ปัจจุบันคงมีกฎหมายมากมายหลายฉบับที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่ไม่มีผู้ร้องขอใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล อาทิ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา 29 และมาตรา 30 ซึ่งมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 31 หรือไม่ เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาทบทวนโดยละเอียดต่อไป กรณีดังกล่าวจึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่ากฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าทุกฉบับชอบด้วยรัฐธรรมนูญจนกว่ามีผู้ร้องขอใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล และศาลวินิจฉัยแล้วว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

บรรณานุกรม

- นันทวัฒน์ บรมานันท์. **กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส: ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2541.
- ปัญญา อุดชาชน. “พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม: รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ.” **รัฐสภาสาร** 61, 8 (2556): 89-138.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- ปวีตร เลิศธรรมเทวี. **การนำประเพณีในการปกครองประเทศไทยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561.
- _____. “พัฒนาการขององค์การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย.” **วารสารกฎหมาย** 34, 1 (2559): 165-186.
- _____. **องค์การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบในกลุ่มประเทศอาเซียน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. **รัฐธรรมนูญและการปกครองของอิตาลี**. กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2529.
- มนินทร์ พงศาปาน. **ระบบกฎหมายซีวิลลอว์: จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- รวินท์ ลีละพัฒนะ. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- วิชณุ เครืองาม. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530.
- ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล. **หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มีบทบัญญัติว่า “ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ.”** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. **พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ตันบุญเจริญ. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- อมร จันทรสมบุรณ์. **รวมบทความเกี่ยวกับโครงสร้างและกลไกทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญในทัศนะของ ศ.ดร.อมร จันทรสมบุรณ์**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2539.

- Austin, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. London: Richard Taylor, The University of London, 1832.
- Barak, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations**. New York: Cambridge University Press, 2012.
- Currie, David P. **The Constitution of the Federal Republic of Germany**. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.
- Hogg, Peter W. **Constitutional Law of Canada**. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Jain, Mahabir Prashad. **Indian Constitutional Law**. London: Lexis Nexis Butterworths, 2003.
- Navot, Suzie. **The Constitutional Law of Israel**. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.
- Tribe, Laurence H. **American Constitutional Law**. New York: Foundation Press, 2000.

ฐานอันชอบด้วยกฎหมายในการเก็บรวบรวม
ใช้และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

ดร.ปรีดา โชติมานนท์

ฐานอันชอบด้วยกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล^{*} Legal Basis for Collection, Use, or Disclosure of Personal Data

ดร.ปริดา โชติमानนท์^{**}
Dr.Preeda Showtimanon

บทคัดย่อ

หลักความชอบด้วยกฎหมายความเป็นธรรมและความโปร่งใสของการบริหารจัดการข้อมูล (Lawfulness, Fairness and Transparency) เป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่ถูกบัญญัติไว้ในข้อบังคับทั่วไปของสหภาพยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (General Data Protection Regulation: GDPR หรือ EU Regulation 2016/679) หลักการดังกล่าวกำหนดให้ในการรวบรวม ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลหรือที่เรียกโดยรวมว่า เป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะต้องกระทำโดยอาศัยฐานอันชอบด้วยกฎหมายในการประมวลผลข้อมูล (Legal Basis) ประการใดประการหนึ่งซึ่งเหตุแห่งความชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไปนั้นก็

^{*}บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัยเรื่อง “รูปแบบการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 สำหรับผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็ (SMEs)” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสถาบันวิจัยและพัฒนา มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ. 2564.

This article is part of the research title “Format in Preparation for Small and Medium-Sized Entrepreneurs (SMEs) for Compliance with the Personal Data Protection Act B.E. 2562”. This research is funded by Research and Development Institute, Ramkhamhaeng University, 2021.

^{**}อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; ร.บ. (การเมืองการปกครอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; ศศ.ม. (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง; LL.M. in International Trade Law, Northumbria University (Newcastle), UK; LL.M. in Criminal Law and Procedure (With Merit), University of Sunderland, UK; น.ด. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: preeda@ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; B.A. (Political Science) Thammasat University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. in International Trade Law, Northumbria University (Newcastle), UK; LL.M. in Criminal Law and Procedure (With Merit), University of Sunderland, UK; LL.D. Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 7 มิถุนายน 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 23 สิงหาคม 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 26 สิงหาคม 2564.

คือ การประมวลผลข้อมูลโดยอาศัยความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนำข้อมูลเช่นนั้นไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่เจ้าของข้อมูลได้ให้ความยินยอมไว้โดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตาม ทั้งข้อบังคับทั่วไปของสหภาพยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ยังได้กำหนดฐานอันชอบด้วยกฎหมายในการประมวลผลส่วนบุคคลไว้อีกหลายประการ ได้แก่ การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลด้วยเหตุจากความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญาเกี่ยวกับเจ้าของข้อมูล เหตุจากความจำเป็นของผู้ควบคุมข้อมูลในการปฏิบัติตามกฎหมาย เหตุจากความจำเป็นในการป้องกันภัยอันตรายต่อชีวิตของบุคคล เหตุจากความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือการปฏิบัติหน้าที่โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เหตุจากประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือบุคคลภายนอก เหตุจากประโยชน์ในการจัดทำเอกสารประวัติศาสตร์หรือจดหมายเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะ รวมไปถึงการศึกษาวิจัยในเชิงสถิติโดยการศึกษาฐานทางกฎหมายในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเหล่านี้ย่อมทำให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่จะบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคลให้เหมาะสมกับกิจการของตน โดยไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในทุกกรณี กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ฐานในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลทุกฐานมีสถานะเท่าเทียมกัน มิใช่ว่าการได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลจะมีสถานะเหนือไปกว่าการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยอาศัยฐานทางกฎหมายอื่นแต่อย่างใดและเมื่อความยินยอมมิได้เป็นฐานทางกฎหมายเพียงฐานเดียวที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะสามารถนำมาใช้เพื่อการเก็บรวบรวมใช้และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเช่นนี้แล้ว ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงสามารถนำฐานความชอบด้วยกฎหมายอื่นมาใช้ในการองค์กรธุรกิจหรือหน่วยงานของตนให้เหมาะสมแก่กรณีเพื่อประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งฐานประโยชน์อันชอบธรรมซึ่งมีขอบเขตในการใช้กว้างขวางเป็นอย่างยิ่ง

คำสำคัญ: ข้อมูลส่วนบุคคล, ฐานอันชอบด้วยกฎหมาย, ความยินยอม

Abstract

Lawfulness, fairness and transparency of data processing is one of the most crucial principles of data processing stated in General Data Protection Regulation (GDPR) or EU Regulation 2016/679. This principle states that any operation which is performed on personal data can be traced back to one of legal basis for data processing. The most commonly used legal basis of data processing is consent of data subject for data processing in a specific purpose. However, contrary to popular belief, there are other legal bases for data processing prescribed on both GDPR and Personal Data Protection Act B.E. 2562, namely; necessity for the performance of contract, necessity for compliance with a legal obligation, necessity in order to protect the vital interests, necessity for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority, legitimate interest of data processor or third parties and processing of personal data for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes. The comprehensive study is applicable for stakeholders on data processing to such an extent that they can optimize their data management, which suitable and economical for their activities, without asking for consent from data subject in every case. In other words, there is no legal fundamental which states that, the consent of data subject would generate more intense legitimacy for data processing than the other ones. Consequently, organization or entities whose concern is relevant to personal data, can apply one of these legal bases, which are suitable for their course of business, for their data processing to minimize their costs caused by any process concerning asking their clients or other stakeholders for the consent.

Keywords: personal data, legal basis, consent

1. บทนำ

“กลยุทธ์ด้านการจัดการข้อมูล” (Data Strategy) ที่สหภาพยุโรปได้เผยแพร่ในปี ค.ศ. 2020 สหภาพยุโรปได้แสดงเจตจำนงที่ต้องการนำพาประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปไปสู่ “ผู้นำของสังคมที่ขับเคลื่อนด้วยข้อมูล” (Data-Driven Society) โดยการสร้างตลาดเดียวสำหรับข้อมูล (Single Market for Data) และส่งเสริม “Data Economy” หรือการนำข้อมูลไปใช้ในการพาณิชย์เพื่อส่งเสริมเศรษฐกิจโดยรวมที่น่าดึงดูดปลอดภัยและมีความเคลื่อนไหวตามการเปลี่ยนแปลงของสังคมอยู่ตลอดเวลา (Attractive, Secure and Dynamic Data Economy) ด้วยการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานทางสารสนเทศต่างๆ ที่ใช้ในการเก็บรักษาและประมวลผลข้อมูลผ่านทางการสร้างความร่วมมือที่เรียกว่า “European Cloud Capacity” อย่างไรก็ตาม นโยบายในลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นนโยบายที่กระทบต่อสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามมาตรา 8 (1) แห่งกฎบัตรสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน (Charter of Fundamental Rights of the European Union)¹ และมาตรา 16 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union, TEU)² ด้วยเหตุนี้ การสร้างตลาดเดียวสำหรับข้อมูล

¹Charter of Fundamental Rights of the European Union Article 8 Protection of personal data

1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.
2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified.
3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.

²Treaty on the Functioning of the European Union Article 16 (ex Article 286 TEC)

1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning them.
2. The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall lay down the rules relating to the protection of individuals with regard to the processing of personal data by Union institutions, bodies, offices and agencies, and by the Member States when carrying out activities which fall within the scope of Union law, and

เพื่อให้ได้ประโยชน์สูงสุดแก่ทุกฝ่ายตามนโยบายของสหภาพยุโรปนั้น ต้องมีเกณฑ์ในการการแบ่งแยกระหว่างข้อมูลส่วนบุคคลและข้อมูลที่ไม่ใช่ข้อมูลส่วนบุคคลที่ชัดเจนและต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์การนำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ผ่านทางกฎระเบียบต่างๆ ของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลและข้อบังคับที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าต่างๆ อันเป็นหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีความเป็นธรรมปฏิบัติได้จริงและชัดเจน (Fair, Practical and Clear) เพื่อสร้างสมดุลระหว่างการส่ง เริ่มการนำข้อมูลไปใช้ในเชิงพาณิชย์และการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนบุคคลสหภาพยุโรปจึงได้ประกาศใช้ “ข้อบังคับทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล” (Regulation (EU) 2016/679 หรือ General Data Protection Regulation: GDPR)³ เมื่อวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 2016⁴ ทั้งนี้ GDPR ได้มีกร่างขึ้นโดยคำนึงถึงหลักการสำคัญ 7 ประการ⁵ ได้แก่

the rules relating to the free movement of such data. Compliance with these rules shall be subject to the control of independent authorities...

³ต่อไปนี้จะบทความจะใช้คำว่า “GDPR”.

⁴Maciej Gawronski. **Guide to GDPR** (Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2019), p. 1.

⁵General Data Protection Regulation (GDPR) 2016 Article 5 Principles relating to processing of personal data

1. Personal data shall be:

(a) processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject (‘lawfulness, fairness and transparency’);

(b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes; ... not be considered to be incompatible with the initial purposes (‘purpose limitation’);

(c) adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed (‘data minimization’);

(d) accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that personal data that are inaccurate, having regard to the purposes for which they are processed, are erased or rectified without delay (‘accuracy’);

(e) kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the personal data are processed; ... (‘storage limitation’);

(f) processed in a manner that ensures appropriate security of the personal data, including protection against unauthorized or unlawful processing and against accidental loss, destruction or damage, using appropriate technical or organizational measures (‘integrity and confidentiality’).

ประการที่หนึ่ง หลักความชอบด้วยกฎหมายความเป็นธรรมและความโปร่งใสของการบริหารจัดการข้อมูล (Lawfulness, Fairness and Transparency) อันเป็นหลักการที่กำหนดให้การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลต้องชัดเจนและชัดแจ้ง (Clear and Affirmative Consent) ทั้งยังกำหนดรับรองสิทธิที่จะถูกลืม (Right to be Forgotten) เพื่อให้เจ้าของข้อมูลสามารถขอให้ผู้ควบคุมข้อมูลลบข้อมูลของตนเองออกได้

ประการที่สอง หลักการจำกัดวัตถุประสงค์ของการใช้ข้อมูล (Purpose Limitation) ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องถูกรวบรวมเพื่อวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่งอย่างชัดแจ้งและห้ามมีการนำข้อมูลนั้นไปใช้นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้เช่นว่านั้นเว้นแต่จะเป็นการนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนด

ประการที่สาม หลักความจำเป็นในการใช้ข้อมูล (Data Minimization) ข้อมูลต้องถูกนำไปใช้เท่าที่จำเป็นและเกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามวัตถุประสงค์เท่านั้น

ประการที่สี่ หลักความแม่นยำในการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ (Accuracy) ต้องมีการทำข้อมูลให้มีความทันสมัยและเป็นปัจจุบันอยู่ตลอดเวลา เพื่อประกันความแม่นยำของการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ ทั้งยังต้องมีหลักประกันว่า ข้อมูลที่ไม่อาจนำไปใช้อย่างแม่นยำจะถูกแก้ไขหรือลบทิ้งอย่างรวดเร็ว

ประการที่ห้า หลักการจำกัดการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคล (Storage Limitation) ต้องมีการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลไว้ในระยะเวลาเท่าที่จำเป็นต่อการนำข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไปใช้เท่านั้น เว้นเสียแต่ว่าการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะจำเป็นต่อการนำข้อมูลไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อประโยชน์การวิจัยทางวิทยาศาสตร์หรือประวัติศาสตร์หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในทางสถิติ

ประการที่หก หลักความสมบูรณ์และการรักษาความลับ (Integrity and Confidentiality) ต้องมีการนำมาตรการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลเพื่อป้องกันไม่ให้ข้อมูลส่วนบุคคลถูกนำไปใช้จากผู้ที่ไม่มียุติใช้ข้อมูลและป้องกันไม่ให้ข้อมูลเสียหายหรือถูกทำลาย

ประการที่เจ็ด หลักความรับผิดชอบ (Accountability) กล่าวคือ ผู้ควบคุมข้อมูลต้องรับผิดชอบการประมวลผลที่ฝ่าฝืนต่อข้อบังคับฉบับนี้ ซึ่งจะกำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลนำมาตรการที่เหมาะสมทั้งในเชิงเทคนิคและในเชิงจัดการองค์กรมาใช้ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

ดังนั้น เพื่อให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเป็นไปตามมาตรฐานของสหภาพยุโรป และเพื่อให้การคุ้มครอง “สิทธิในความเป็นส่วนตัว” (Right to Privacy) อันสิทธิที่ได้รับการรับรอง

2. The controller shall be responsible for, and be able to demonstrate compliance with, paragraph 1 ('accountability').

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 32 เป็นไปได้ในทางปฏิบัติจึงได้มีการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562” เมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2562 โดยจะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มิถุนายน 2565⁶ ซึ่งสอดคล้องกับการหลักสำคัญ 7 ประการ ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ปรากฏใน GDPR โดยมีบทบัญญัติที่ครอบคลุมไปถึงสิทธิในการได้รับแจ้งให้ทราบถึงการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ (Right to be Informed) สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล (Right of Access) สิทธิในการขอให้โอนข้อมูลส่วนบุคคล (Right to Data Portability) สิทธิคัดค้านการเก็บรวบรวม ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล (Right to Object) สิทธิในการขอให้ลบทำลายหรือทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลกลายเป็นข้อมูลที่ไม่สามารถระบุตัวตนได้ (Right to be Forgotten) สิทธิขอให้ระงับการใช้ข้อมูล (Right to Restrict Processing) และสิทธิในการขอให้แก้ไขข้อมูลส่วนบุคคล (Right to Rectification)

ประเด็นปัญหาที่สำคัญที่นำมาสู่การอภิปรายในบทความฉบับนี้ก็คือ การรวบรวมใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลหรือที่เรียกโดยรวมว่า เป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล จะกระทำได้อย่างไร โดยอาศัยฐานทางกฎหมายใดบ้าง โดยสิ่งแรกที่มีคนนึกถึงเมื่อพูดถึงฐานอันชอบด้วยกฎหมาย (Legal Basis) ในการเก็บรวบรวม ใช้และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นก็คือ การได้รับความยินยอม (Consent) จากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในการใช้ประโยชน์จากข้อมูลส่วนบุคคลตามข้อบังคับทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 การได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลจึงไม่จำเป็นต้องทำทุกกรณีไป แต่อาจจะใช้ฐานทางกฎหมายอื่นได้

⁶ ถึงแม้ว่ามาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะได้กำหนดให้พระราชบัญญัติมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่บทบัญญัติในหมวด 2 หมวด 3 หมวด 5 หมวด 6 หมวด 7 และความในมาตรา 95 และมาตรา 96 ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไปก็ตาม แต่เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม พ.ศ. 2563 ได้มีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกากำหนดหน่วยงานและกิจการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 พ.ศ. 2563 มีให้นำบทบัญญัติในหมวด 2 หมวด 3 หมวด 5 หมวด 6 และมาตรา 95 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2563 มาใช้บังคับแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเป็นหน่วยงานหรือกิจการบางประเภท โดยมีผลจนถึงวันที่ 31 พฤษภาคม 2564 และต่อมาเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม 2562 ได้มีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกากำหนดหน่วยงานและกิจการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2564 ขยายระยะเวลาการงดเว้นการใช้บังคับของบทบัญญัติในหมวด 2 หมวด 3 หมวด 5 หมวด 6 และมาตรา 95 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2563 ไปจนถึงวันที่ 31 พฤษภาคม 2565 พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงยังไม่มีได้มีผลใช้บังคับอย่างเต็มรูปแบบจนกว่าจะถึงวันที่ 1 มิถุนายน 2565.

2. ฐานอันชอบด้วยกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

ฐานอันชอบด้วยกฎหมายในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเงื่อนไขที่สำคัญต่อการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมาย⁷ โดยในข้อบังคับทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จึงได้มีการกำหนดฐานทางกฎหมายในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ 7 ประการ ได้แก่ ฐานทางกฎหมายที่หนึ่ง ฐานความยินยอม (Consent) ฐานทางกฎหมายที่สอง ฐานความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญา กับเจ้าของข้อมูล (Necessity for the Performance of a Contract) ฐานทางกฎหมายที่สาม ฐานความจำเป็นของผู้ควบคุมข้อมูลในการปฏิบัติตามกฎหมาย (Necessity for Compliance with a Legal Obligation) ฐานทางกฎหมายที่สี่ ฐานความจำเป็นในการป้องกันภัยอันตรายต่อชีวิตของบุคคล (Necessity in Order to Protect the Vital Interests) ฐานทางกฎหมายที่ห้า ฐานความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือการปฏิบัติหน้าที่โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Necessity for the Performance of a Task Carried Out in the Public Interest or in the Exercise of Official Authority) ฐานทางกฎหมายที่หก ฐานประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือบุคคลภายนอก (Legitimate Interest) และฐานทางกฎหมายที่เจ็ด ฐานเพื่อประโยชน์ในการจัดทำเอกสารประวัติศาสตร์หรือจดหมายเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะ รวมถึงการศึกษาวิจัยในเชิงสถิติ (Scientific/Historical Research Interest) ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁷General Data Protection Regulation (GDPR) 2016 Recital 40 Lawfulness of Data Processing

In order for processing to be lawful, personal data should be processed on the basis of the consent of the data subject concerned or some other legitimate basis, laid down by law, either in this Regulation or in other Union or Member State law as referred to in this Regulation, including the necessity for compliance with the legal obligation to which the controller is subject or the necessity for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract.

2.1 ฐานความยินยอม (Consent)

GDPR มาตรา 6 (1) (a)⁸ กำหนดให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมาย หากการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการนำข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไปประมวลผลเพื่อวัตถุประสงค์ประการใดประการหนึ่งหรือหลายประการโดยเฉพาะเจาะจง นอกจากนี้ GDPR มาตรา 4 (11)⁹ และ Recital 32¹⁰ ยังได้อธิบายหลักการที่สำคัญสำหรับความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยสามารถแบ่งหลักการที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมได้ 5 ประการ คือ 1) การให้ความยินยอมต้องกระทำโดยอิสระ (Freely Given) 2) การให้ความยินยอมต้องมีความเฉพาะเจาะจง (Specific) 3) การให้ความยินยอมต้องมีการแจ้งให้เจ้าของข้อมูลทราบ (Informed) 4) การให้ความยินยอมต้องมีความชัดเจนไม่คลุมเครือ (Unambiguous) และ 5) การให้ความยินยอมต้องสามารถเพิกถอนได้ (Revokable)¹¹ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

1) การให้ความยินยอมต้องกระทำโดยอิสระ (Freely Given)

หลักการนี้เปรียบเสมือนศูนย์กลางของความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักการที่ว่า การให้ความยินยอมต้องกระทำโดยอิสระ โดยคำว่า “โดยอิสระ” หมายถึง การที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีทางเลือกที่แท้จริงที่จะให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลโดยไม่รู้สีกว่าตนถูกบังคับหรือต้องได้รับผลร้ายหากตนไม่ได้ให้ความยินยอมเช่นนั้น

⁸General Data Protection Regulation (GDPR) 2016 Article 6 Lawfulness of processing

1. Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies:

(a) the data subject has given consent to the processing of his or her personal data for one or more specific purposes;

⁹General Data Protection Regulation (GDPR) 2016 Article 4 Definitions

For the purposes of this Regulation:

(11) consent' of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her;

¹⁰General Data Protection Regulation (GDPR) 2016 Recital 32 Conditions for Consent

Consent should be given by a clear affirmative act establishing a freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's agreement to the processing of personal data relating to him or her, such as by a written statement, including by electronic means, or an oral statement ...

¹¹เทียบเคียงพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562, มาตรา 19 วรรคสอง.

ด้วยเหตุนี้ หากการให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลถูกผูกติดอยู่กับข้อสัญญาที่ไม่อาจโต้แย้งหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็ย่อมต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าความยินยอมดังกล่าวเป็นความยินยอมที่ไม่ได้กระทำโดยอิสระ ในทำนองเดียวกันการที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถปฏิเสธหรือเพิกถอนความยินยอมได้โดยไม่เกิดผลร้ายต่อตนก็ย่อมเป็นปัจจัยที่ชี้ให้เห็นว่า ความยินยอมดังกล่าวเป็นความยินยอมที่ไม่ได้กระทำโดยอิสระเช่นเดียวกัน หลักการในทำนองเดียวกันนี้ยังปรากฏอยู่ในมาตรา 19 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งกำหนดให้ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องคำนึงอย่างถึงที่สุด ในความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอมอีกด้วย ปัจจัยที่ส่งผลต่อความเป็นอิสระของการให้ความยินยอมมีทั้งสิ้น 5 ประการ คือ ความไม่สมดุลของอำนาจ (Imbalance of Power) การสร้างเงื่อนไขในการให้ความยินยอม (Conditionality) ความไม่ปะปนกันระหว่างวัตถุประสงค์ในการประมวลผลข้อมูลที่แตกต่างกัน (Granularity) การไม่ก่อผลกระทบในเชิงลบ (Detriment) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) ความไม่สมดุลของอำนาจ (Imbalance of Power)

ความไม่สมดุลของอำนาจเป็นสิ่งที่ส่งผลกระทบต่อการให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นอย่างยิ่ง โดยความไม่สมดุลของอำนาจอาจเกิดขึ้นได้ในความสัมพันธ์ 2 รูปแบบ ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐและประชาชนและความสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างและนายจ้าง ปรากฏตามตัวอย่างดังต่อไปนี้¹²

ตัวอย่างที่ 1 หน่วยงานท้องถิ่นมีแผนการที่จะปรับปรุงซ่อมแซมถนนที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดข้อขัดข้องในการใช้ถนนดังกล่าวเป็นระยะเวลายาวนาน หน่วยงานท้องถิ่นดังกล่าว จึงจัดให้มีบริการรับบริการข่าวสารเกี่ยวกับสภาพจราจรของถนนดังกล่าวผ่านทางอีเมลโดยได้เน้นย้ำว่าประชาชนที่อยู่ในท้องที่ดังกล่าวไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องรับบริการดังกล่าวแต่อย่างใด กล่าวคือ แม้ประชาชนที่อยู่ในท้องที่ดังกล่าวจะไม่ได้สมัครรับบริการข่าวสารเกี่ยวกับสภาพจราจรของถนนที่กำลังซ่อมแซมนี้ก็ได้ไม่ได้ทำให้เสียสิทธิในการเข้ารับบริการอย่างอื่นของท้องถิ่นแต่อย่างใด ทั้งยังมีการจัดให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข่าวสารเกี่ยวกับสภาพจราจรของถนนดังกล่าวผ่านทางเว็บไซต์ของท้องถิ่นได้อีกช่องทางหนึ่ง เช่นนี้แล้วก็ย่อมเป็นกรณีที่มีความไม่สมดุลของอำนาจไม่เป็นอุปสรรคต่อการให้ความยินยอมของประชาชนในท้องถิ่นแต่อย่างใด

¹² ตัวอย่างจาก European Data Protection Board, **Guidelines 05/2020 on Consent under Regulation 2016/697 Version 1.1** [Online], available URL: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf, 2021 (April, 17).

ตัวอย่างที่ 2 หากในการยื่นคำขอเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในที่ดินอย่างใดอย่างหนึ่งต้องได้รับการอนุญาตจากทั้งหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่นและรัฐบาลของท้องถิ่นและทั้งสองหน่วยงานข้อมูลชุดเดียวกัน อย่างไรก็ตาม หน่วยงานทั้งสองไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลซึ่งกันและกันได้ ประชาชนผู้ยื่นคำขอจึงได้ให้ความยินยอมในการผสาน (Merge) ข้อมูลของตนให้เป็นข้อมูลชุดเดียวกันเพื่อความสะดวกแก่เจ้าหน้าที่ในการดำเนินการตามคำขอดังกล่าว โดยเจ้าหน้าที่ผู้รับคำขอได้เน้นย้ำว่าการผสานข้อมูลไม่ใช่สิ่งที่กฎหมายบังคับให้กระทำและการพิจารณาคำขอก็ยังดำเนินต่อไปได้ แม้ไม่มีการให้ความยินยอมดังกล่าวโดยหน่วยงานทั้งสองจะดำเนินการตามคำขอแยกจากกันและเป็นอิสระจากกัน เช่นนี้แล้วก็ย่อมเป็นกรณีที่ความไม่สมดุลของอำนาจไม่เป็นอุปสรรคต่อการให้ความยินยอมของประชาชนผู้ยื่นคำขอแต่อย่างใด

ตัวอย่างที่ 3 สถานศึกษาของรัฐแห่งหนึ่งได้ขอความยินยอมจากนักเรียนในการนำรูปของนักเรียนไปใช้เป็นภาพประกอบในวารสารประชาสัมพันธ์ของสถานศึกษาแห่งนั้น โดยถึงแม้นักเรียนจะปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมดังกล่าวก็จะมีไม่ถูกลงโทษ ไม่ถูกตัดออกจากบริการทางการศึกษาหรือได้รับผลร้ายประการอื่นแต่อย่างใด เช่นนี้แล้วก็ย่อมเป็นกรณีที่ความไม่สมดุลของอำนาจไม่เป็นอุปสรรคต่อการให้ความยินยอมของนักเรียนในการให้สถานศึกษาใช้รูปของตนเป็นภาพประกอบในวารสารประชาสัมพันธ์ของสถานศึกษาแต่อย่างใด

ตัวอย่างที่ 4 นายจ้างต้องการถ่ายสารคดีเพื่อใช้ในการประชาสัมพันธ์โดยใช้สำนักงานเป็นสถานที่ถ่ายทำสารคดีดังกล่าวและมีภาพของลูกจ้างที่กำลังปฏิบัติหน้าที่เป็นฉากหลังประกอบ นายจ้างได้ถามความสมัครใจของลูกจ้างว่า ต้องการจะให้มีภาพของตนปรากฏอยู่ในสารคดีดังกล่าวหรือไม่ โดยไม่มีการลงโทษพนักงานที่ไม่ได้ให้ความสมัครใจแต่อย่างใด ทั้งยังมีการจัดสถานที่สำหรับนั่งทำงานชั่วคราวสำหรับลูกจ้างที่ไม่ประสงค์จะให้มีภาพของตนปรากฏอยู่ในสารคดี เช่นนี้แล้วก็ย่อมเป็นกรณีที่ความไม่สมดุลของอำนาจไม่เป็นอุปสรรคต่อการให้ความยินยอมของลูกจ้างแต่อย่างใด

(2) การสร้างเงื่อนไขในการให้ความยินยอม (Conditionality)

การสร้างเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเป็นความพยายามที่จะ “มัดรวม” (Bundling) การให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลกับเงื่อนไขประการอื่นอันเป็นเงื่อนไขของสินค้าและบริการที่ไม่เกี่ยวข้องกับการให้ความยินยอมแต่อย่างใด โดยตัวอย่างของการสร้างเงื่อนไขในการให้ความยินยอมมีดังต่อไปนี้¹³

ตัวอย่างที่ 1 ธนาคารได้ขอความยินยอมจากลูกค้าของตนเพื่อให้บุคคลภายนอกสามารถใช้ข้อมูลของลูกค้ารายการดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ทางการตลาดได้ ซึ่งการปฏิเสธที่จะให้

¹³ Ibid.

ความยินยอมดังกล่าว ไม่ได้มีผลต่อการปฏิบัติตามสัญญาของธนาคารและลูกค้าของธนาคารแต่อย่างใด กรณีเช่นนี้ก็ย่อมไม่ใช่การสร้างเงื่อนไขให้ความยินยอมแต่อย่างใด แต่ในทางกลับกันหากการปฏิเสธที่จะให้ความยินยอมดังกล่าว อาจส่งผลให้ธนาคารปฏิเสธการให้บริการแก่ลูกค้าก็ย่อมเป็นกรณีของการสร้างเงื่อนไขในการให้ความยินยอมที่อาจส่งผลกระทบต่อความอิสระในการให้ความยินยอมได้

ตัวอย่างที่ 2 ผู้ให้บริการเว็บไซต์รายหนึ่งได้เขียนโปรแกรมในลักษณะที่ผู้ใช้งานจะต้องกดปุ่มยินยอมเพื่อให้มีการจัดเก็บข้อมูลการใช้งานเว็บไซต์ในรูปแบบคุกกี้ (“Accept Cookies” Button) ก่อน จึงจะเข้าถึงข้อมูลบางส่วนของเว็บไซต์ได้ เช่นนี้แล้วก็ย่อมเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการเว็บไซต์รายดังกล่าวได้สร้างเงื่อนไขในการให้ความยินยอมและด้วยเหตุนี้จึงไม่ใช่ความยินยอมที่ผู้ให้บริการได้ให้ไว้โดยอิสระในบริบทของประเทศไทยนั้น มาตรา 19 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดให้ในการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการใดๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้นๆ อันเป็นมาตรการในการประกันความอิสระในการให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเช่นเดียวกัน

(3) ความไม่ปะปนกันระหว่างวัตถุประสงค์ในการประมวลผลข้อมูลที่แตกต่างกัน (Granularity)

หลักความไม่ปะปนกันระหว่างวัตถุประสงค์ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Granularity) เป็นมาตรการที่ใช้ประกันความอิสระของการให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องการนำข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความประสงค์ที่จะนำข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้ไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์หลายประการพร้อมกันโดยในกรณีเช่นนี้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแยกให้ความยินยอมของวัตถุประสงค์แต่ละส่วนให้ชัดเจน

ตัวอย่าง ห้างสรรพสินค้าแห่งหนึ่งได้ขอความยินยอมจากลูกค้าในการรวบรวมข้อมูลของลูกค้าเพื่อนำไปใช้ในการส่งเสริมกิจกรรมส่งเสริมการขายผ่านทางอีเมลและเพื่อส่งข้อมูลดังกล่าวต่อให้กิจการในเครือเพื่อจัดทำรายการส่งเสริมการขายโดยวัตถุประสงค์ของการนำข้อมูลไปใช้ทั้งสองรูปแบบนั้นปรากฏอยู่ในคำขอฉบับเดียวกัน เช่นนี้ย่อมเป็นกรณีที่วัตถุประสงค์ในการประมวลผลข้อมูลปะปนอยู่ในคำขอฉบับเดียวกัน และด้วยเหตุนี้ ความยินยอมดังกล่าวจึงไม่มีผลทางกฎหมาย¹⁴ ซึ่งบริบทของกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดให้การเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการใดๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้อง

¹⁴ Ibid.

สำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้นๆ อันเป็นบทบัญญัติที่มีผลโดยอ้อมต่อการทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลไม่ถูกนำไปประมวลผลเพื่อวัตถุประสงค์อันนอกเหนือจากที่เจ้าของข้อมูลได้ให้ความยินยอมไว้นั่นเอง

(4) การไม่ก่อผลกระทบในเชิงลบ (Detriment)

หลักการไม่ก่อผลกระทบในเชิงลบเป็นหลักการที่ปรากฏใน GDPR Recital 42¹⁵ ซึ่งได้กำหนดแนวทางในการขอความยินยอมจากข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลต้องชี้แจงให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบว่า การปฏิเสธที่จะให้ความยินยอม (Refuse) หรือการเพิกถอนความยินยอมในภายหลัง (Withdraw) จะไม่ส่งผลกระทบในทางลบให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลแต่ประการใด โดยตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับหลักการไม่ก่อผลกระทบในเชิงลบมีดังต่อไปนี้

ตัวอย่างที่ 1 ในการดาวน์โหลดแอปพลิเคชันสุขภาพของผู้ประกอบการรายหนึ่งจะมีการขอความยินยอมให้แอปพลิเคชันดังกล่าวเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับการวัดความเคลื่อนไหวของร่างกายที่บันทึกไว้ในมือถือได้ ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับการวัดความเคลื่อนไหวของร่างกายไม่ได้เป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการทำงานของแอปพลิเคชันดังกล่าวแต่อย่างใด แต่ก็มีประโยชน์สำหรับผู้ใช้งานที่ต้องการจะรับทราบข้อมูลเกี่ยวกับรูปแบบกิจกรรมในชีวิตประจำวันเพื่อนำมาใช้ในการปรับวิถีชีวิตของตน หากภายหลังผู้ใช้แอปพลิเคชันดังกล่าวได้เพิกถอนความยินยอมในการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับการวัดความเคลื่อนไหวของร่างกายที่บันทึกไว้ในมือถือส่งผลให้ผู้ใช้รายดังกล่าวไม่สามารถเข้าถึงบริการของแอปพลิเคชันได้อย่างจำกัดเท่านั้น เช่นนี้ก็ย่อมเป็นกรณีที่เกิดการเพิกถอนความยินยอมก่อให้เกิดผลกระทบในเชิงลบแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ความยินยอมดังกล่าวจึงไม่มีผลทางกฎหมายผู้ควบคุมข้อมูลจึงต้องลบข้อมูลที่เก็บรวบรวมด้วยวิธีการดังกล่าวทั้งหมด¹⁶

ตัวอย่างที่ 2 เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้สมัครรับบริการข่าวสารจากผู้จำหน่ายสินค้าแฟชั่นรายหนึ่งโดยเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะได้รับส่วนลดเป็นไปตามข้อมูลประวัติการซื้อสินค้าที่ได้มีการรวบรวมไว้และแบบสอบถามพฤติกรรมในการซื้อสินค้าที่เจ้าของข้อมูลได้กรอกโดยสมัคร หากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเพิกถอนความยินยอมในการรับบริการข่าวสารดังกล่าวก็ย่อม

¹⁵ General Data Protection Regulation (GDPR) 2016 Recital 42 Burden of Proof and Requirements for Consent

“... For consent to be informed, the data subject should be aware at least of the identity of the controller and the purposes of the processing for which the personal data are intended.

Consent should not be regarded as freely given if the data subject has no genuine or free choice or is unable to refuse or withdraw consent without detriment.”

¹⁶ European Data Protection Board, op.cit.,

ส่งผลให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก็ยังคงได้รับส่วนลดจากการซื้อสินค้าอันเป็นส่วนลดในรูปแบบเดียวกันกับผู้ซื้อสินค้ารายอื่นที่ไม่ได้สมัครรับบริการข่าวสารดังกล่าว กรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการเพิกถอนความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ก่อผลกระทบในเชิงลบแต่อย่างใด¹⁷

ในบริบทของกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคหก และวรรคท้ายแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดให้กรณีที่การถอนความยินยอมส่งผลกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในเรื่องใดผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบถึงผลกระทบจากการถอนความยินยอมนั้น นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่เป็นไปตามหลักการดังกล่าวไม่มีผลผูกพันเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและไม่ได้ทำให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถทำการเก็บรวบรวม ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่ปรากฏใน GDPR

2) การให้ความยินยอมต้องมีความเฉพาะเจาะจง (Specific)

ความเฉพาะเจาะจงของการให้ความยินยอม หมายถึง การที่แบบฟอร์มต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการขอความยินยอมในการประเมินผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะต้องมีความชัดเจนในระดับที่สามารถแยกความแตกต่างจากกิจกรรมอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องได้ ด้วยเหตุนี้หากมีกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลหลายกิจกรรมในแบบฟอร์มขอความยินยอมก็จะต้องระบุถึงกิจกรรมเช่นนั้นทุกกิจกรรมหรือสร้างแบบฟอร์มแยกต่างหากสำหรับการขอความยินยอมในแต่ละกิจกรรม

ตัวอย่าง ผู้ให้บริการเคเบิลทีวีรายหนึ่งได้ขอความยินยอมจากผู้ใช้บริการในการรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการเพื่อใช้ประโยชน์ในการเสนอรายการที่เหมาะสมกับผู้ให้บริการแต่ละราย หากหลังจากนั้นผู้ให้บริการเคเบิลทีวีต้องการส่งข้อมูลส่วนบุคคลให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อประโยชน์ในการจัดทำรายการส่งเสริมการขายในรูปแบบอื่นๆ กรณีเช่นนี้ต้องมีการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลใหม่อีกครั้ง¹⁸

ในบริบทของกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดว่า การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไปด้วย และการขอความยินยอมนั้นต้องแยกส่วนออกจากข้อความอื่นอย่างชัดเจน

¹⁷ ตัวอย่างจาก European Data Protection Board, **Guidelines 05/2020 on Consent under Regulation 2016/697 Version 1.1** [Online], available URL: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf, 2021 (April, 17).

¹⁸ Ibid.

3) การให้ความยินยอมต้องมีการแจ้งให้เจ้าของข้อมูลทราบ (Informed)

การแจ้งให้ทราบถึงความยินยอม หมายถึง การแจ้งความยินยอมในลักษณะที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลรู้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลใดบ้างจะถูกนำไปประมวลผลในกิจกรรมใดเพื่อวัตถุประสงค์เช่นใดและได้รับทราบความยินยอมที่ตนให้ไว้นั้นสามารถถูกเพิกถอนได้ทุกเมื่อ โดยการแจ้งความยินยอมจะต้องมีการอธิบายถึงกิจกรรมที่จะนำข้อมูลไปประมวลผลและวัตถุประสงค์ของการประมวลผลด้วยภาษาที่ชัดเจนและเข้าใจง่าย (Clear and Plain Language) กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลต้องสามารถเข้าใจได้โดยง่ายว่าตนกำลังให้ความยินยอมกับสิ่งใดและมีผลกับตนเช่นใด โดยตัวอย่างของการใช้ภาษาที่ขัดต่อหลักการดังกล่าว อาทิ การใช้ถ้อยคำปฏิเสธซ้อนปฏิเสธ (Double Negatives) หรือการใช้ถ้อยคำสลับไปมาไม่สม่ำเสมอ (Inconsistent Language) เป็นต้น

ตัวอย่าง บริษัทแห่งหนึ่งได้รับข้อร้องเรียนจากลูกค้าของตนกรณีแบบฟอร์มในการขอความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลของบริษัทดังกล่าวไม่ชัดเจนว่าเป็นการขอความยินยอมไปเพื่อวัตถุประสงค์ใดบ้าง บริษัทดังกล่าวต้องการทราบว่าแบบฟอร์มในการขอความยินยอมมีปัญหาตามที่ลูกค้าร้องเรียนมาจริงหรือไม่ บริษัทจึงได้รวบรวมอาสาสมัครซึ่งเป็นลูกค้าของตนมาร่วมทดสอบความชัดเจนของแบบฟอร์มดังกล่าว โดยอาสาสมัครจะถูกแบ่งเป็นกลุ่มตามความเหมาะสมและต้องตอบแบบสอบถามความเข้าใจในแบบฟอร์มขอความยินยอมพร้อมทั้งให้ระดับคะแนนความเข้าใจและความเกี่ยวข้องของข้อมูลที่อยู่ในแบบฟอร์ม ทั้งนี้บริษัทจะพัฒนาแบบฟอร์มขอความยินยอมและจัดการทดสอบความเข้าใจในแบบฟอร์มเช่นนี้ไปเรื่อยๆ จนกว่าจะได้รับคะแนนจากอาสาสมัครที่เข้าร่วมทดสอบในระดับที่น่าพอใจ¹⁹

บริบทของกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดให้การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องกระทำโดยแบบหรือข้อความที่เข้าถึงได้ง่ายและเข้าใจได้ รวมทั้งใช้ภาษาที่อ่านง่ายและไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว ซึ่งเป็นการประกันหลักการที่ว่า การให้ความยินยอมข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีการแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบถึงรายละเอียดได้ด้วยภาษาที่เข้าใจง่ายนั่นเอง

4) การให้ความยินยอมต้องไม่คลุมเครือ (Unambiguous)

การให้ความยินยอมต้องไม่คลุมเครือ “การกระทำ” อย่างใดอย่างหนึ่งของเจ้าของข้อมูลที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Clear Affirmative Act) อาทิ การให้ความยินยอมโดยการเขียน การพิมพ์หรือการบันทึกเสียง ด้วยเหตุนี้

¹⁹ Ibid.

การเว้นการกระทำการนิ่งเฉยหรือแม้กระทั่งการเช็กถูกในช่องไว้ก่อน (Pre-ticked Boxes) จึงมิใช่สิ่งที่ชัดเจนเพียงพอที่จะมีผลความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้

ในบริบทของกฎหมายไทย มาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดให้การขอความยินยอมต้องทำโดยชัดแจ้งเป็นหนังสือหรือทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ เว้นแต่โดยสภาพไม่อาจขอความยินยอมด้วยวิธีการดังกล่าวได้ อันมีผลเป็นการรับรองหลักการให้ความยินยอมต้องมีความชัดเจนเช่นเดียวกัน

5) การให้ความยินยอมต้องสามารถเพิกถอนได้ (Revokable)

การให้ความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลย่อมสามารถถอนความยินยอมของตนได้ทุกเมื่อและการถอนความยินยอมเช่นนี้ต้องกระทำได้โดยง่ายในระดับเดียวกันกับการให้ความยินยอม

ในบริบทของกฎหมายไทยนั้น มาตรา 19 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้โดยจะต้องถอนความยินยอมได้ง่ายเช่นเดียวกับการให้ความยินยอม เว้นแต่มีข้อจำกัดสิทธิในการถอนความยินยอมโดยกฎหมายหรือสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้การถอนความยินยอมย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ให้ความยินยอมไปแล้วโดยชอบ อันเป็นการรับรองสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการเพิกถอนความยินยอมของตนเช่นกัน

6) วิเคราะห์ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในการใช้ความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในการใช้ความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลเพื่อประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว (sensitive data) ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 อันได้แก่ เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อในลัทธิ ศาสนาหรือปรัชญา พฤติกรรมทางเพศ ประวัติอาชญากรรม ข้อมูลสุขภาพ ความพิการ ข้อมูลสหภาพแรงงาน ข้อมูลพันธุกรรม ข้อมูลชีวภาพ หรือข้อมูลอื่นใดซึ่งกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในทำนองเดียวกันตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด เนื่องจากในบริบทของประเทศไทย ข้อมูลที่ใช้ทั่วไปในชีวิตประจำวันอาจปรากฏข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวได้ เช่น บัตรประจำตัวประชาชนที่ปรากฏข้อมูลเกี่ยวกับความเชื่อหรือศาสนา ซึ่งทำให้เกิดความยากลำบากในการขอความยินยอมแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลที่ปรากฏในบัตรประจำตัวประชาชนได้ ด้วยเหตุนี้ ในการกำหนดแนวปฏิบัติการใช้การขอความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

บุคคลจึงอาจต้องมีการกำหนดแนวทางในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับการขอความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่อาจปะปนกับข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวต่อไป

2.2 ฐานความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญาเกี่ยวกับเจ้าของข้อมูล (Necessity for the Performance of a Contract)

GDPR มาตรา 6 (1) (b)²⁰ กำหนดไว้ว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมาย หากการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นคู่สัญญาหรือเพื่อใช้ในการดำเนินการตามคำขอของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนเข้าทำสัญญานั้น โดยฐานความชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 6 (1) (b) ความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญานั้นจะต้องตีความอย่างเคร่งครัดอย่างยิ่ง กล่าวคือ การประมวลผลข้อมูลเช่นนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่ “ขาดเสียมิได้เลย” ในการปฏิบัติตามสัญญา อาทิ กรณีของการส่งสินค้าออนไลน์ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับที่อยู่ของผู้ซื้อที่ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ขาดเสียมิได้ต่อการที่จะทำให้ผู้ซื้อสามารถส่งสินค้าให้เป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญาได้หรือในกรณีของสัญญาจ้างแรงงานข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบัญชีเงินฝากของลูกจ้างก็ย่อมจำเป็นต่อการทำให้นายจ้างปฏิบัติตามสัญญาด้วยการโอนเงินเดือนไปยังบัญชีของลูกจ้างได้ เป็นต้น²¹ และการประเมินว่าการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในรูปแบบใดจะเป็นสิ่งที่ “ขาดเสียมิได้เลย” ในการปฏิบัติตามสัญญานั้นจะต้องพิจารณาบริบทแวดล้อมประกอบด้วยว่า มีมาตรการอื่นๆ ที่ทำให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลยังคงสามารถปฏิบัติตามสัญญาได้อยู่และเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้น้อยกว่าการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเช่นนั้น (Less Intrusive) หรือไม่²²

²⁰General Data Protection Regulation (GDPR) Article 6 Lawfulness of processing

1. Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies:

(b) processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract;.

²¹European Commission, **Article 29 Working Party Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC** [Online], available URL: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp_217_en.pdf, 2021 (April, 22).

²²European Data Protection Board. **Guidelines 2/2019 on The Processing of Personal Data under Article 6 (1) (b) GDPR in the Context of the provision of online services to data**

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า “ความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญา” ยังรวมไปถึงการดำเนินการต่างๆ ก่อนเข้าทำสัญญาอีกด้วย ด้วยเหตุนี้แม้จะยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้นอย่างแท้จริงผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็ยังสามารถอ้างฐานเหตุตามมาตรา 6 (1) (b) ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้เช่นกัน ตัวอย่างของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยอ้างความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญามีดังต่อไปนี้

ตัวอย่างที่ 1 เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้สั่งซื้อสินค้าออนไลน์โดยชำระเงินด้วยบัตรเครดิตและต้องการให้ผู้ขายส่งสินค้ามายังที่อยู่ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเช่นนี้แล้ว ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบัตรเครดิตและที่อยู่ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจึงเป็นข้อมูลที่จำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายดังกล่าว การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลบัตรเครดิตและที่อยู่ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจึงสามารถอ้างฐานความชอบด้วยกฎหมายตาม GDPR มาตรา 6 (1) (b) อย่างไรก็ตาม หากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลประสงค์ที่จะไปรับสินค้าด้วยตนเองตามจุดรับสินค้าใกล้บ้านของตนแล้วข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับที่อยู่ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก็ไม่ใช่ว่าข้อมูลจำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป²³

ตัวอย่างที่ 2 หากผู้จำหน่ายสินค้าออนไลน์ต้องการที่จะสร้างฐานข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการสั่งซื้อสินค้าของลูกค้าเพื่อประเมินรสนิยมและแนวโน้มในการสั่งซื้อสินค้าของลูกค้าแต่ละรายจะเห็นได้ว่า ความสมบูรณ์ของการเข้าทำสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายมิได้ขึ้นอยู่กับข้อมูลในรูปแบบดังกล่าวแต่อย่างใด การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลสั่งซื้อสินค้าของลูกค้าจึงไม่อาจอ้างฐานความชอบด้วยกฎหมายตาม GDPR มาตรา 6 (1) (b) ได้²⁴

ในบริบทของประเทศไทย มาตรา 24 (3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดว่า การเก็บรวบรวมข้อมูล²⁵ สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหากเป็นไปเพื่อเป็นการจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นคู่สัญญาหรือเพื่อใช้ในการดำเนินการตามคำขอของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนเข้าทำสัญญานั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า เหตุแห่งความชอบด้วยกฎหมายในการ

subjects Version 2.0 [Online], available URL: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf, 2021 (April, 22).

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ นำไปใช้กับการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลด้วย โดยผลของมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562.

ประมวลผลข้อมูลตามมาตรา 24 (3) ครอบคลุมทั้งในกรณีที่เกิดสัญญาแล้วและในการดำเนินการต่างๆ ก่อนที่จะเกิดสัญญาเช่นเดียวกันกับ GDPR มาตรา 6 (1) (b)

อย่างไรก็ตาม ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญานั้น เป็นฐานประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความซับซ้อนและมีความแตกต่างกันระหว่างบริบทของยุโรปกับของไทยเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความเข้าใจที่มีต่อการเกิดขึ้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลง การปฏิบัติตาม และผลอื่นๆ ที่เกี่ยวกับสัญญา ซึ่งจะก่อให้เกิดข้อความคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาที่แตกต่างกันออกไป ทั้งยังเป็นปัญหาที่มีความเกี่ยวเนื่องกับฐานทางกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญาอย่างใกล้ชิด เช่น ฐานความยินยอมและฐานประโยชน์อันชอบธรรม ด้วยเหตุนี้ การใช้ความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญาในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในช่วงแรกของการใช้พระราช institutions-ข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จึงอาจต้องอาศัยแนวปฏิบัติที่เกิดจากการระดมความคิดเห็นของผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อลดความเสี่ยงในการปฏิบัติที่ผิด ไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติ จนกว่าจะเกิดแนวคิดทางทฤษฎีและแนวคำพิพากษาที่ชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้นต่อไป

2.3 ฐานความจำเป็นของผู้ควบคุมข้อมูลในการปฏิบัติตามกฎหมาย (Necessity for Compliance with a Legal Obligation)

GDPR มาตรา 6 (1) (c)²⁶ กำหนดให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายหากการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจำเป็นต่อผู้ควบคุมข้อมูลในการปฏิบัติตามกฎหมายโดยที่ความจำเป็นในการปฏิบัติตามกฎหมายนั้นจะต้องเป็นความจำเป็น “อย่างแท้จริง” อันเกิดจากการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลผูกพันที่ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ หากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลยังสามารถใช้ดุลพินิจของตนที่จะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายได้อยู่กรณีเช่นนี้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็ไม่สามารถประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยอ้างความชอบด้วย

²⁶General Data Protection Regulation (GDPR) Article 6 Lawfulness of processing

1. Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies:

(c) processing is necessary for compliance with a legal obligation to which the controller is subject;

กฎหมายฐานความจำเป็นของผู้ควบคุมข้อมูลในการปฏิบัติตามกฎหมายได้²⁷ ตัวอย่างของหน้าที่ตามกฎหมายที่สามารถนำมาใช้เป็นฐานในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้ เช่น การที่นายจ้างต้องเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเงินเดือนของลูกจ้างของตนให้แก่กรมสรรพากรที่สถาบันทางการเงินต้องเปิดเผยข้อมูลเส้นทางทางการเงินของผู้ต้องสงสัยในการกระทำความผิดทางอาญาบางประการ เป็นต้น

ในบริบทของกฎหมายไทยมาตรา 24 (6) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดให้การเก็บรวบรวมข้อมูล²⁸ สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหากเป็นไปเพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอื่น เป็นถ้อยคำในทำนองเดียวกันกับที่กำหนดไว้ใน GDPR มาตรา 6 (1) (c)

2.4 ฐานความจำเป็นในการป้องกันอันตรายต่อชีวิต (Necessity in Order to Protect the Vital Interests)

GDPR มาตรา 6 (1) (d)²⁹ กำหนดว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายหากเป็นไปเพื่อการป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิตของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือของบุคคลอื่นซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะพบว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยอ้าง GDPR มาตรา 6 (1) (d) จะทำได้เฉพาะในกรณีที่เกิตรายอันตรายต่อชีวิตเท่านั้น อาทิ ในกรณีที่เกิตุบัติเหตุและต้องส่งตัวผู้ประสบอุบัติเหตุเข้ารักษาในโรงพยาบาล ในกรณีเช่นนี้การเปิดเผยประวัติการรักษาของผู้ประสบ

²⁷ Information Commissioner's Office, **Legal obligation** [Online], available URL: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/legal-obligation/>, 2021 (April, 22).

²⁸ นำไปใช้กับการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลด้วยโดยผลของมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

²⁹ General Data Protection Regulation (GDPR) Article 6 Lawfulness of processing

1. Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies:

(d) processing is necessary in order to protect the vital interests of the data subject or of another natural person;

อุบัติเหตุก็เป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการรักษาชีวิตของผู้ประสบอุบัติเหตุซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวและด้วยเหตุนี้จึงสามารถอ้างฐานความชอบด้วยกฎหมายจาก GDPR มาตรา 6 (1) (d) ได้³⁰

ในบริบทของประเทศไทยมาตรา 24 (2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดให้การเก็บรวบรวมข้อมูล³¹ สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหากเป็นไปเพื่อการป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิตร่างกายหรือสุขภาพของบุคคล โดยเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะพบว่า ขอบเขตของการใช้มาตรา 24 (2) กว้างกว่า GDPR มาตรา 6 (1) (d) เนื่องจากบทบัญญัติตามมาตรา 24 (2) ให้ตีความครอบคลุมถึงข้อมูลเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพทุกประเภท ซึ่งรวมถึงกรณีเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อการบริการทางการแพทย์ กรณีบริจาคอวัยวะ การบริจาคร่างกาย และการปฏิบัติตามเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยื้อการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตของบุคคล หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยด้วย³²

2.5 ฐานความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือการปฏิบัติหน้าที่โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Necessity for the Performance of a Task Carried out in the Public Interest or in the Exercise of Official Authority)

GDPR มาตรา 6 (1) (e)³³ กำหนดว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายหากเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือการปฏิบัติหน้าที่โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยกฎหมายที่เป็นฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น อาจเป็นกฎหมายที่ที่กำหนดอำนาจผูกพันหรือให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ก็ได้ นอกจากนี้ การจะพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ

³⁰Information Commissioner's Office, **Vital interests** [Online], available URL: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basisfor-processing/vital-interests>, 2021 (April, 22).

³¹นำไปใช้กับการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลด้วย โดยผลของมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562.

³²สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, **ข้อสังเกตของคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ.** [Online], available URL: https://ictlawcenter.etda.or.th/de_laws/download_file/5_Notice_Draft-DP.pdf, 2564 (สิงหาคม, 16).

³³General Data Protection Regulation (GDPR) 2016 Article 6 Lawfulness of processing

1. Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies:

(e) processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller;

จะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่สามารถอ้างฐานตามกฎหมายตาม GDPR มาตรา 6 (1) (e) ได้หรือไม่นั้น ไม่ได้พิจารณาในจากการจัดองค์กร (Organization) แต่ให้พิจารณาจากภารกิจ (function) ของหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นหลัก ด้วยเหตุนี้หากหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งต้องการจะประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อภารกิจอันเป็นประโยชน์สาธารณะแม้หน่วยงานดังกล่าวจะไม่ได้มีสถานะเป็นส่วนราชการโดยตรงก็สามารถอ้างฐานตามกฎหมายตาม GDPR มาตรา 6 (1) (e) ได้เช่นกัน ในบริบทของประเทศไทยนั้นมาตรา 24 (4) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดให้การเก็บรวบรวมข้อมูลสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหากเป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐที่ได้มอบให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีถ้อยคำทำนองเดียวกันกับ GDPR มาตรา 6 (1) (e)

2.6 ฐานประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือบุคคลภายนอก (Legitimate Interest)

GDPR มาตรา 6 (1) (f)³⁴ กำหนดให้ การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายหากเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความจำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์อันเป็นผลประโยชน์โดยชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือของบุคคลภายนอก เว้นแต่ในกรณีที่ประโยชน์อันชอบธรรมเช่นนั้นมิคุ้มค่าน้อยกว่าผลประโยชน์สิทธิขั้นพื้นฐานหรือเสรีภาพของเจ้าของส่วนบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นผู้เยาว์ เมื่อพิจารณาจากมาตรา 6 (1) (f) ของ GDPR แล้วการประมวลผลข้อมูลโดยอ้างฐานประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้น สามารถกระทำได้อย่างยืดหยุ่นกว่าการอ้างฐานทางกฎหมายอื่นๆ ทั้งนี้ เนื่องจาก “ประโยชน์อันชอบธรรม” (legitimate interests) นั้นไม่ได้ยึดโยงกับวัตถุประสงค์ของการประมวลผลข้อมูลเพียงประการใดประการหนึ่งโดยเฉพาะดังเช่นฐานทางกฎหมายอื่นๆ (เช่น การประมวลผลข้อมูลเพื่อการปฏิบัติตามสัญญา การประมวลผลข้อมูล

³⁴General Data Protection Regulation (GDPR) 2016Article 6 Lawfulness of processing

1. Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies:

(f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where the data subject is a child.

เพื่อการปฏิบัติตามกฎหมาย การประมวลข้อมูลเพื่อบรรลุภารกิจของรัฐ เป็นต้น) ด้วยเหตุนี้ การประมวลผลข้อมูลโดยอ้างฐานประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงสามารถกระทำได้ในการประมวลผลข้อมูลทุกประเภทที่มีวัตถุประสงค์ตามเหตุสมควร (Any Type of Processing for any Reasonable Purpose)

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการใช้งานที่กว้างขวางนี้จึงจำเป็นต้องมีเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลกับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งเกณฑ์ที่ใช้ในการชั่งน้ำหนักระหว่างส่วนได้เสียทั้งสองประการดังกล่าวนี้เรียกว่า “การประเมินสามขั้นตอน” (Three-part Test) อันประกอบไปด้วยการประเมินความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการประมวลข้อมูลส่วนบุคคล (Purpose Test) การประเมินความจำเป็นในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Necessity Test) และการประเมินความสมดุลระหว่างประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลกับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Balancing Test) ถึงกระนั้นเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ได้เสียที่แตกต่างกันก็เป็นสิ่งที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Court of Justice of the European Union) ได้วางหลักไว้ในหลายคดีด้วยกันซึ่งสามารถนำมาประยุกต์ใช้กับการประเมินสามขั้นตอนได้ดังนี้

ขั้นตอนที่หนึ่ง การประเมินความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการประมวลข้อมูลส่วนบุคคล (Purpose Test) นั้น ต้องมีการตรวจสอบว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของวัตถุประสงค์ที่เป็น “ประโยชน์อันชอบธรรม” (Legitimate Interest) อย่างแท้จริงหรือไม่ โดยคำว่า “ประโยชน์อันชอบธรรม” นี้ ไม่ได้หมายความว่าเพียงแต่ประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลภายนอกหรือประโยชน์อันชอบธรรมต่อสังคมโดยภาพรวม (Legitimate Interest of the Public in General) อีกด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในทางปฏิบัติการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยอาศัยฐานของประโยชน์อันชอบธรรมนี้ สามารถกระทำได้อย่างกว้างขวางเป็นอย่างยิ่งการกำหนดสิ่งที่เป็นประโยชน์อันชอบธรรมไว้เป็นประเภทอย่างแน่นอนตายตัว จึงเป็นสิ่งที่ไม่สามารถทำได้ ด้วยเหตุนี้ การจะพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอย่างหนึ่งจะเป็นไปเพื่อประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลของบุคคลภายนอกหรือต่อสังคมโดยภาพรวมหรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ตัวอย่างของวัตถุประสงค์ที่เป็นไปเพื่อประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลของบุคคลภายนอกหรือต่อสังคมโดยภาพรวม ได้แก่ การป้องกันการฉ้อโกงหรือฉ้อฉล การรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ การติดตามเบาะแสของการกระทำความผิดทางอาญาหรือภัยอันตรายต่อความมั่นคงสาธารณะ เป็นต้น

ขั้นตอนที่สอง การประเมินความจำเป็นในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Necessity Test) นั้น “ความจำเป็น” (Necessity) ในบริบทเช่นว่านี้ ไม่ได้หมายความว่าความถึงขนาดว่าการประมวลผล

ข้อมูลจะเป็นสิ่งที่ขาดเสียมิได้ (Absolutely Essential) ต่อการบรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง แต่หมายความว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นทางเลือกที่เหมาะสมต่อการบรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้กำหนดไว้ (Proportionate Way of Achieving a Purpose) ซึ่งการที่จะทราบได้ว่า การประมวลผลข้อมูลจะเป็นทางเลือกที่เหมาะสมต่อการบรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้กำหนดไว้หรือไม่นั้น สามารถกระทำได้โดยค้นหาว่า มีวิธีการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้โดยกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้น้อยกว่าการประมวลผลเช่นนั้นหรือไม่ (Less Intrusive Alternative)

ขั้นตอนที่สาม การประเมินความสมดุลระหว่างประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลกับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Balancing Test) นั้น ต้องเป็นการประเมินโดยคำนึงถึง “ความสมดุลที่เป็นธรรม” (fair balance) ระหว่างคุณค่าต่างๆ ที่กฎหมายคุ้มครองนั้น โดยหลัก “ความสมดุลที่เป็นธรรม” นี้ เป็นสิ่งที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วางหลักการไว้ในคดี *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk* (2013)³⁵ ไว้ว่า “ในกรณีที่มีสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานหลายประการได้รับการคุ้มครองการประเมินความได้สัดส่วนของบทบัญญัติในกฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น ต้องกระทำโดยหาจุดประนีประนอมระหว่างข้อเรียกร้องที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติว่า ด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับคดีที่กำลังพิจารณา และสร้างสมดุลที่เป็นธรรม (Fair Balance) ระหว่างข้อเรียกร้องต่างๆ เหล่านั้น” โดยปัจจัยที่สำคัญ 3 ประการ ที่อาจนำมาใช้ในการช่วยประเมินความสมดุลที่เป็นธรรมนั้น ได้แก่ 1) ธรรมชาติของข้อมูลส่วนบุคคลที่ต้องการจะนำไปประมวลผล (Nature of the Personal Data) กล่าวคือ ยิ่งข้อมูลส่วนบุคคลเป็นข้อมูลที่มีความอ่อนไหว (Sensitive) มากเท่าใดก็ยิ่งเป็นข้อมูลที่มีโอกาสที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้มากขึ้นเท่านั้น 2) ความคาดหวังอันชอบธรรม (Reasonable Expectations) ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลว่าโอกาสที่ข้อมูลส่วนบุคคลของตนจะถูกนำมาใช้ในสถานการณ์นั้นๆ มีมากน้อยเพียงใด โดยสามารถประเมินความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลกับผู้ควบคุมข้อมูล การกระทำของผู้ควบคุมข้อมูลในอดีต ข้อมูลเช่นนั้นได้ถูกเก็บรวบรวมโดยตรงจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ และถูกเก็บรวบรวมมาเป็นระยะเวลายาวนานเพียงใด เป็นต้น และ 3) ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Likely Impact) กล่าวคือ ต้องมีการประเมินลักษณะของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้หากข้อมูลนั้นเกิดการรั่วไหลหรือถูกนำไปใช้อย่าง

³⁵ CJEU, Case C-283/11, *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk* (2013), Judgment Of the Court (Grand Chamber) of 22 January 2013.

วัตถุประสงค์ พร้อมทั้งประเมินถึงมาตรการของผู้ควบคุมข้อมูลในการป้องกันข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหล หรือถูกนำไปใช้ผิดวัตถุประสงค์ ประกอบกันด้วย

ตัวอย่างของคดีที่สำคัญเกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยอาศัยฐานผลประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือบุคคลภายนอก ได้แก่ คดีที่ตัดสินโดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvaldes v. Rīgas pašvaldības SIA "Rīgas satiksme" (2017)³⁶ โดยคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2012 คนขับแท็กซี่ในเมืองรีกา (Riga) ประเทศลัตเวีย (Latvia) ได้จอดรถแท็กซี่ไว้ข้างทางเมื่อผู้โดยสารของแท็กซี่ดังกล่าว ซึ่งเป็นผู้เยาว์เปิดประตูรถทำให้เกิดอุบัติเหตุเฉี่ยวชนกับรถโดยสารประจำทางของบริษัท R บริษัท R ต้องการเรียกร้องค่าเสียหายจากบริษัทประกัน แต่บริษัทประกันได้ปฏิเสธความรับผิดชอบโดยอ้างเหตุที่ว่า อุบัติเหตุดังกล่าวเกิดจากความประมาทของผู้โดยสารบริษัท R จึงได้ขอข้อมูลส่วนบุคคลของผู้โดยสารจากสำนักงานตำรวจเพื่อใช้ในการฟ้องร้องบริษัทประกันให้ชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น โดยในการพิจารณาคดีดังกล่าว ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ใช้หลัก “การประเมินสามขั้นตอน” (Three-part Test) ดังต่อไปนี้

ขั้นตอนที่หนึ่ง การประเมินความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Purpose Test) ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยว่า วัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นผู้ก่อความเสียหายเพื่อการประมวลผลข้อมูลโดยบุคคลที่สามใช้ในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนั้น เป็นวัตถุประสงค์ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมาย

ขั้นตอนที่สอง การประเมินความจำเป็นในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Necessity Test) นั้น ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยว่า ถึงแม้ว่าการตีความหลักความจำเป็นและการจำกัดวัตถุประสงค์ในการนำข้อมูลส่วนบุคคลจะเป็นสิ่งที่ต้องกระทำโดยเคร่งครัด แต่การระบุเฉพาะชื่อและนามสกุลของผู้ที่ก่อความเสียหายนั้น ยังเป็นข้อมูลที่เพียงพอที่จะมาใช้ในการดำเนินคดีได้ การตรวจสอบข้อมูลที่จำเป็นอื่นเพิ่มเติมเช่นข้อมูลหมายเลขประจำตัวบุคคลจากสำนักงานตำรวจจึงจำเป็นสำหรับการดำเนินคดีในลักษณะนี้

ขั้นตอนที่สาม การประเมินความสมดุลระหว่างประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลกับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Balancing Test) นั้น โดยในคดีนี้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยว่า ถึงแม้อายุของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะเป็นปัจจัยในการพิจารณาความสมดุลระหว่างประโยชน์ต่างๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายก็ตาม

³⁶ CJEU, Case C-13/16, Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvaldes v. Rīgas pašvaldības SIA "Rīgas satiksme" (2017), Judgment Of the Court (Second Chamber) of 4 May 2017.

แต่ก็จำเป็นต้องพิจารณาปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่สามารถหาได้จากแหล่งที่มาที่เป็นสาธารณะได้หรือไม่ ในกรณีตามข้อเท็จจริงถึงแม้เจ้าของส่วนข้อมูลจะเป็นผู้เยาว์แต่การขอข้อมูลในลักษณะดังกล่าวจำเป็นต่อการดำเนินคดีในการเรียกค่าสินไหมทดแทนและไม่เป็นการกระทบสิทธิของผู้เยาว์เกินสมควร การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในรูปแบบดังกล่าว จึงชอบด้วยหลักความได้สัดส่วนแล้ว

ในบริบทของประเทศไทย มาตรา 24 (5) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดให้การเก็บรวบรวมข้อมูล³⁷ สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม จากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หากเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือของบุคคลหรือนิติบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่ประโยชน์ดังกล่าวมีความสำคัญน้อยกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานในข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การอ้างประโยชน์อันชอบธรรม หรือ “ประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมาย” ตามถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวจะต้องกระทำได้ต่อเมื่อมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์โดยชอบธรรมกับสิทธิขั้นพื้นฐานในข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล แล้วได้ความว่าประโยชน์โดยชอบธรรมมีความสำคัญกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานในข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ด้วยเหตุนี้ หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ “การประเมินสามขั้นตอน” ย่อมสามารถนำมาใช้ได้กับการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 24 (5) แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้เช่นกัน

2.7 ฐานเพื่อประโยชน์ในการจัดทำเอกสารประวัติศาสตร์หรือจดหมายเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะ รวมไปถึงการศึกษาวิจัยในเชิงสถิติ (Scientific/Historical Research Interest)

GDPR มาตรา 89 กำหนดให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายหากเป็นไปเพื่อความจำเป็นในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยในเชิงวิทยาศาสตร์ ประวัติศาสตร์หรือทางสถิติ ซึ่งได้จัดให้มีมาตรการปกป้องที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นไปตามมาตรฐานของกฎหมายฉบับนี้จากถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การวิจัยที่จะสามารถอ้างฐานทางกฎหมายในการประมวลผลข้อมูล

³⁷ นำไปใช้กับการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลด้วย โดยผลของมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562.

ส่วนบุคคลตาม GDPR มาตรา 89 ได้นั้นจะต้องเป็นการวิจัยในเชิงวิทยาศาสตร์ ประวัติศาสตร์หรือทางสถิติเท่านั้น ทั้งยังต้องมีมาตรการต่างๆ ตามสมควรในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลอีกด้วย เช่น ใช้ข้อมูลในลักษณะที่ไม่สามารถระบุตัวบุคคลได้ (Anonymized Data) หรือกรณีที่จำเป็นก็ต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุผลที่ไม่สามารถใช้ข้อมูลที่ไม่สามารถระบุตัวบุคคลได้ (Anonymized Data) ในการวิจัยดังกล่าว เป็นต้น

ในบริบทของประเทศไทยมาตรา 24 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดว่า การเก็บรวบรวมข้อมูล³⁸ สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหากเป็นไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับการจัดทำเอกสารประวัติศาสตร์หรือจดหมายเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือที่เกี่ยวกับการศึกษาวิจัยหรือสถิติซึ่งได้จัดให้มีมาตรการปกป้องที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

3. บทสรุป

ฐานอันชอบด้วยกฎหมายในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นเงื่อนไขที่สำคัญต่อการเก็บรวบรวมใช้และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมิได้เป็นสิ่งเดียวที่ทำให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงสามารถนำฐานความชอบด้วยกฎหมายอื่นมาใช้ในองค์กรธุรกิจหรือหน่วยงานของตนให้เหมาะสมแก่กรณี เพื่อประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายแทนการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งฐานประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือบุคคลภายนอก ซึ่งมีขอบเขตในการใช้กว้างขวางเป็นอย่างยิ่ง

³⁸ เรื่องเดียวกัน.

บรรณานุกรม

- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. ข้อเสนอของคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. [Online]. Available URL: https://ictlawcenter.etda.or.th/de_laws/downloadfile/5_Notice_Draft-DP.pdf, 2564 (สิงหาคม, 22).
- CJEU, Case C-283/11, *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk* (2013), Judgment Of the Court (Grand Chamber) of 22 January 2013.
- CJEU, Case C-, C-13/16, (Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvaldes v. Rīgas pašvaldības SIA "Rīgas satiksme" (2017), Judgment Of the Court (Second Chamber) of 4 May 2017.
- European Commission. **Article 29 Working Party Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC** [Online]. Available URL: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp_217_en.pdf, 2021 (April, 22).
- European Data Protection Board. **Guidelines 2/2019 on The Processing of Personal Data under Article 6 (1) (b) GDPR in the Context of the provision of online services to data subjects Version 2.0** [Online]. Available URL: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf, 2021 (April, 22).
- European Data Protection Board. **Guidelines 05/2020 on Consent under Regulation 2016/697 Version 1.1** [Online]. Available URL: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf, 2021 (April, 17).
- Gawronski, Maciej. **Guide to GDPR**. Netherlands: Kluwer Law International, 2019.

การพัฒนากฎหมายโดรนขนส่งทางอากาศของประเทศไทย:
ศึกษากรณีการขนส่งทางอากาศภายในประเทศ

พรพล เทศทอง และคณะ

**การพัฒนากฎหมายโดรนขนส่งทางอากาศของประเทศไทย:
ศึกษากรณีการขนส่งทางอากาศภายในประเทศ***
**The Legal Suitability of Drone for Air Transportation in Thailand:
Case Study for Domestic Air Transport**

พรพล เทศทอง ** และคณะ
Pornpon Thedthong et al.,

บทคัดย่อ

โดรนหรืออากาศยานไร้คนขับเป็นเทคโนโลยีใหม่ที่สามารถนำมาประยุกต์ใช้กับอุตสาหกรรมในการขนส่งสินค้าภายในอนาคตอันใกล้นี้ เพื่อจะช่วยเหลือลดเวลาในการขนส่งสินค้าและทำให้เกิดความสะดวกรวดสบายกับผู้ใช้บริการมากยิ่งขึ้น ถึงแม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการ

* บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัยเรื่อง “การพัฒนากฎหมายโดรนขนส่งทางอากาศของประเทศไทย กรณีศึกษาเฉพาะการขนส่งทางอากาศภายในประเทศ” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากกองทุนวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ประจำปี พ.ศ. 2562 โดยมี อาจารย์พรพล เทศทอง เป็นหัวหน้าโครงการวิจัย ผู้ร่วมวิจัยประกอบด้วย ดร.ภาณุพงศ์ เฉลิมสิน, ดร.อริชมน พิเชษฐวรกุล และ ดร.ณัฏฐา สุขะวัชรกุล.

This article is part of the research title “The legal Suitability of Drone for Air Transportation in Thailand: Case Studies for Domestic Air Transport”. This research is funded by Faculty of Law, Prince of Songkla University, 2019. Mr.Pornpon Thedthong is the project leader. Co-Researcher are Dr.Panupong Chalermisin, Dr.Arachamon Pichetworakoon and Dr.Nutcha Sukhawattanakun.

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์; น.บ. มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง; น.ม. สาขากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง; LL.M. in Sport Law, Panthéon Sorbonne University (Paris I), France; Ph.D. Candidate in Comparative Law, Panthéon Sorbonne University (Paris I), France. E-mail: pornpon.t@psu. ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Prince of Songkla University; LL.B. Mae FahLuang University; LL.M. in Bussiness Law, Mae FahLuang University; LL.M. in Sport Law, Panthéon Sorbonne University (Paris I), in France; Ph.D. Candidate in Comparative Law, Panthéon Sorbonne University (Paris I), France.

วันที่รับบทความ (received) 16 กุมภาพันธ์ 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 4 มิถุนายน 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 18 มิถุนายน 2564.

บินโดรนแล้ว แต่กฎหมายยังไม่ได้มุ่งเน้นการนำโดรนมาใช้ในการขนส่งทางอากาศ เพียงแต่กำหนดวัตถุประสงค์ในส่วนท้ายไว้เพื่อการอื่นๆ ซึ่งเป็นการกำหนดไว้อย่างกว้าง ดังนั้น เมื่อยังไม่มีกรอบกฎหมายกำหนดที่เฉพาะจึงยังไม่ชัดเจนว่าจะสามารถนำโดรนมาใช้ในการขนส่งทางอากาศได้

งานวิจัยนี้มุ่งศึกษาความเป็นไปได้ในกรณีการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศในประเทศไทย ภายใต้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยศึกษาเกี่ยวกับนิยาม ลักษณะและประเภทของโดรน รวมถึงความเป็นไปได้ในกรณีการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศในประเทศไทย รวมถึงเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น

จากการศึกษา พบว่า การนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศในประเทศไทย แม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับโดรนแล้วก็ตาม แต่ยังไม่ครอบคลุมวัตถุประสงค์ทางด้านการขนส่งทางอากาศเพื่อการพาณิชย์ จึงควรปรับปรุงข้อบังคับการบินโดรนในด้านการขนส่งทางอากาศและกำหนดค่านิยามที่ชัดเจนเพื่อจัดประเภทให้ตรงตามวัตถุประสงค์ไว้ในกฎหมาย พร้อมทั้งลดการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจเพื่อออกใบอนุญาตโดรนในด้านการขนส่งทางอากาศ ควรออกนโยบายส่งเสริมการนำนวัตกรรมและให้ความสำคัญกับมาตรการความมั่นคงของประเทศและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนด้วย

คำสำคัญ: โดรน, โดรนขนส่ง, ขนส่งทางอากาศ

Abstract

Drones or unmanned aerial vehicles are a new technology that can be applied to industry in the field of cargo transportation in the near future. Using drones for domestic air cargo transportation will save time in shipping and bring more convenience to users. Although Thailand has a law related to flying drones, it is found that the law does not focus on using drones for air transportation. Law only sets footer purposes for other purposes, which are broadly defined. Without a specific legal framework, it is therefore not clear whether drones can be used for air transport.

This research therefore studies the feasibility of using drones for the purposes of air transport in Thailand, the definition, characteristics, and types of drones, the possibility of using drones for the purpose of air transport in Thailand and to compare laws related to drones for the purposes of the air transportation of the United States, Japan and France.

From research studies, it is found that the potential for using drones for delivery purposes in Thailand is not sufficiently effective. Although there are drone regulations, it does not cover delivery for commercial purposes. Thailand should, therefore, promulgate the Drone delivery regulations by enacting a clear definition type of drones to meet the objectives in the law and reduce authorities' discretion in the licensing Drone Delivery application. There should be a policy that encourages innovation while also emphasizing national security measures and the protection of people's lives and property.

Keywords: drone, delivery drone, air transport

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันการบินโดรนในประเทศไทยอยู่ภายใต้ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบิน ประเภทอากาศยานซึ่งควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558 โดยประกาศกระทรวงคมนาคมฉบับนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ที่ห้ามมิให้ผู้ใดบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบินหรือทิ้งร่มอากาศยานนอกจากได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนด

ประกาศฉบับนี้ให้ความหมายของโดรนอย่างเป็นทางการไว้ว่า “อากาศยานที่ควบคุมการบินโดยผู้ควบคุมการบินอยู่ภายนอกอากาศยานและใช้ระบบควบคุมอากาศยาน” แต่ไม่รวมถึงเครื่องบินเล็กซึ่งใช้เป็นเครื่องเล่นตามกฎกระทรวงกำหนดวัตถุซึ่งไม่เป็นอากาศยาน พ.ศ. 2548 และคำว่าระบบควบคุมอากาศยาน หมายถึง ชุดอุปกรณ์อันประกอบด้วยเครื่องเชื่อมโยงคำสั่งควบคุมหรือการบังคับอากาศยาน รวมทั้งสถานีหรือสถานที่ติดตั้งชุดอุปกรณ์เหล่านี้หรือเครื่องมือที่ใช้ควบคุมการบินจากภายนอกและตัวอากาศยานด้วย

เมื่อคณะผู้วิจัยได้ทำการวิเคราะห์ตามหลักกฎหมายและข้อบังคับที่มีการประกาศใช้ออกมาในเบื้องต้นเห็นว่า ประเภทของโดรนจะถูกกำหนดโดยวัตถุประสงค์ของการนำไปใช้งานและน้ำหนักเป็นหลัก เมื่อพิจารณาตามประกาศข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า โดรนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการขนส่งสินค้าตามงานวิจัยฉบับนี้จะถูกจัดให้อยู่ในประเภทที่ 2 (ง) กล่าวคือ ใช้โดรนเพื่อการอื่นๆ นอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ในการเล่นเป็นงานอดิเรก เพื่อความบันเทิงหรือเพื่อการกีฬาและมีน้ำหนักไม่เกิน 25 กิโลกรัม¹ ส่งผลให้คุณสมบัติของผู้บังคับหรือผู้ปล่อยโดรนเพื่อการขนส่งสินค้าเป็นไปตามประกาศ

¹ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบินประเภทอากาศยานซึ่งควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558 ข้อที่ 4 (2) ประเภทที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกจาก (1) ที่มีน้ำหนักไม่เกิน 25 กิโลกรัม ดังต่อไปนี้

- (ก) เพื่อการรายงานเหตุการณ์หรือรายงานการจราจร (สื่อมวลชน)
- (ข) เพื่อการถ่ายภาพ การถ่ายทำหรือการแสดงในภาพยนตร์หรือรายการโทรทัศน์
- (ค) เพื่อการวิจัยและพัฒนาอากาศยาน
- (ง) เพื่อการอื่นๆ.

ข้อ 11 (4) ซึ่งมีคุณสมบัติและลักษณะเหมือนกับวัตถุประสงค์เพื่อการถ่ายภาพ การถ่ายทำหรือการแสดงในภาพยนตร์หรือรายการโทรทัศน์ตามประกาศข้อ 11 (2) ทุกประการ²

ตามประกาศข้อ 11 (2) กำหนดให้ผู้บังคับหรือผู้ปล่อยโดรนเพื่อการขนส่งสินค้าสามารถเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล กล่าวคือ ในกรณีบุคคลธรรมดานั้นผู้บังคับหรือผู้ปล่อยต้องมีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ ไม่เป็นผู้มีพฤติการณ์อันเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศ ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุด ให้จำคุกในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดหรือกฎหมายว่าด้วยศุลกากร ในส่วนของคุณสมบัติของผู้บังคับหรือผู้ปล่อยโดรนที่เป็นนิติบุคคล นิติบุคคลต้องอาศัยผู้แทนนิติบุคคลและผู้จัดการของนิติบุคคลซึ่งต้องมีคุณสมบัติเหมือนกับผู้บังคับหรือผู้ปล่อยที่เป็นบุคคลธรรมดาและต้องยื่นคำขอขึ้นทะเบียนต่ออธิบดีกรมการขนส่งทางอากาศ พร้อมทั้งแสดงหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะเห็นได้ว่า การขออนุญาตนั้นจำเป็นต้องระบุถึงวัตถุประสงค์ของการบิน ขอบเขตของพื้นที่ โดยจะเป็นดุลพินิจของอธิบดีกรมการขนส่งทางอากาศเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจ

แม้ว่าประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนในการขนส่งสินค้าทางอากาศอยู่หลากหลายฉบับ กล่าวคือ ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบินประเภทอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558 โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่สำหรับอากาศยานซึ่งไม่มีนักบินสำหรับใช้งานเป็นการทั่วไป โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ประกอบพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498 และพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558 หมวด 6 ว่าด้วยการรับขนทางอากาศภายในประเทศ แต่คณะผู้วิจัย พบว่า กฎหมายดังกล่าวมุ่งเน้นไปในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการนำโดรนมาใช้ทางด้านขนส่งสินค้า การค้าขายและด้านการวิจัยเป็นหลัก ยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายที่บังคับใช้อยู่จะเพียงพอต่อการกำกับดูแลการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์เพื่อการขนส่งทางอากาศ สินค้าทางอากาศหรือไม่ และยังไม่เคยมีการขออนุญาตในวัตถุประสงค์ที่กล่าวมานี้ จึงยังไม่มีบรรทัดฐานใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้โดยตรง

งานวิจัยชิ้นนี้คณะผู้วิจัยจึงมุ่งเน้นศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งสินค้าทางอากาศในเชิงพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของการจำกัดในการบินโดรนและสินค้าที่ห้ามใช้โดรนในการขนส่ง โดยคณะผู้วิจัยจะทำการศึกษากฎหมายในรูปแบบเชิง

²ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบิน ประเภทอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558, ข้อ 11 (2).

เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันกับกฎหมายต่างประเทศ คณะผู้วิจัยได้ทำการคัดเลือกกฎหมายต่างประเทศมาเปรียบเทียบกับกัน 3 ประเทศ กล่าวคือ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น เพราะแต่ละประเทศก็มีรูปแบบหรือลักษณะการควบคุมที่เหมือนหรือแตกต่างกันในการออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการใช้โดรนขนส่งทางอากาศเชิงพาณิชย์

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนได้มีการพัฒนาจนมีความชัดเจนในการกำหนดนิยาม ลักษณะและประเภท เนื่องจากต้องนำกฎระเบียบและข้อบังคับของสหภาพยุโรป มาเป็นพื้นฐานในการออกกฎหมายและมีความสอดคล้องในการบังคับใช้ในสหภาพยุโรป ส่วนในสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่มีโครงการในการทดลองและทดสอบการใช้โดรนขนส่งสินค้าเพื่อการพาณิชย์ของบริษัทขายสินค้าออนไลน์ (Amazon) และปัจจุบันนี้บริษัทดังกล่าวก็ได้เริ่มมีการนำโดรนมาใช้ขนส่งสินค้าเป็นที่เรียบร้อยแล้ว แต่ยังไม่ครอบคลุมทุกพื้นที่ เนื่องจากข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องของวัตถุประสงค์ที่ใช้ในการบิน สำหรับประเทศญี่ปุ่นนั้น รัฐบาลได้มีแนวความคิดที่จะแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้โดรนขนส่งโดยมีการริเริ่มโครงการ Smart City เพื่อผลักดันนวัตกรรมใหม่ๆ ให้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม อีกทั้งประเทศญี่ปุ่นยังมีการทดลองการนำโดรนมาขนส่งจริงแล้ว ในบางพื้นที่ ซึ่งโดรนจำต้องขออนุญาตการบินโดยผ่านหน่วยงานที่ดินโครงสร้างพื้นฐานการเดินทางและท่องเที่ยว (Land, Infrastructure, Transport and Tourism Industry) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในส่วนของการระเบียบในการควบคุมโดรน

ดังนั้น จึงเป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งที่คณะผู้วิจัยจะทำการศึกษาเปรียบเทียบการนำหลักการกำหนดนิยาม ลักษณะและประเภท การขออนุญาตการบินโดรน ข้อจำกัดการบินโดรน ข้อจำกัดวัตถุที่ใช้ในการขนส่งของแต่ละประเทศที่คณะผู้วิจัยได้ทำการเลือกไว้มาปรับใช้กับประเทศไทย พร้อมทั้งนำเสนอศักยภาพด้านการใช้โดรนขนส่งสินค้าของแต่ละประเทศ ความจำเป็นในการพัฒนาการใช้โดรนขนส่ง ข้อจำกัดทางกฎหมายต่างๆ แนวทางและมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่เป็นไปได้ในกรณีการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศเพื่อผลักดันให้มีการออกกฎหมายในประเทศไทยให้ถูกต้องตรงตามวัตถุประสงค์ของการนำโดรนไปใช้ในการขนส่งทางอากาศเชิงพาณิชย์ที่จะเกิดขึ้นเร็วๆ นี้

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาถึงคำนิยาม ลักษณะและประเภทของโดรนเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศ

2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศของประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น

2.3 เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในกรณีการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศในประเทศไทยภายใต้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

3. ขอบเขตของการศึกษา

งานวิจัยฉบับนี้มุ่งที่จะศึกษาจากประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาต และเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบินประเภทอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558 โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่สำหรับอากาศยานซึ่งไม่มีนักบินสำหรับใช้งานเป็นการทั่วไป โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ประกอบพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498 และพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558 หมวด 6 ว่าด้วยการรับขนทางอากาศภายในประเทศ และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งสินค้าทางอากาศในเชิงพาณิชย์ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ

4. วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาวิจัยนี้ เป็นการศึกษาข้อมูลโดยการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยวิธีการค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ รายงานการวิจัย บทความทางวิชาการ เอกสารทางวิชาการและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ในเว็บไซต์ที่เกี่ยวข้องกับการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งสินค้าทางอากาศในเชิงพาณิชย์

5. ผลการวิจัย

ในส่วนนี้คณะผู้วิจัยได้ศึกษาถึงนิยามศัพท์และลักษณะและประเภทที่เกี่ยวข้องกับโดรนในประเทศไทยและรวมถึงต่างประเทศประกอบไปด้วยสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น คณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตการบินโดรน ข้อจำกัดการบินโดรน ข้อจำกัดวัตถุที่ใช้ในการขนส่ง นอกเหนือจากนี้ คณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาความเป็นไปได้ในกรณีการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศในประเทศไทยภายใต้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน พร้อมทั้งนำเสนอบทสรุปและข้อเสนอแนะที่คณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 คำนิยาม ลักษณะและประเภทของโดรนเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศ

ตามประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบิน ประเภทอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558 ได้กำหนดคำนิยามศัพท์ของโดรนไว้ใน ข้อ 3 กล่าวคือ อากาศยานไร้นักบิน หมายถึง อากาศยานที่ควบคุมการบินโดยผู้ควบคุมอยู่ภายนอกและใช้ระบบควบคุมอากาศยานจากภายนอก โดยไม่รวมถึงเครื่องบินเล็กที่ใช้เป็นเครื่องบินเล่นตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงกำหนดวัตถุซึ่งไม่เป็นอากาศยาน พ.ศ. 2548 และคำว่า ระบบของอากาศยานไร้นักบิน หมายถึง ชุดอุปกรณ์อันประกอบไปด้วยเครื่องเชื่อมโยงคำสั่งควบคุมหรือการบังคับอากาศยาน รวมทั้งสถานีหรือสถานที่ติดตั้งชุดอุปกรณ์เหล่านี้หรือเครื่องมือที่ใช้ควบคุมการบินจากภายนอกและตัวอากาศยานด้วย³

ประเภทของโดรนตามประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบิน ประเภทอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558 ข้อ 4 ได้กำหนดประเภทของโดรนตามน้ำหนักและวัตถุประสงค์การใช้งานโดยสามารถกำหนดประเภทของอากาศยานได้ 2 ประเภทด้วยกัน

1) ประเภทที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเล่นเป็นงานอดิเรก เพื่อความบันเทิง หรือเพื่อการกีฬาที่มีน้ำหนักไม่เกิน 2 กิโลกรัมและที่มีน้ำหนักเกิน 2 กิโลกรัมแต่ไม่เกิน 25 กิโลกรัม

³ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบิน ประเภทอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558, ข้อ 3.

2) ประเภทที่มีน้ำหนักไม่เกิน 25 กิโลกรัมและใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น เช่น เพื่อการรายงานเหตุการณ์หรือรายงานการจราจร (สื่อมวลชน) เพื่อการถ่ายภาพ การถ่ายทำหรือการแสดงในภาพยนตร์หรือรายการโทรทัศน์ เพื่อการวิจัยและการพัฒนาอากาศยาน⁴

โดรนในภาษาฝรั่งเศสใช้คำทับศัพท์เช่นเดียวกับคำในภาษาอังกฤษ โดยมีการใช้อักษรย่อซึ่งเป็นคำทับศัพท์เช่นเดียวกัน คือ UAV (Unmanned Aerial Vehicle) และ UAS (Unmanned Aerial System) ซึ่งพิจารณาได้จากอนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944 (Chicago Convention 1944) ในข้อ 8 ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับโดรนไว้ดังนี้ “อากาศยานที่สามารถบินได้โดยไม่มีนักบินจะทำการบินเหนืออาณาเขตของรัฐผู้ทำสัญญาโดยไม่มีนักบินไม่ได้ นอกจากจะได้รับอนุญาตพิเศษจากรัฐนั้นและได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดในใบอนุญาตเช่นนั้น รัฐทำสัญญาแต่ละรัฐรับรองว่า ในภูมิภาคที่เปิดให้อากาศยานพลเรือนทำการบินได้ตนจะได้จัดการควบคุมการบินของโดรนเช่นนั้นมิให้เป็นอันตรายแก่อากาศยานพลเรือน”⁵

ในยุโรปยังมีการใช้ตัวย่อ RPA (Remotely Piloted Aircraft) หรือ RPAS (Remotely Piloted Aircraft Systems) ที่หมายความถึงอากาศยานบังคับระยะไกลอีกด้วยคำว่า RPA⁶ หรือ RPAS⁷ สามารถใช้เรียกระบบโดรนในภาพรวมได้ ซึ่งในระบบจะต้องประกอบด้วยตัวอากาศยาน ระบบควบคุมการบินอัตโนมัติ ระบบสื่อสารการบิน ระบบอุปกรณ์บรรทุก (Payload) สถานีควบคุมภาคพื้น (Ground Control Station) ผู้ควบคุมและส่วนสนับสนุนการบิน (Support Element)

ภายใต้กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสโดรนเป็นอากาศยาน หรือ เครื่องบินซึ่งกำหนดไว้ในวรรคแรกของมาตรา L.6100-1 ของประมวลกฎหมายขนส่งถือเป็น “อุปกรณ์ที่สามารถเคลื่อนที่ไปในอากาศได้” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดรน คือ โดรนที่อยู่ในประกาศที่ใช้ในปี 2012 และ

⁴ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบิน ประเภทอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558, ข้อ 4.

⁵Chicago Convention 1944, Article 8 No aircraft capable of being flown without a pilot shall be flown without a pilot over the territory of a contracting State without special authorization by that State and in accordance with the terms of such authorization. Each contracting State undertakes to ensure that the flight of such aircraft without a pilot in regions open to civil aircraft shall be so controlled as to obviate danger to civil aircraft.

⁶ICAO, Amendment 43 to the International Standards, « Rules of the Air » (annex 2 to the Convention on International Civil Aviation), mars 2012.

⁷A remotely piloted aircraft, its associated remote pilot stations, the required command and control links and any other components as specified in the type design.

2015 เกี่ยวกับเครื่องบินพลเรือนตามที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นชาติแรกที่ตระหนักถึงกฎหมายโดรนและการบังคับใช้อย่างจริงจัง เช่นเดียวกับในคำสั่งปี 2013 เกี่ยวกับเครื่องบินทหารและเครื่องบินที่ไร้คนขับบนเรือ⁸ การมีอยู่ของเครื่องบินไร้คนขับเหล่านี้ได้ถูกนำมาพิจารณาโดยอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ซึ่งลงนามในรัฐชิคาโก เมื่อวันที่ 7 ธันวาคม พ.ศ. 2487⁹

ตามประกาศว่าด้วยโดรน¹⁰ ปี 2015 ได้แบ่งประเภทของโดรนออกเป็นสามประเภทซึ่งแตกต่างกันออกไป ดังนี้ คือ ประเภทเครื่องบินจำลอง ประเภทการทดลอง และประเภทกิจกรรมพิเศษ ดังมีรายละเอียดดังนี้

ประเภทแรก คือเครื่องบินจำลอง (Aéromodélisme) หมายถึง เครื่องบินไร้คนขับที่นำร่องระยะไกลบางส่วนที่ใช้เพื่อการสนทนาหรือเพื่อการแข่งขัน เครื่องบินเหล่านี้ต้องเป็นเครื่องบินที่ไม่มีคนขับซึ่งอยู่ห่างจากนักบินระยะไกลไม่เกิน 200 เมตร และบินที่ความสูงไม่เกิน 50 เมตร หรือโดรนที่ไม่ได้รับการควบคุมจากระยะไกล ที่มีน้ำหนักไม่ถึง 1 กิโลกรัม ซึ่งสามารถบินโดยอัตโนมัติตามการเคลื่อนไหวของบรรยากาศ โดยแต่ละเที่ยวบินใช้เวลาไม่เกิน 8 นาที ซึ่งสามารถแบ่งได้ 2 ประเภทภายใต้เงื่อนไขที่ประกาศฉบับนี้กำหนดไว้ใน annexe I ได้แก่

โดรนประเภท A คือ โดรนที่มีน้ำหนักเบา โดยส่วนใหญ่จะเป็นเครื่องบินจำลองซึ่งจะมีข้อจำกัดในเรื่องการใช้งาน และการขออนุญาตไม่มากนัก ได้แก่

(1) โดรนที่มีน้ำหนักต่ำกว่าหรือเท่ากับ 25 กิโลกรัม โดยต้องมีเงื่อนไข ดังนี้

ก. เครื่องยนต์ระบายความร้อน: กำลังการผลิตรวมน้อยกว่าหรือเท่ากับ 250 ลูกบาศก์เซนติเมตร (cm³)

ข. มอเตอร์ไฟฟ้า: กำลังไฟต่ำกว่าหรือเท่ากับ 15 กิโลวัตต์

⁸Arrêté du 24 décembre 2013 fixant les règles relatives à la conception et aux conditions d'utilisation des aéronefs militaires et des aéronefs appartenant à l'État et utilisés par les services de douanes, de sécurité publique et de sécurité civile qui circulent sans personne à bord, JORF n°0302 du 29 décembre 2013, texte n°40 [arrêté de 2013 relatif aux aéronefs militaires et aéronefs d'État].

⁹Convention relative à l'aviation civile internationale, 7 décembre 1944, 15 UNTS 295, ICAO Doc 7300/6 (entrée en vigueur: 4 April 1947) [Convention de Chicago].

¹⁰Arrêté du 17 décembre 2015 relatif à la conception des aéronefs civils qui circulent sans aucune personne à bord, aux conditions de leur emploi et aux capacités requises des personnes qui les utilisent.

ค. กังหันลม: กำลังไฟต่ำกว่าหรือเท่ากับ 15 กิโลวัตต์

ง. เครื่องปฏิกรณ์: แรงขับทั้งหมดรวมกันน้อยกว่าหรือเท่ากับ 30daN โดยมีอัตราส่วนแรงขับ / น้ำหนักโดยไม่ใช่เชื้อเพลิงน้อยกว่าหรือเท่ากับ 1.3

จ. อากาศร่อน: มวลรวมของก๊าซในกระบอกสูบมีน้ำหนักน้อยกว่าหรือเท่ากับ 5 กิโลกรัม

(2) โดรนทุกรุ่นที่มีน้ำหนักน้อยกว่าหรือเท่ากับ 150 กิโลกรัม

โดรนประเภท B โดรนทุกประเภทที่ไม่ได้อยู่ในประเภท A นั้นไม่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์การเดินอากาศของยุโรปเนื่องจากใบอนุญาตการบินสำหรับอากาศยานประเภทดังกล่าว จะออกให้ต่อเมื่อมีเอกสารทางเทคนิคที่จัดทำโดยผู้ที่สามารถเป็นผู้บังคับอากาศยานและได้รับการยอมรับจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการบินพลเรือนและสถิติการบินแล้วเท่านั้น

ประเภทที่สอง คือ การทดลอง (L'expérimentation) หมายถึง การใช้เครื่องบินเพื่อการทดสอบเพื่อการพัฒนาและควบคุมสำหรับกรณีที่ไม่อยู่ในประเภทของเครื่องบินจำลอง รวมถึงเที่ยวบินสถิติของโดรน และเครื่องบินไร้คนขับที่กำลังทำการทดลองถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของประเภทการทดลองประเภทดังกล่าวด้วย กิจกรรมประเภทนี้มีความสำคัญมากสำหรับผู้สร้างเนื่องจากจะต้องส่งเครื่องบินต้นแบบเพื่อทำการทดสอบในอาณาเขตของสาธารณรัฐฝรั่งเศสดังตัวอย่างต่อไปนี้

(1) เที่ยวบินของเครื่องบินต้นแบบหรือเครื่องบินไร้คนขับเพื่อพัฒนาเทคโนโลยีใหม่

(2) เที่ยวบินทดลองแม้จะมีการจัดการและการประเมินความสมควรเดินเครื่องบนอากาศจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการบินพลเรือนแล้ว

(3) เที่ยวบินสถิติต่างๆ ที่ทำการบินด้วยเครื่องบินที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

(4) เที่ยวบินควบคุมที่จะบินในตอนท้ายของการผลิตเครื่องบิน ซึ่งจะทำการบินภายใต้ใบรับรอง

ประเภทที่สาม คือ กิจกรรมพิเศษ (Activités particulières) ซึ่งได้แก่ การใช้งานอื่นๆ ที่ไม่อยู่ภายใต้การทดลอง ไม่ว่าจะเป็นเชิงพาณิชย์หรือไม่ โดยผู้ดำเนินการบินได้รับค่าตอบแทนสำหรับการใช้โดรนเครื่องบินไร้คนขับประเภทกิจกรรมพิเศษสามารถมีน้ำหนักเกินกว่า 150 กิโลกรัมได้ โดยรัฐมนตรีที่รับผิดชอบด้านการบินพลเรือนกำหนดเงื่อนไขเป็นกรณีๆ ไปได้ โดยเงื่อนไขเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของยุโรปก็ได้

โดรนในสหรัฐอเมริกาถูกกำกับดูแลโดยหน่วยงานบริหารการบินของรัฐบาลกลางสหรัฐ (US Federal Aviation Administration) คำว่าอากาศยานไร้คนขับ Unmanned aircraft (UA) ถูกใช้เพื่ออธิบายระบบอากาศยานที่ไม่มีลูกเรือบนเครื่องบินไว้ว่า โดรน หมายถึง อากาศยานที่ดำเนินการโดยปราศจากการแทรกแซงของมนุษย์โดยตรงจากภายในหรือบนเครื่องบินชื่อเรียกสามัญ

อื่นๆ ได้แก่ UAV, Drone, Remotely Piloted Vehicle (RPV), Remotely Piloted Aircraft (RPA), และ Remotely Operated Aircraft (ROA)¹¹

โดรนขนาดเล็ก หมายถึง เครื่องบินไร้คนขับที่มีน้ำหนักน้อยกว่า 55 ปอนด์เมื่อบินขึ้น รวมถึงทุกอย่างที่อยู่บนเรือหรือติดอยู่กับเครื่องบิน และระบบโดรนขนาดเล็ก (UAS ขนาดเล็ก) หมายถึง เครื่องบินไร้คนขับขนาดเล็กและองค์ประกอบที่เกี่ยวข้อง (รวมถึงลิงก์การสื่อสารและส่วนประกอบที่ควบคุมโดรนขนาดเล็ก) ที่จำเป็นสำหรับการทำงานที่ปลอดภัยและมีประสิทธิภาพของเครื่องบินไร้คนขับขนาดเล็กในระบบน่านฟ้าแห่งชาติ

เครื่องบินจำลอง หมายถึง โดรนที่ (1) ความสามารถในการบินอย่างยั่งยืนในชั้นบรรยากาศ (2) บินภายในแนวสายตาที่มองเห็นได้ของผู้ปฏิบัติการอากาศยาน และ (3) บินเพื่องานอดิเรกหรือเพื่อการพักผ่อนหย่อนใจ

อากาศยานเชิงพาณิชย์ระหว่างรัฐ หมายถึง การขนส่งโดยอากาศยานของบุคคลหรือทรัพย์สินเพื่อการชดเชยหรือจ้างหรือการขนส่งทางไปรษณีย์ทางอากาศยานหรือการดำเนินงานหรือการนำทางของอากาศยานในการดำเนินการหรือส่งเสริมธุรกิจหรืออาชีพในเชิงพาณิชย์ระหว่างสถานที่ใดๆ รัฐของสหรัฐอเมริกาหรือ District of Columbia และสถานที่ในรัฐอื่นของสหรัฐอเมริกาหรือ District of Columbia หรือระหว่างสถานที่ในรัฐเดียวกันของสหรัฐอเมริกาผ่านน่านฟ้าเหนือสถานที่ใดๆ นอกนั้น หรือระหว่างสถานที่ในดินแดนเดียวกันหรือครอบครองของสหรัฐอเมริกาหรือ District of Columbia¹²

ประเภทของโดรนสามารถแบ่งออกได้ตามวัตถุประสงค์ 2 ประเภทด้วยกัน คือ ส่วน 107 ที่ใช้บังคับกับการบินที่ไม่ใช่เพื่อนันทนาการและในส่วน 101 สำหรับการบินเพื่อการนันทนาการ ในส่วน 107 ที่ใช้บังคับกับการบินที่ไม่ใช่เพื่อนันทนาการสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทแรก คือ วัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น ในการทำงาน / ธุรกิจ จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎข้อ 107 Small UAS ของ FAA (ตอนที่ 107) ซึ่งรวมถึงการผ่านการทดสอบความรู้ด้านการบินของ FAA เพื่อรับใบรับรองนักบินระยะไกล

¹¹César A. Muñoz, and others, “Unmanned aircraft systems in the national airspace system: a formal methods perspective,” **ACM SIGLOG News** 3, 3 (August 2016): 67-76.

¹²Code of Federal Regulations Title 14, Chapter 1, Subchapter A, Part 1, Definitions and Abbreviation.

ประเภทที่สอง คือ วัตถุประสงค์ในงานของรัฐ เช่น สำหรับตำรวจหรือหน่วยดับเพลิง จะต้องดำเนินการภายใต้กฎ Part 107 ของ FAA หรือได้รับใบรับรองการอนุญาตของรัฐบาลกลาง (COA)

ในส่วน 101 สำหรับการบินวัตถุประสงค์ในด้านนันทนาการจะต้องปฏิบัติตามกฎเครื่องบินจำลองเพื่อการสันทนาการของ FAA กล่าวคือ หากโดรนของคุณมีน้ำหนักมากกว่า 0.55 ปอนด์ (250 กรัม) จะต้องจ่าย \$5 เพื่อลงทะเบียนและยังมีกฎเพิ่มเติมเกี่ยวกับน้ำหนักและความสูง การให้อยู่ในระยะสายตาขณะบินและอื่นๆ

สำหรับประเทศญี่ปุ่นโดรนถูกให้คำนิยามโดยกระทรวงที่ดิน สาธารณูปโภค ขนส่ง และท่องเที่ยว (Land, Infrastructure, Transport and Tourism Industry) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในส่วนของการระเบียบในการควบคุมโดรน หน่วยงานดังกล่าวได้ให้คำนิยามไว้ว่า โดรน (UAV หรือ UA) หมายถึง เครื่องบิน เครื่องใบพัด เครื่องร่อน เรือบินต่างๆ ที่มีน้ำหนักเกิน 200 กรัม ขึ้นไปแต่ไม่เกิน 25 กิโลกรัมและสามารถขับเคลื่อนได้อย่างอัตโนมัติโดยไม่จำเป็นต้องมีมนุษย์ควบคุมอยู่ในตัวเครื่อง ส่วนโดรนที่มีน้ำหนัก 25 กิโลกรัมหรือมากกว่านั้น จะอยู่ภายใต้มาตรฐานการบินที่เข้มงวดกว่า สำหรับ UAV ที่มีน้ำหนัก 200 กรัม (7 ออนซ์) หรือน้อยกว่านั้น ไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการบิน¹³

ประเภทของโดรนในประเทศญี่ปุ่นยังจำกัดอยู่เฉพาะด้านเท่านั้น ยังไม่เปิดโอกาสให้ใช้โดรนเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์ แต่อย่างไรก็ดี รัฐบาลญี่ปุ่นยังคงมีการศึกษาอย่างต่อเนื่องถึงการพัฒนากฎหมายให้ใช้โดรนในเชิงพาณิชย์ได้ โดยออกแผนการพัฒนาอุตสาหกรรมทางอากาศโดยแบ่งออกเป็น 4 ช่วง ในการพัฒนาการใช้โดรน ในช่วงที่ 1 และช่วงที่ 2 โดรนอาจจะยังต้องบินภายในวิสัยของผู้ควบคุม ในช่วงที่ 3 จะเริ่มในปี 2018 โดยโดรนอาจจะบินนอกวิสัยของผู้ควบคุม (BVLOS) ในพื้นที่ห่างไกลผู้คน เช่น ภูเขา ทะเล แม่น้ำ ทะเลสาบ ป่า เป็นต้น ในช่วงที่ 4 โดรนอาจจะบินนอกวิสัยของผู้ควบคุม (BVLOS) ในพื้นที่ที่มีผู้คนอาศัยได้ ในช่วงที่ 4 จะเริ่มโครงการในช่วงหลังปี 2022

เมื่อคณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาคำนิยามของโดรนเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ พบว่า แต่ละประเทศก็มีการให้คำนิยามของโดรนไว้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ โดรน หมายถึง อากาศยานที่ไม่จำเป็นต้องมีมนุษย์ควบคุมอยู่ในตัวเครื่อง แต่ไม่รวมถึงเครื่องบินจำลองไร้คนขับขนาดเล็กที่มีวัตถุประสงค์ใช้เพื่อสันทนาการเท่านั้น นอกจากนี้ เมื่อคณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาลักษณะและประเภทของโดรนแต่ละประเทศก็พบว่า มีการกำหนด

¹³ Civil Aeronautics Act No. 118 of 2006 and Ordinance for Enforcement of the Civil Aeronautics Act.

วัตถุประสงค์การใช้งานและน้ำหนักของโดรนไว้แตกต่างกันโดยคำนึงถึงความมั่นคงของประเทศและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนเป็นหลัก

5.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนขนส่งทางอากาศ

1) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนขนส่งทางอากาศในประเทศไทย

ปัจจุบันประเทศไทยมีหลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขการบินโดรนตามประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบิน ประเภทอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558 ประกาศฉบับนี้ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2558 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม พ.ศ. 2558 โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ที่ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบิน นอกจากจะได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือตามที่รัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมได้กำหนด สำคัญในการขอการขึ้นทะเบียนและเงื่อนไขการบินของอากาศยานซึ่งไม่มีนักบินตามประกาศดังกล่าวมี ดังนี้

ผู้จะทำการบินหรือปล่อยโดรนจะต้องทำการลงทะเบียนโดรนพร้อมทั้งยังต้องทำการขึ้นทะเบียนเครื่องวิทยุคมนาคมสำหรับโดรนที่ใช้คลื่นความถี่ในการบังคับตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่สำหรับอากาศยาน ซึ่งไม่มีนักบิน สำหรับใช้งานเป็นการทั่วไปซึ่งเมื่อได้ขอขึ้นทะเบียนอนุญาตใช้คลื่นความถี่โดรนแล้วก็ต้องขึ้นทะเบียนผู้บังคับอากาศยานโดรนกับกรมการบินพลเรือนด้วยจึงจะได้รับหนังสือการขึ้นทะเบียนผู้บังคับอากาศยานโดรนเสมือนการทำใบขับชีโดรนมาจากกรมการบินพลเรือนจึงสามารถทำการบินโดรนได้

หลักเกณฑ์การขออนุญาตบินโดรนใช้บังคับเป็นการทั่วไปทั้งประเทศไม่ว่าจะเป็นเอกชนหรือภาครัฐจะต้องขออนุญาตตามหลักเกณฑ์ แต่ในหน่วยงานของรัฐบางประเภท เช่น สังกัดราชการทหาร ราชการตำรวจ ราชการศุลกากร กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ไม่ต้องดำเนินการขึ้นทะเบียนหรือปล่อยโดรน เนื่องจากได้มีการกำหนดให้หน่วยงานดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ตามมาตรา 5 ประกอบกฎกระทรวงกำหนดราชการอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497

กรณีอากาศยานที่มีน้ำหนักไม่เกิน 25 กิโลกรัมที่ใช้ในวัตถุประสงค์เพื่อการขนส่งนั้น ผู้ที่จะใช้โดรนจะต้องมีการจดทะเบียนอากาศยานและมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับกรณีเพื่อการถ่ายภาพ การถ่ายทำหรือการแสดงในภาพยนตร์หรือรายการโทรทัศน์ กล่าวคือ หากเป็นบุคคลธรรมดาผู้ขออนุญาตจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ และไม่มีพฤติกรรมที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศ

และไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติด หรือกฎหมายศุลกากร แต่หากเป็นนิติบุคคลผู้แทนนิติบุคคลจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้สำหรับคนธรรมดา ในส่วนอากาศยานขนาดใหญ่ที่มีน้ำหนักเกินกว่า 25 กิโลกรัมขึ้นไป ผู้ที่จะใช้โดรนเพื่อการขนส่งจะต้องยื่นขออนุญาตต่ออธิบดีกรมการบินพลเรือนเป็นกรณีไป และจะบังคับหรือปล่อยอากาศยานได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดเท่านั้น

ข้อกำหนดการบินโดรนสำหรับอากาศยานที่มีน้ำหนักไม่เกิน 25 กิโลกรัมมีวัตถุประสงค์เพื่อการขนส่งสินค้าก่อนทำการบินจะต้องตรวจสอบสภาพของอากาศยานให้สามารถกระทำการบินได้อย่างปลอดภัย จะต้องได้รับการอนุญาตจากเจ้าของพื้นที่ที่ทำการบิน มีการศึกษาพื้นที่และชั้นของห้วงอากาศที่จะทำการบิน มีแผนฉุกเฉิน รวมถึงแผนกรณีเกิดอุบัติเหตุและการรักษาพยาบาล การแก้ปัญหากรณีไม่สามารถทำการบินได้ มีการบำรุงรักษาคู่มือของผู้ผลิตมีความรู้ชำนาญในการบังคับอากาศยานและระบบของอากาศยาน มีความรู้ในกฎจราจรทางอากาศ นำหนังสือหรือสำเนาหนังสือการขึ้นทะเบียนติดตัวตลอดเวลาที่ทำการบิน มีอุปกรณ์ดับเพลิงที่สามารถใช้งานได้ติดตัวตลอดเวลาที่ทำการบิน มีการทำประกันภัยสำหรับความเสียหายอันเกิดแก่ร่างกาย ชีวิต ตลอดจนทรัพย์สินของบุคคลที่สาม วงเงินไม่ต่ำกว่าหนึ่งล้านบาทต่อครั้ง

ในส่วนของข้อกำหนดระหว่างทำการบินผู้บังคับโดรนจะต้องปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

(1) ห้ามทำการบินในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกายและรบกวนความสงบของบุคคลอื่น

(2) ห้ามทำการบินในเขตห้ามและเขตอันตรายตามเอกสารแถลงข่าวการบินของประเทศไทย รวมทั้ง สถานที่ราชการ หน่วยงานของรัฐ โรงพยาบาล เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าของพื้นที่

(3) แนวการบินขึ้นของอากาศยานต้องไม่มีสิ่งกีดขวาง

(4) ผู้บังคับต้องสามารถมองเห็นอากาศยานได้ตลอดเวลาที่ทำการบินและห้ามทำการบังคับอากาศยานโดยอาศัยชุดกล้องบนอากาศยานหรืออุปกรณ์อย่างอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียง

(5) ทำการบินในระหว่างเวลาพระอาทิตย์ขึ้นถึงพระอาทิตย์ตกซึ่งสามารถมองเห็นอากาศยานได้อย่างชัดเจน

(6) ห้ามทำการบินเข้าใกล้หรือเข้าไปในเมฆ

(7) ห้ามทำการบินในระยะ 9 กิโลเมตรจากสนามบินหรือที่ขึ้นลงชั่วคราวของอากาศยาน เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของหรือผู้ดำเนินการสนามบินอนุญาตหรือที่ขึ้นลงชั่วคราวอนุญาต

(8) ห้ามทำการบินใช้ความสูงเกิน 90 เมตร หรือ 300 ฟุต เหนือพื้นดิน

(9) ห้ามทำการบินเหนือเมือง หมู่บ้าน ชุมชน หรือพื้นที่ที่มีคนมาชุมนุมอยู่

- (10) ห้ามบังคับอากาศยานเข้าใกล้อากาศยานซึ่งมีนักบิน
- (11) ห้ามทำการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่น
- (12) ห้ามทำการบินโดยก่อความเดือดร้อน ความรำคาญ แก่ผู้อื่น
- (13) ห้ามส่งหรือพาวัตถุอันตรายตามที่กำหนดในกฎกระทรวงหรืออุปกรณ์ปล่อย

แสงเลเซอร์ติดไปกับอากาศยาน

(14) ห้ามทำการบินโดยมีระยะห่างในแนวนอนกับบุคคล ยานพาหนะ สิ่งก่อสร้าง อาคารที่ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการบินน้อยกว่า 50 เมตร หรือ 100 ฟุต

(15) เมื่อมีอุบัติเหตุเกิดแก่อากาศยาน ให้ผู้บังคับหรือปล่อยอากาศยานแจ้งอุบัติเหตุนั้น ต่อพนักงานโดยไม่ชักช้า

สำหรับอากาศยานที่มีน้ำหนักเกิน 25 กิโลกรัมขึ้นไป ให้ผู้ควบคุมโดรนเพื่อการขนส่งยื่นคำขออนุญาตต่ออธิบดีเป็นรายกรณีไปและจะบังคับหรือปล่อยอากาศยานได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเท่านั้น

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้โดรนเพื่อการขนส่งสินค้าในประเทศไทยคือ พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558 ในหมวด 6 ที่ว่าด้วยการขนส่งภายในประเทศ แต่ก่อนที่พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558 จะมีผลบังคับใช้ ประเทศไทยได้มีการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติถึงการรับขนไว้ในบรรพ 3 ลักษณะ 8 รับขน มาใช้ในการรับขนทางอากาศทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อสภาพสังคมและสิ่งแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป รวมถึงเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติถึงการรับขนไม่สามารถรองรับลักษณะพิเศษของการรับขนทางอากาศได้อย่างเหมาะสม ประเทศไทยจึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์บางประการที่เกี่ยวข้องกับการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับวิธีปฏิบัติระหว่างประเทศ โดยให้ไว้ ณ วันที่ 7 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 และให้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 90 วันนับแต่วันที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

เมื่อพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558 ได้ประกาศใช้แล้วส่งผลให้การขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศไม่อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการรับขนอีกต่อไป และยังได้มีการนำหลักเกณฑ์การขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศมาบังคับใช้กับการรับขนทางอากาศภายในประเทศโดยอนุโลมด้วย ซึ่งการรับขนทางอากาศภายในประเทศนั้นมีความหมายถึง การรับขนคนโดยสาร สัมภาระหรือของทางอากาศโดยอากาศยาน ซึ่งคู่สัญญาตกลงให้ถิ่นต้นทางและถิ่นปลายทางตั้งอยู่ในอาณาเขตประเทศเดียวกัน แต่ไม่รวมถึงการรับขนทางอากาศ

ระหว่างประเทศและการรับขนที่ดำเนินการโดยผู้ขนส่งหลายคนหลายทอดที่มีการทำสัญญาเดียวหรือหลายชุดเพื่อหลีกเลี่ยงลักษณะของการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ¹⁴

ในส่วนเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจนั้นพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่า คดีที่เกี่ยวกับการรับขนทางอากาศภายในประเทศให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ¹⁵ แต่สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับการรับขนทางอากาศภายในประเทศที่มีการพิจารณาก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558 มาบังคับใช้นั้น ในบทเฉพาะกาลบัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงการพิจารณาคดีโดยให้ศาลพิจารณาคดีต่อไปจนแล้วเสร็จโดยถือว่าคดีนั้นมิได้เกี่ยวกับการรับขนทางอากาศตามพระราชบัญญัตินี้เลย¹⁶

ดังนั้น การนำโดรนขนส่งสินค้าเชิงพาณิชย์มาใช้ภายในประเทศไทยผู้ควบคุมโดรนและผู้รับบริการจำเป็นจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558 ในหมวดที่ 2 ที่ว่าด้วยการรับขนของตั้งแต่มาตรา 24 จนถึงมาตรา 45 รวมจำนวนทั้งสิ้น 21 มาตรา มาประกอบในการพิจารณาถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ขนส่งและผู้ตราส่งซึ่งนำโดรนมาขนส่งสินค้าด้วย

การขนส่งวัตถุอันตรายในประเทศไทยอยู่ภายใต้ข้อบังคับของสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 4 ว่าด้วยการขนส่งวัตถุอันตรายทางอากาศออกโดยอาศัยมาตรา 6/1 และมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 และ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้ วัตถุอันตราย (Dangerous Goods) หมายถึง วัตถุหรือสารที่ขนไปกับอากาศยานซึ่งสามารถก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสุขภาพ ความปลอดภัย และทรัพย์สิน หรือสภาพแวดล้อม โดยแบ่งประเภทตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดทางเทคนิคสำหรับการขนส่งวัตถุอันตรายทางอากาศอย่างปลอดภัย (ICAO DOC 9284)¹⁷

ตามข้อบังคับของสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 4 ว่าด้วยการขนส่งวัตถุอันตรายทางอากาศ ข้อ 4 ห้ามผู้ดำเนินการเดินอากาศรับวัตถุอันตรายเพื่อการขนส่งทางอากาศ เว้นแต่

(1) ผู้ส่งได้รับอนุญาตให้ส่ง และผู้ดำเนินการเดินอากาศนั้นได้รับอนุญาตให้พาวัตถุอันตรายไปกับอากาศยานตามกฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศและกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้ง

¹⁴ พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558, มาตรา 57.

¹⁵ พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558, มาตรา 58.

¹⁶ พระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558, มาตรา 59.

¹⁷ ข้อบังคับของสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 4 ว่าด้วยการขนส่งวัตถุอันตรายทางอากาศ.

กฎหมายของประเทศต้นทาง ประเทศที่อากาศยานนั้นนำวัตถุอันตรายบินผ่าน หรือพักระหว่างเส้นทางการบินและของประเทศปลายทาง

(2) ผู้ส่งได้สำแดงว่าวัตถุอันตรายนั้นไม่เป็นวัตถุอันตรายที่ต้องห้ามสำหรับการขนส่งทางอากาศโดยได้ระบุประเภท (Classification) บรรจุหีบห่อ (Packing) ติดฉลากและทำเครื่องหมาย (Labeling and Marking) และลงนามในเอกสารกำกับ การขนส่งสินค้าอันตรายตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดทางเทคนิค

(3) จัดทำใบรายการตรวจรับวัตถุอันตราย (Dangerous Goods Acceptance Checklist) เพื่อเป็นเครื่องมือในการตรวจรับสินค้าอันตรายตามข้อ 4

(4) มีการตรวจสอบเอกสารต่างๆ ประกอบการขนส่งสินค้าวัตถุอันตราย หีบห่อ หีบห่อรวม และอุปกรณ์หน่วยบรรจุให้เป็นไปตามขั้นตอนการตรวจรับสินค้า (Acceptance Procedures) ที่ระบุไว้ในข้อกำหนดทางเทคนิค

(5) ดำเนินการเกี่ยวกับการบรรจุและจัดวาง (Loading and Stowage) ตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดทางเทคนิค

(6) วัตถุอันตรายนั้นๆ ได้ผ่านการตรวจสอบตามแผนการควบคุมการรักษาความปลอดภัยสินค้าและไปรษณียภัณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของคณะกรรมการการบินพลเรือนว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยสินค้าและไปรษณียภัณฑ์ทางอากาศ

(7) เป็นวัตถุอันตรายที่เป็นไปรษณียภัณฑ์ทางอากาศซึ่งได้จัดส่งผ่านการไปรษณีย์ควบคุมที่ได้รับอนุญาตจากสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย และมีกระบวนการดำเนินงานและการฝึกอบรมตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดทางเทคนิคโดยการรับรองของผู้ดำเนินการ

(8) จัดให้มีระบบการจัดการด้านนิรภัยตามข้อบังคับของคณะกรรมการการบินพลเรือนที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้

2) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนขนส่งทางอากาศในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สำหรับสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขการบินโดรนเพื่อการขนส่งตามประกาศว่าด้วยโดรน (Arrêté du 17 décembre 2015 relatif à la conception des aéronefs civils qui circulent sans aucune personne à bord, aux conditions de leur emploi et aux capacités requises des personnes qui les utilisent) การขออนุญาตและเงื่อนไขการบินโดรนเพื่อการขนส่งจะต้องขอในประเภทกิจกรรมพิเศษซึ่งอากาศยานที่มีน้ำหนักมากกว่า 25 กิโลกรัม รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบการบินพลเรือนจะแจ้งให้ทราบถึงเครื่องหมายประจำตัวที่ติดอยู่กับเครื่องบินขับเคลื่อนระยะไกลที่มีความสูง 50 เซนติเมตร (ซึ่งเป็นขนาดสูงสุดของเครื่องบินที่จะได้รับอนุญาต)

สำหรับโดรนประเภทกิจกรรมพิเศษนี้จะต้องมีใบรับรองการออกแบบซึ่งได้ถูกระบุไว้ใช้กับอากาศยานดังต่อไปนี้

- (1) อากาศยานที่มีมวลมากกว่า 25 กิโลกรัม
- (2) อากาศยานที่ใช้ในสถานการณ์ S-2
- (3) อากาศยานที่มีมวลมากกว่า 2 กิโลกรัม ที่ใช้ในสถานการณ์ S-3
- (4) อากาศยานที่ใช้ในสถานการณ์ S-4

โดยทั่วไปแล้วใบรับรองการออกแบบจะออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการบินพลเรือนภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้ คือ ผู้สมัครได้ทำการทดสอบและการวิเคราะห์ที่จำเป็นเพื่อแสดงให้เห็นถึงการปฏิบัติตามข้อกำหนดด้านความปลอดภัยกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการบินพลเรือน โดยผู้ถือใบรับรองการออกแบบ จะอยู่ในการควบคุมของรัฐมนตรีการบินพลเรือนตามข้อกำหนดด้านความปลอดภัยที่เกี่ยวข้อง

ในการใช้งานแต่ละครั้งจำเป็นต้องมีการบันทึกการใช้งานทุกครั้ง รวมถึงต้องมีคู่มือการใช้งานของผู้ใช้งานซึ่งมีรายละเอียด คือ การตรวจสอบความปลอดภัยก่อนการขึ้นบิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจสอบความเป็นไปได้ในกรณีที่มีการจอดฉุกเฉิน และอุปกรณ์ป้องกันบุคคลที่สาม ข้อจำกัดของมวล ข้อจำกัดสภาพอากาศ คำแนะนำในการใช้โปรแกรมและอุปกรณ์สำหรับการจำกัดระดับความสูง ขั้นตอนฉุกเฉิน คู่มือการบำรุงรักษาที่ระบุการตรวจสอบเป็นระยะเวลาที่จำเป็นในการบำรุงรักษาตามสมควรของเครื่องอากาศยาน

สำหรับคลื่นความถี่ที่ใช้ในการควบคุมอากาศยานและเพื่อการบริหารภารกิจในหมวดของกิจกรรมเฉพาะให้เป็นไปตามข้อบังคับที่ใช้บังคับ¹⁸ คือ การใช้คลื่นความถี่วิทยุสำหรับการควบคุมเครื่องบินระยะไกลและอุปกรณ์ต่างๆ ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตล่วงหน้าหากเป็นไปตามเงื่อนไขกล่าวคือ ความถี่เหล่านี้ขึ้นอยู่กับการอนุญาตทั่วไปและการส่งสัญญาณที่เกี่ยวข้องได้ถูกกำหนดไว้ในตารางการกระจายคลื่นความถี่แห่งชาติที่มีอยู่ในเว็บไซต์ของสำนักงานความถี่แห่งชาติ¹⁹ การใช้ความถี่อื่นหรือการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการปล่อยคลื่นต้องได้รับการอนุมัติก่อนซึ่งจะต้องได้รับการ

¹⁸Directorate General for Civil Aviation (Direction générale de l'Aviation civile), **AÉRONEFS CIRCULANT SANS PERSONNE à BORD: ACTIVITÉS PARTICULIÈRES** [Online], available URL: https://www.aeroport.fr/uploads/documents/Guide_A%C3%89RONEFS%20CIRCULANT%20SANS%20PERSONNE%20%C3%A0%20BORD%20%20ACTIVIT%C3%89S%20PARTICULI%C3%88RES_v1.pdf, 2015 (December, 22).

¹⁹L'Agence nationale des fréquences (ANFR), **Le tableau national de répartition des bandes de fréquences** [Online], available URL: <https://www.anfr.fr/gestion-des-frequences-sites/tnrbf/>, 2021 (May, 04).

ร้องขอจาก: DGAC (ศูนย์ DSAC/NO/NAV) สำหรับการเชื่อมโยงการควบคุมของเครื่องบินและ ARCEP สำหรับการติดต่อประสานงานที่เกี่ยวข้องกับอุปกรณ์ต่างๆ ที่ใช้สำหรับการบิน

ข้อกำหนดการบินโดรนในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นไปตามประกาศว่าด้วยโดรนกำหนดให้โดรนในหมวดกิจกรรมพิเศษ เช่น การใช้โดรนเพื่อการขนส่งสินค้าเชิงพาณิชย์ต้องดำเนินการบินโดรนภายใต้เงื่อนไขดังนี้²⁰ กล่าวคือ

- (1) ใช้นอกพื้นที่ที่ไม่มีประชากรหนาแน่น โดยต้องไม่บินผ่านบุคคลที่สามในระยะทางแนวนอนสูงสุด 200 เมตร จากการควบคุมระยะไกล (S-1)
- (2) ใช้นอกพื้นที่ที่ไม่มีประชากรหนาแน่น โดยไม่มีบุคคลที่สามบนพื้นดินในเขตของการขึ้นบินที่ระยะทางแนวนอนสูงสุด 1 กิโลเมตร จากนักบินระยะไกล (S-2)
- (3) ใช้นในพื้นที่ที่ไม่มีประชากรหนาแน่น โดยต้องไม่บินผ่านบุคคลที่สามที่ระยะทางแนวนอนสูงสุด 100 เมตร จากนักบินระยะไกล (S-3)
- (4) ใช้นอกพื้นที่ที่ไม่มีประชากรหนาแน่นซึ่งไม่เป็นไปตามเกณฑ์ของสถานการณ์ S-1 และ S-2 (S-4)

ตามประกาศว่าด้วยการใช้น่านฟ้าโดยโดรนกำหนดให้โดรนตามประกาศว่าด้วยโดรนประเภทเครื่องบินจำลอง ประเภททดลอง และประเภทกิจกรรมพิเศษต้องเคารพตามข้อห้ามและข้อจำกัดต่างๆ กล่าวคือ การใช้โดรนอัตโนมัติโดยปราศจากนักบินระยะไกลเป็นสิ่งต้องห้าม ยกเว้นเป็นการใช้ในบริบทของกิจกรรมทางอากาศแบบเครื่องบินจำลองที่ไม่ใช่การบินระยะไกลที่โดรนมีน้ำหนักน้อยกว่า 1 กิโลกรัม ซึ่งเมื่อบินแล้วใช้ระยะเวลาในการบินแต่ละเที่ยวบินไม่เกิน 8 นาที²¹

นอกเหนือจากนั้น ประกาศว่าด้วยการใช้น่านฟ้าโดยโดรนยังห้ามการบินโดรนตอนกลางคืน ซึ่งสามารถแบ่งเป็นสองช่วง กล่าวคือ ช่วงระยะละติจูดที่ 30°-60° เวลากลางคืนเริ่มนับจาก 30 นาทีหลังจากพระอาทิตย์ตกจนถึง 30 นาทีก่อนพระอาทิตย์ขึ้น และช่วงละติจูดที่น้อยกว่าหรือเท่ากับ 30° เวลากลางคืนเริ่มนับจาก 15 นาทีหลังจากพระอาทิตย์ตกจนถึง 15 นาทีก่อนพระอาทิตย์ขึ้น

ตามกฎหมายว่าด้วยการเพิ่มความปลอดภัยในการใช้โดรนพลเรือนได้ออกมาบังคับใช้เพิ่มความปลอดภัยในการใช้โดรนพลเรือนที่บินในโซนอ่อนไหว (Zone Sensibles) โดยเพิ่มเติมรายละเอียดให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มกฎเกณฑ์ในเรื่องของการจดทะเบียน

²⁰ Arrêté du 17 décembre 2015 relatif à la conception des aéronefs civils qui circulent sans aucune personne à bord, aux conditions de leur emploi et aux capacités requises des personnes qui les utilisent.

²¹ Arrêté du 17 décembre 2015 relatif à l'utilisation de l'espace aérien par les aéronefs qui circulent sans personne à bord.

สัญญาณเสียง แสงไฟ และอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ เป็นต้น รวมถึงการกระทำผิดกฎหมายและบทลงโทษอีกด้วย²²

กฎระเบียบทั้งหมดที่กล่าวมานั้น มีผลบังคับใช้เฉพาะกับเที่ยวบินทั้งหมดในดินแดนสาธารณรัฐฝรั่งเศสเท่านั้น กรณีของโดรนที่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป การอนุญาตนี้อาจใช้เป็นหลักฐานสำหรับการอนุมัติเฉพาะที่ออกโดยหน่วยงานความปลอดภัยการบินพลเรือน (Direction de la sécurité de l' Aviation civile: DSAC) โดยมีเงื่อนไขการพิจารณาในการอนุมัติการใช้โดรนจากต่างประเทศว่าต้องมีมาตรฐานเรื่องความปลอดภัยเทียบเท่ากับมาตรฐานของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การใช้โดรนเพื่อการขนส่งสินค้าในสาธารณรัฐฝรั่งเศสอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายขนส่งระบุถึงการขนส่งทางอากาศตามมาตราที่ L.6111-1 และมาตรา L.6214-1 ซึ่งการใช้โดรนในการขนส่งได้จัดอยู่ในส่วนนี้ด้วย กล่าวคือ

มาตรา L.6111-1 กำหนดหลักการไว้ว่า เครื่องบินทุกลำต้องจดทะเบียนก่อนจึงจะสามารถทำการบินได้ ส่วนโดรนที่มีนักบินควบคุมจากระยะไกลตามมาตรา L.6214-1 ที่มีน้ำหนักไม่เกิน 25 กิโลกรัมไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนตามความในมาตรานี้ โดรนที่มีการควบคุมจากนักบินระยะไกลตามมาตรา L.6214-1 ต้องอยู่ภายใต้ระบบการลงทะเบียนทางอิเล็กทรอนิกส์²³ หากน้ำหนักหรือมวลโดยรวมของโดรนนั้นมากกว่าหรือเท่ากับ 800 กรัม สำหรับโดรนที่มีมวลมากกว่า 800 กรัม ให้ติดตั้งอุปกรณ์ส่งสัญญาณเสียง ในกรณีที่สูญเสียการควบคุมของการบินหรือการสูญเสียการควบคุมเส้นโคจรของอุปกรณ์โดยการควบคุมระยะไกล โดยจะมีการยกเว้นสำหรับเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการในกรอบที่ได้รับอนุมัติและในพื้นที่ที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น สำหรับเครื่องบินหรืออากาศยานไร้คนขับใดที่อยู่นอกเหนือจากมาตราดังกล่าว สามารถได้รับการยกเว้นจากการลงทะเบียนได้โดยมีการออกพระราชกฤษฎีกาเฉพาะเป็นเรื่องๆ ไป

มาตรา L.6214-1 ได้กำหนดนิยามของคำว่า นักบินที่ควบคุมการบินของโดรนระยะไกลไว้ว่า บุคคลที่ควบคุมการบินของโดรนหรือในกรณีของเที่ยวบินอัตโนมัติซึ่งบุคคลอื่นใดสามารถเข้ามาแทรกในเส้นทางโคจรได้ตลอดเวลาหรือในกรณีของการบินแบบอิสระที่มีผู้กำหนดเส้นทางการบินได้โดยตรงหรือกำหนดจุดผ่านของโดรนนั้นๆ ได้ ซึ่งโดรนต้องปฏิบัติตามกฎเหล่านี้เหมือนกับโดรนประเภทอื่นเช่นกัน รวมถึงการฝึกอบรมในฐานะนักบินระยะไกลด้วย เนื่องจากนักบินระยะไกลทุกคน

²²Loi n°2016-1428 du 24 octobre 2016 relative au renforcement de la sécurité de l'usage des drones civils.

²³ได้มีการเพิ่มมาตรา L.34-9-2 ในประมวลโปรเซสและ การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมาตรานี้บังคับให้โดรนที่มีมวลน้อยกว่า 800 กรัม ต้องติดอุปกรณ์ส่งสัญญาณเช่นเดียวกับอุปกรณ์ส่งสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิตอล (สัญญาณไฟ).

ต้องผ่านการฝึกอบรมเพื่อควบคุมการบินของโดรนอย่างปลอดภัยและเป็นไปตามกฎและเงื่อนไขการใช้งานที่เกี่ยวข้องกับการเดินเครื่องทางอากาศ อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดของการฝึกอบรมนี้ไม่สามารถใช้ได้กับการใช้งานของโดรนเพื่อสันหนาทหารที่มีมวลของเครื่องรวมกันไม่เกิน 800 กรัม

นอกจากนี้ ในประมวลกฎหมายขนส่งยังได้กำหนดถึงเรื่องความรับผิดชอบในกรณีที่เกิดความเสียหายจากการผลิตและมาตรการการลงโทษของนักบินระยะไกลเอาไว้ด้วยดังนี้ คือ ในกรณีที่เกิดความเสียหายของโดรนขึ้น ย่อมเป็นความรับผิดชอบของผู้ผลิตโดรนสำหรับในกรณีที่เกิดความเสียหายเนื่องจากการออกแบบหรือข้อบกพร่องการผลิต²⁴ และนักบินที่ควบคุมการบินของโดรนระยะไกลต้องรับผิดชอบภายใต้เงื่อนไขของประมวลกฎหมายแพ่งเพื่อความเสียหายที่เกิดกับอากาศยานลำอื่นและรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลและทรัพย์สินตามกฎหมาย (L.6131-1 et L.6131-2) โดยมีบทลงโทษหลายกรณี ดังนี้

(1) กรณีการใช้โดรนที่อยู่ในสภาพการใช้งานที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหรือประกาศเพื่อความปลอดภัยจะต้องถูกลงโทษด้วยการจำคุกหนึ่งปีและเสียค่าปรับ € 75,000 (L.6232-4)

(2) กรณีที่นักบินที่ควบคุมการบินของโดรนระยะไกลบังคับโดรนด้วยความประมาทเลินเล่อในพื้นที่ดินแดนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะต้องถูกลงโทษด้วยการจำคุกหกเดือนและเสียค่าปรับ € 15,000 และหากมีการละเมิดกฎข้อห้ามบินโทษจะเพิ่มขึ้นเป็นจำคุกหนึ่งปีและเสียค่าปรับ € 45,000 (L.6232-4) และหากนักบินนั้นๆ ปฏิเสธที่จะทำตามคำสั่งของผู้มีอำนาจ หรือใช้แสงไฟสว่างมากเกินไปในการบิน ในกรณีที่เป็นอันตรายต่อชีวิตของผู้อื่น (มาตรา 223-1 ประมวลกฎหมายอาญา) ผู้มีอำนาจตามกฎหมายสามารถสั่งให้มีการรับเครื่องบินไว้คนขับเป็นการเพิ่มเติมได้ (L.6232-13)

(3) กรณีที่นักบินที่ควบคุมการบินของโดรนระยะไกลบังคับโดรนละเมิดความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่นกรณีบันทึกข้อมูล หรือส่งสัญญาณ หรือแก้ไขการบันทึกข้อมูลดังกล่าวโดยไม่ได้รับความยินยอม จำต้องถูกลงโทษด้วยการจำคุกหนึ่งปีและเสียค่าปรับ € 45,000 (มาตรา 226-1 ประมวลกฎหมายอาญา)

การขนส่งวัตถุอันตรายในสาธารณรัฐฝรั่งเศสถูกกำหนดให้เป็นไปตามภาคผนวก 18 แห่งอนุสัญญาการบินพลเรือนขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งสินค้า

²⁴ Directorate General for Civil Aviation (Direction générale de l'Aviation civile), **AÉRONEFS CIRCULANT SANS PERSONNE à BORD: ACTIVITÉS PARTICULIÈRES** [Online], available URL: https://www.aeroport.fr/uploads/documents/Guide_A%C3%89RONEFS%20CIRCULANT%20SANS%20PERSONNE%20%C3%A0%20BORD%20%20ACTIVIT%C3%89S%20PARTICULI%C3%88RES_v1.pdf, 2015 (December, 22).

อันตราย²⁵ กำหนดให้การขนส่งสินค้าอันตรายโดยโดรนนั้นไม่สามารถกระทำได้ตามคำแนะนำทางเทคนิคขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (Doc 9284 AN / 905) ในภาคผนวก 18 แห่งอนุสัญญาการบินพลเรือนที่ออกเป็นช่วงเวลาตามวิธีการที่คณะมนตรีแห่งองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (International Civil Aviation Organization: ICAO) ซึ่งมีการแก้ไขเอกสารในปี 2019-2020 โดยให้เปลี่ยนจากคำว่า สินค้าอันตรายเป็นสินค้าที่มีความเสี่ยงแทน²⁶ โดยได้กำหนดไว้ดังนี้

Hazardous Materials (HAZMAT) หมายความว่า ของเหลวที่ติดไฟได้ รวมถึงน้ำมัน และวัตถุอันตรายชนิดอื่นๆ ซึ่งครอบคลุมทั้งของแข็งและของเหลวที่ติดไฟ ของเหลวที่มีสภาพเป็นกรด ก๊าซที่มีแรงอัด และแม่เหล็กหรือวัสดุกัมมันตภาพรังสี ทั้งนี้ให้รวมถึงวัตถุอันตรายในภาพรวมตามกฎหมายอื่นๆ ด้วย และ

Dangerous Goods (DG) หมายความว่า วัตถุหรือสารที่ขนไปกับอากาศยานซึ่งสามารถก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสุขภาพ ความปลอดภัย และทรัพย์สิน หรือสภาพแวดล้อมโดยแบ่งประเภทตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดทางเทคนิค

สำหรับแบตเตอรี่ลิเทียมตกอยู่ในหมวดหมู่ของสินค้าอันตรายที่ถูกจำกัดสำหรับการขนส่งในอากาศยานที่อาศัยอยู่ไม่ว่าจะติดตั้งในเครื่องบินขั้วระยะไกลหรือขนส่งแยกกัน เนื่องจากแบตเตอรี่มีความร้อนสูงหรือติดไฟได้หากเกิดความเสียหาย²⁷ และตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2559 การพ่นหรือใช้ผลิตภัณฑ์จากพืชจากการขนส่งทางอากาศเฉพาะที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพนั้น จำกัดอยู่เฉพาะในกรณีฉุกเฉินเท่านั้น โดยต้องมีการอนุมัติชั่วคราวโดยคำสั่งของรัฐมนตรีร่วมด้านสิ่งแวดล้อม การเกษตร และสุขภาพ²⁸

²⁵ Ministère de la Transition écologique, **Règlementation pour l'exploitation d'avions et hélicoptères (AIROPS)** [Online], Available URL: <https://www.ecologie.gouv.fr/reglementation-exploitation-davions-et-helicopteres-airops>, 2021 (April, 01).

²⁶ Directorate General for Civil Aviation (Direction générale de l'Aviation civile), **Documents OACI - Edition 2021-2022 Marchandises dangereuses** [Online], available URL: https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Nouveautes_2021_2022.pdf, 2020 (November, 1).

²⁷ Directorate General for Civil Aviation (Direction générale de l'Aviation civile), **AÉRONEFS CIRCULANT SANS PERSONNE à BORD: ACTIVITÉS PARTICULIÈRES** [Online], available URL: https://www.aeroport.fr/uploads/documents/Guide_A%C3%89RONEFS%20CIRCULANT%20SANS%20PERSONNE%20%C3%A0%20BORD%20%20ACTIVIT%C3%89S%20PARTICULI%C3%88RES_v1.pdf, 2015 (December, 22).

²⁸ Loi No 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

3) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนขนส่งทางอากาศในสหรัฐอเมริกา

สำหรับสหรัฐอเมริกามีหลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขการบินโดรนเพื่อการขนส่งตามระเบียบการบินของรัฐบาลกลางซึ่งออกโดยหน่วยงานการบริหารการบินแห่งชาติซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 ส่วนหลักๆ คือ ส่วน 107 ที่ใช้บังคับกับการบินที่ไม่ใช่เพื่อนันทนาการและในส่วน 101 สำหรับการบินเพื่อการนันทนาการ ส่วนที่ 135 สำหรับการบินขนส่ง แต่ไม่ว่าโดรนจะทำการบินเพื่อจุดประสงค์ใดก็ตามก็จำเป็นต้องจดทะเบียนตามส่วนที่ 47 และส่วนที่ 48 เช่นนี้โดรนเพื่อการขนส่งจึงอยู่ภายใต้บังคับส่วนที่ 107 และจำเป็นต้องจดทะเบียนตามส่วนที่ 47 และส่วนที่ 48

ส่วนที่ 47 เป็นชุดของข้อบังคับสำหรับเครื่องบินและเครื่องบินไร้คนขับสำหรับการจดทะเบียนอากาศยาน หน่วยงานการบริหารการบินแห่งชาติสร้าง ส่วนที่ 48 สำหรับโดรนเนื่องจาก

(1) ส่วนที่ 47 จะมีค่าใช้จ่ายสูงสำหรับ FAA ในการให้บริการ

(2) สำหรับระบบการลงทะเบียนทั้งหมด

(3) ส่วนที่ 47 มีจำนวนลงทะเบียนจำกัดซึ่งหมายความว่า ไม่เพียงพอสำหรับการลงทะเบียนหมายเลขกับโดรนทั้งหมดได้ ส่วนที่ 47 คือ การลงทะเบียนต่อเครื่องบิน แต่ในส่วนที่ 48 เป็นการลงทะเบียนสำหรับต่อผู้ควบคุม แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับโดรนที่มีน้ำหนักตั้งแต่ 55 ปอนด์ขึ้นไปและตั้งใจที่จะดำเนินการนอกน่านฟ้าของสหรัฐอเมริกาหรือลงทะเบียนผ่านความไว้วางใจหรือความไว้วางใจในการลงคะแนนต้องลงทะเบียนผ่านส่วนที่ 47 เท่านั้น

ส่วนที่ 48 ใช้เพื่อการลงทะเบียนผ่านช่องทางออนไลน์สำหรับโดรนที่มีน้ำหนักน้อยกว่า 55 ปอนด์และมากกว่า 0.55 ปอนด์ (250 กรัม) น้ำหนักนั้นรวมถึงทุกอย่างที่อยู่บนเครื่องบินหรือติดอยู่กับเครื่องบินและใช้งานกลางแจ้งในระบบน่านฟ้าแห่งชาติ หนังสือรับรองการจดทะเบียนอากาศยานที่ออกตามส่วนที่ 48 มีผลบังคับใช้เมื่อกระบวนการลงทะเบียนเสร็จสมบูรณ์และต้องต่ออายุทุกสามปี

หากผู้ควบคุมจะทำการบินเครื่องบินเพื่อการนันทนาการ ผู้ควบคุมสามารถสร้างบัตรประจำตัวการลงทะเบียนโดยมีค่าใช้จ่าย \$5 ซึ่งผู้ควบคุมสามารถใส่บัตรประจำตัวบนเครื่องบินทั้งหมดได้ หากผู้ควบคุมบินเครื่องบินในรูปแบบที่ไม่ใช่การนันทนาการ เช่น การบินในเชิงพาณิชย์หรือการบินของรัฐบาล ผู้ควบคุมต้องจดทะเบียนใส่บัตรประจำตัวบนเครื่องบินแต่ละเครื่องซึ่งมีค่าใช้จ่ายต่อลำ \$5

เจ้าของโดรนขนาดเล็กทุกคนจำเป็นต้องลงทะเบียนอากาศยานของตนก่อนดำเนินการบินในน่านฟ้าของสหรัฐอเมริกา ผู้ควบคุมที่ประสงค์จะลงทะเบียนต้องมีอายุ 13 ปีขึ้นไป จึงจะได้รับอนุญาตให้ใช้ส่วนที่ 48 ในการลงทะเบียนโดรนขนาดเล็ก แต่ถ้าหากผู้ควบคุมที่มีอายุน้อยกว่า 13 ปีจะต้องหาบุคคลที่มีอายุมากกว่า 13 ปีมาลงทะเบียนโดรนขนาดเล็กแทน

สำหรับกฎการปฏิบัติการบินโดรนในสหรัฐอเมริกาอยู่ในส่วนที่ 107 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) ทุกครั้งที่เครื่องบินไร้คนขับขนาดเล็กทำการบินจะต้องอยู่ใกล้กับผู้ควบคุมในระยะคำสั่งและบุคคลที่ควบคุมจะต้องสามารถมองเห็นโดรนด้วยวิสัยทัศน์ปกติไม่ใช่อุปกรณ์อื่นใดนอกเหนือไปจากเลนส์สัมผัส (Contact Lens)

(2) เครื่องบินไร้คนขับขนาดเล็กอาจไม่สามารถทำงานเหนือบุคคล ภายใต้อาคารหรือภายในรถยนต์ใดๆ ที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการปฏิบัติการโดยตรง

(3) ดำเนินการได้เฉพาะกลางวันหรือพลบค่ำ (30 นาทีก่อนพระอาทิตย์ขึ้นอย่างเป็นทางการถึง 30 นาทีหลังจากพระอาทิตย์ตกดินอย่างเป็นทางการตามเวลาท้องถิ่น) ด้วยแสงป้องกันการชนกันที่เหมาะสม

(4) จะต้องให้สิทธิ์การใช้ทางกับเครื่องบินลำอื่นก่อน

(5) อาจใช้บุคคลที่ช่วยเหลือนักบินระยะไกลในการควบคุมและบุคคลที่ควบคุมการบินของโดรนขนาดเล็ก (ถ้าบุคคลนั้นไม่ใช่ นักบินระยะไกลตามคำสั่ง) เพื่อดูและหลีกเลี่ยงการจราจรทางอากาศหรือวัตถุอื่นๆ ที่สูงหรือบนพื้นดิน (Visual observer; VO) ก็ได้

(6) กล้องมุมมองบุคคลสามารถใช้งานได้

(7) ความเร็วสูงสุดที่ 100 ไมล์ต่อชั่วโมง (87 นอต)

(8) ความสูงสูงสุด 400 ฟุตเหนือระดับพื้นดิน (AGL) หรือถ้าสูงกว่า 400 ฟุต AGL ให้อยู่ภายในระยะ 400 ฟุตของโครงสร้าง

(9) การมองเห็นสภาพอากาศแย่สุด 3 ไมล์จากสถานีควบคุม

(10) การดำเนินงานในน่านฟ้า Class B, C, D และ E ได้หากได้รับอนุญาตจาก ATC

(11) อนุญาตให้ดำเนินการในน่านฟ้า Class G โดยไม่ได้รับอนุญาตจาก ATC

(12) ห้ามมิให้บุคคลใดทำหน้าที่เป็นนักบินระยะไกลหรือสำหรับการปฏิบัติการอากาศยานไร้คนขับมากกว่าหนึ่งครั้งในคราวเดียว

(13) ห้ามดำเนินการจากเครื่องบินที่กำลังเคลื่อนที่

(14) ห้ามดำเนินการจากยานพาหนะที่กำลังเคลื่อนที่เว้นแต่การดำเนินการจะอยู่ในพื้นที่ที่มีประชากรเบาบาง

(15) ห้ามขนส่งวัตถุอันตราย

(16) ต้องมีทดสอบการบินก่อนโดยผู้ควบคุม

(17) บุคคลไม่สามารถใช้งานเครื่องบินไร้คนขับขนาดเล็กได้ หากเขาหรือเธอรู้หรือมีเหตุผลที่จะรู้สภาพร่างกายหรือจิตใจที่จะรบกวนการทำงานที่ปลอดภัยของโดรนขนาดเล็ก

(18) โดรนที่จดทะเบียนในต่างประเทศได้ สามารถได้รับอนุญาตให้ทำงานภายใต้ ส่วนที่ 107 หากตอบสนองความต้องการของส่วนที่ 375

(19) อนุญาตให้ใช้การโหลดวัตถุภายนอกได้หากวัตถุที่บรรทุกโดยโดรนถูกติดตั้ง อย่างแน่นหนาและไม่ส่งผลกระทบต่อลักษณะการบินหรือความสามารถในการควบคุมของเครื่องบิน

กฎการปฏิบัติการบินโดรนในส่วนที่ 107 สามารถยกเว้นได้หากผู้ควบคุมโดรนแสดง ให้เห็นว่า การดำเนินงานของผู้ควบคุมสามารถดำเนินการได้อย่างปลอดภัยภายใต้เงื่อนไขของ ใบรับรอง

การใช้โดรนเพื่อการขนส่งสินค้าในสหรัฐอเมริกาได้ถูกกำหนดไว้ในส่วนที่ 135 อนุญาตให้มีการขนส่งสินค้าอย่างมีค่าตอบแทนได้โดยโดรนและสินค้าที่บรรทุกต้องมีน้ำหนักรวมน้อย กว่า 55 ปอนด์และโดรนต้องดำเนินการบินภายในแนวสายตาที่มองเห็นไม่ใช่จากยานพาหนะ เคลื่อนที่หรือเครื่องบินและเที่ยวบินดังกล่าวเกิดขึ้นภายในขอบเขตของรัฐและไม่เกี่ยวข้องกับการ ขนส่งระหว่าง (1) ฮาวายและสถานที่อื่นในฮาวายผ่านน่านฟ้านอกฮาวาย (2) เขตโคลัมเบียและอีก แห่งหนึ่งในเขตโคลัมเบียหรือ (3) ดินแดนหรือการครอบครองของสหรัฐอเมริกาและสถานที่อื่นในอาณา เขตหรือครอบครองเดียวกัน²⁹

กฎหมายในสหรัฐอเมริกามีกำหนดให้ผู้ขนส่งสินค้าทางอากาศต้องห้ามมิให้ขนส่งวัตถุ อันตรายตามกฎหมายของหน่วยงานการบริหารการบินแห่งชาติที่นำเอา ICAO Technical Instructions มาบังคับใช้³⁰ โดยแบ่งประเภทตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดทางเทคนิคสำหรับการ ขนส่งวัตถุอันตรายทางอากาศอย่างปลอดภัย (ICAO DOC 9284) ที่ออกเป็นช่วงระยะเวลาตาม วิธีการที่คณะมนตรีแห่งองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศกำหนดและให้การรับรอง วัตถุ อันตราย (Hazardous Materials) คือ สารหรือวัสดุ รวมถึงวัตถุอันตรายซึ่งได้รับการกำหนดโดย กระทรวงคมนาคมว่าสามารถก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสุขภาพความปลอดภัยหรือทรัพย์สินเมื่อขนส่ง ในเชิงพาณิชย์กำหนดประเภทและรายการวัตถุอันตรายเป็น 9 ประเภท ได้แก่

- (1) วัตถุระเบิด
- (2) ก๊าซ
- (3) ของเหลวไวไฟ
- (4) ของแข็งไวไฟ สารที่เสี่ยงต่อการลุกไหม้เอง และสารให้ก๊าซไวไฟเมื่อสัมผัสกับน้ำ
- (5) สารออกซิไดซ์ และออร์แกนิกเปอร์ออกไซด์

²⁹ Title 14 of the Code of Federal Regulations (14 CFR) part 135 certificates.

³⁰ 49 CFR Subpart C - Authorization and Requirements for the Use of International Transport Standards and Regulations.

(6) สารพิษและสารติดเชื้อ
 (7) วัสดุแก๊สมันตรังสี
 (8) สารกัดกร่อน
 (9) สารและวัตถุอันตรายเบ็ดเตล็ดอย่างอื่น รวมถึงสารที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม

4) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนขนส่งทางอากาศในประเทศญี่ปุ่น

สำหรับประเทศญี่ปุ่นมีหลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขการบินโดรนเพื่อการขนส่งตามกฎหมายการบินแห่งชาติของประเทศญี่ปุ่น (The Japan Civil Aviation Bureau: JCAB) ในประเทศญี่ปุ่นการบินโดรนเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมายแต่มีความจำเป็นต้องทำการขออนุญาตการบินก่อนที่จะทำการบินโดรน ผู้ทำการบังคับการบินโดรนจำเป็นที่จะต้องขออนุมัติการบินโดยส่งใบสมัครเพื่อขออนุญาตต่อกระทรวงโครงสร้างพื้นฐานการขนส่งและการท่องเที่ยว (MLIT) อย่างน้อย 10 วันทำการก่อนการดำเนินการบินโดยทั่วไปการอนุญาตหรือการอนุมัติจะมีผลเป็นเวลาสามเดือน

สำหรับแบบฟอร์มใบสมัครที่จะส่งไปยังกระทรวงโครงสร้างพื้นฐานการขนส่งและการท่องเที่ยว (MLIT) จะต้องเขียนเป็นภาษาญี่ปุ่น นอกจากนี้ระบบออนไลน์ DIPS ให้บริการเป็นภาษาญี่ปุ่นเท่านั้นและคำตอบทั้งหมดจะต้องเขียนเป็นภาษาญี่ปุ่น นอกจากนี้ผู้ขออนุญาตบินโดรนจำเป็นที่จะต้องระบุขอบเขตพื้นที่ที่จะทำการบินไว้โดยจะต้องไม่ขัดกับกฎระเบียบการบินขออนุญาตบินโดรนโดรนไม่สามารถบินในพื้นที่ต่อไปนี้ได้ หากไม่ได้รับอนุญาตพิเศษจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่ดินโครงสร้างพื้นฐานการขนส่งและการท่องเที่ยว ได้แก่ การบินสูงเกิน 150 เมตร (492 ฟุต) เหนือระดับพื้นดิน การบินใกล้สนามบิน³¹ การบินเหนือพื้นที่ที่อยู่อาศัยหนาแน่นตามที่กำหนดโดยกระทรวงกิจการภายในและการสื่อสารการบินในสวนสาธารณะ 81 แห่ง และการบินในพื้นที่สำคัญทางราชการต่างๆ และโรงงานไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์³²

ข้อกำหนดพื้นที่ในการบินโดรนถูกเสนอในประเทศญี่ปุ่นหลังจากเหตุการณ์เมษายน 2558 ซึ่งมีการค้นพบโดรนลำเล็กๆ บนหลังคาอาคารสำนักงานนายกรัฐมนตรีของญี่ปุ่นในโตเกียว ในช่วงเวลาที่เกิดเหตุการณ์ดังกล่าว ประเทศญี่ปุ่นยังไม่มีกฎระเบียบที่ห้ามทำการบินโดรนทำให้กฎหมายที่จะบังคับใช้ต้องใช้กฎหมายอาญาในการลงโทษผู้กระทำผิด กล่าวคือ ผู้ควบคุมโดรน

³¹Civil Aeronautics Act No. 118 of 2006 and Ordinance for Enforcement of the Civil Aeronautics Act.

³²Live Japan, **Tokyo and Surroundings: Parks** [Online], available URL: <https://livejapan.com/en/in-tokyo/go-visiting/go-nature/go-parks/>, 2020 (November, 17).

ลำเล็ก ๆ บนหลังคาอาคารสำนักงานนายกรัฐมนตรีถูกฟองและสาหร่ายปกคลุมให้รอการลงโทษเป็นเวลาสองปีในข้อหาความผิดทางอาญาจากการขัดขวางทางธุรกิจ

หลังจากเหตุการณ์การค้นพบโดรนลำเล็ก ๆ บนหลังคาอาคารสำนักงานนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่นในโตเกียว พรรคเสรีประชาธิปไตยได้ยื่นข้อเรียกร้องต่อรัฐสภาในเดือนมิถุนายน 2558 เพื่อควบคุมเที่ยวบินโดรนทางอากาศโดยออกเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการห้ามบินโดรนเหนือสิ่งอำนวยความสะดวกที่สำคัญซึ่งได้รับการประกาศใช้เมื่อวันที่ 18 มีนาคม 2559 และมีผลบังคับใช้สามเดือนนับจากวันประกาศใช้ ต่อมาได้มีการเสนอร่างกฎหมายฉบับที่สองซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการบินได้ถูกเสนอโดยคณะรัฐมนตรีเมื่อเดือนกรกฎาคม 2558 หลังจากนั้นก็ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติดังกล่าวโดยได้มีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2558 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 10 ธันวาคม 2558

พระราชบัญญัติว่าด้วยการห้ามบินโดรนเหนือสิ่งอำนวยความสะดวกที่สำคัญได้กำหนดเขตห้ามบินในบางพื้นที่ ตัวอย่างเช่น อาคารไอเอท อาคารสำนักงานของนายกรัฐมนตรี อาคารของหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องกับการจัดการวิกฤต อาคารศาลฎีกา พระราชวังอิมพีเรียล สถานทูต และสถานที่นิวเคลียร์ พื้นที่ที่ไม่มีการบินเหล่านี้มักขยายออกไปภายในรัศมี 300 เมตรของสิ่งอำนวยความสะดวกที่กำหนดเช่นนั้นและการบินโดรนบนพื้นที่ที่กำหนดนั้นมีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกิน 500,000 เยน แต่เงื่อนไขเหล่านี้อาจไม่สามารถใช้ในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือเมื่อผู้ประกอบการได้รับการอนุมัติล่วงหน้าจากกระทรวงโครงสร้างพื้นฐานการขนส่งและการท่องเที่ยว (MLIT)

เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจพบบุคคลที่บินโดรนเหนือพื้นที่ที่กำหนดเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสั่งให้บุคคลนั้นหยุดการทำงานของโดรนได้ ถ้าหากบุคคลนั้นไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อหยุดการบินโดรนได้ ตัวอย่างเช่น การขัดขวางการบินและการทำลายโดรนเพื่อกำจัดอันตรายที่อาจเกิดขึ้น ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกิน 500,000 เยน

สำหรับข้อกำหนดการบินโดรน สามารถจำแนกได้ ดังนี้

(1) โดรนบินได้ในช่วงกลางวันเท่านั้น

(2) ผู้ควบคุมโดรนจะต้องรักษาการบินให้สามารถมองเห็นโดรนตลอดเวลาในระหว่างการปฏิบัติการ

(3) โดรนไม่สามารถบินได้ในระยะ 30 เมตร (98.4 ฟุต) ของผู้คนหรือทรัพย์สินส่วนตัว

(4) โดรนไม่สามารถบินผ่านฝูงชนหรือที่มีผู้คนจำนวนมากรวมตัวกัน เช่น คอนเสิร์ต หรือกิจกรรมกีฬา

(5) ไม่ควรใช้โดรนเพื่อขนส่งสินค้าอันตราย

(6) โดรนไม่สามารถปล่อยวัตถุในระหว่างการบินไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือไม่ตั้งใจ

ล่าสุด ณ วันที่ 18 กันยายน 2562 จะมีการเพิ่มเติมพื้นที่ที่ทำการห้ามบินในน่านฟ้า ใต้พื้นผิว ใกล้พื้นผิว ในช่วงเปลี่ยนผ่านและเหนือบริเวณสนามบินจะถูกเพิ่มในเขตห้ามบินใน สนามบินดังต่อไปนี้ สนามบินใหม่ซีโตเสะ สนามบินนานาชาตินาริตะ สนามบินนานาชาติโตเกียว สนามบินนานาชาติชูบุ สนามบินนานาชาติคันไซ สนามบินนานาชาติโอซาก้า สนามบินฟูกุโอกะ สนามบินนาฮะ และจะมีการเพิ่มเติมข้อกำหนดในการบินโดรนที่สำคัญอีก 4 ข้อ นอกเหนือจาก 6 ข้อที่ทำการกล่าวไว้ในข้างต้นดังนี้

(1) ห้ามใช้งานโดรนภายใต้อิทธิพลของแอลกอฮอล์และยาเสพติด

(2) ห้ามบินและใช้งานโดรนโดยไม่ได้ดำเนินการทดลองบินก่อน

(3) ต้องบังคับโดรนไม่ให้เกิดอันตรายจากการชนเครื่องบินและโดรนอื่นๆ

(4) ห้ามใช้งานโดรนด้วยความประมาท

หากละเมิดกฎข้างต้นผู้ควบคุมโดรนจะต้องเสียค่าปรับสูงสุด 500,000 เยนและหาก ใช้งานโดรนภายใต้อิทธิพลของแอลกอฮอล์และยาเสพติดผู้ควบคุมจะต้องถูกจำคุกเป็นเวลาสูงสุด หนึ่งปีหรือปรับสูงสุด 300,000 เยน แต่อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดที่ระบุไว้ในข้อกำหนดการบินไม่สามารถใช้บังคับกับเที่ยวบินสำหรับการดำเนินการค้นหาและกู้ภัยโดยองค์กรสาธารณะในกรณีที่เกิด อุบัติเหตุและภัยพิบัติต่างๆ

แนวทางการใช้โดรนเพื่อการขนส่งสินค้าในประเทศญี่ปุ่นได้ถูกกำหนดขึ้นในวันที่ 18 กันยายน 2561 แม้ว่าแนวทางเหล่านี้จะยังไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายญี่ปุ่น แต่ก็ยังเป็นแนวปฏิบัติที่ กำหนดภาระผูกพันให้ผู้ประกอบธุรกิจโดรนขนส่งจะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำและข้อผูกพันที่ ให้ผู้ประกอบธุรกิจโดรนขนส่งปฏิบัติตามด้วยความสมัครใจอันได้แก่ การไม่ใช้โดรนบรรทุกสินค้ามาก เกินไปและการทำประกันภัยเพื่อคุ้มครองความเสียหายที่เกิดจากโดรนและสินค้าที่ตกลงมา สำหรับ ข้อผูกพันที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจโดรนขนส่งปฏิบัติตามด้วยความสมัครใจ ได้แก่ การบรรจุสินค้าอย่าง เหมาะสมโดยสันนิษฐานว่าจะหลุดออกจากโดรนและการตรวจสอบการบรรทุกสินค้าที่เหมาะสมบน โดรน เช่น การใช้เซ็นเซอร์ โดยตั้งแต่ปี 2561 จะมีการจัดทำเส้นทางโดรนขนส่งเพื่อให้บริการในพื้นที่ชนบท ตัวอย่างเช่น Japan Post Co., Ltd. และ Autonomous Control Systems Laboratory Ltd. ได้ ดำเนินการทดลองให้บริการส่งไปรษณีย์ทางโดรนในจังหวัดฟุกุชิมะ ซึ่งโดยปกติแล้วจะทำการขนส่ง ด้วยรถยนต์ เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 2561 ประเทศญี่ปุ่นได้อนุมัติการขนส่งโดรนในระยะสายตา

ผู้ควบคุม (BVLOS) ครั้งแรกเพื่อทดลองในจังหวัดฟูกุชิมะเพื่อทดสอบว่าคุ้มค่ากับการใช้โดรนเพื่อการขนส่งสินค้าในพื้นที่ชนบทหรือไม่

สำหรับการขนส่งวัตถุอันตรายในประเทศญี่ปุ่นนั้น ถูกห้ามโดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบิน 3 ฉบับด้วยกัน กล่าวคือ กฎหมายว่าด้วยการบินพลเรือน (Civil Aviation Law) กฎหมายว่าด้วยการบิน (Aviation Law) และข้อบังคับว่าด้วยการการบิน (Aviation Law Enforcement Regulations) ดังนั้น การใช้โดรนเพื่อการขนส่งสินค้าต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าวข้างต้นด้วย โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

กฎหมายการบินพลเรือนห้ามมิให้มีการขนส่งสินค้าอันตรายและหากฝ่าฝืนขนส่งสินค้าอันตรายต้องถูกลงโทษ ได้แก่ วัตถุระเบิดก๊าซแรงดันสูง (ก๊าซไวไฟ ก๊าซพิษ ก๊าซอื่นๆ) ของเหลวติดไฟ สารติดไฟได้ง่าย สารออกซิไดซ์ (สารออกซิไดซ์, อินทรีย์เปอร์ออกไซด์) สารพิษ (สารพิษ, สารที่ถ่ายโอนพิษและสารพิษได้ง่าย) สารกัมมันตรังสี สารกัดกร่อน สารอันตรายอื่นๆ อารูธ เป็นต้น ในส่วนของรายการที่ไม่รวมอยู่ในสินค้าอันตรายข้างต้น³³ ได้แก่ สินค้าที่ระบุไว้ในประกาศสาธารณะหรือการดำเนินการฉบับที่ 3 เพื่อจุดประสงค์ในการรักษาความปลอดภัยของชีวิตมนุษย์และวัตถุประสงค์อื่นๆ สินค้าที่สวมใส่หรือขนโดยผู้โดยสารและระบุไว้ในประกาศ สินค้าที่ขนส่งโดยทางอื่นไม่ได้นอกจากทางอากาศ³⁴ และสินค้าที่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่ดินโครงสร้างพื้นฐานการขนส่งและการท่องเที่ยว

กฎหมายว่าด้วยการบิน (Aviation Law) ตามมาตรา 86 ได้ระบุวัตถุอันตรายต่อทรัพย์สินที่ระเบิดหรือติดไฟและอันตรายต่อบุคคลอื่นหรือทรัพย์สินอื่นๆ ที่กำหนดโดยที่ดินโครงสร้างพื้นฐานการขนส่งและการท่องเที่ยวจะไม่ถูกขนส่งโดยเครื่องบิน และผู้ใดก็ตามที่ดำเนินการให้บริการขนส่งทางอากาศตามมาตรา 86 สินค้าหรือสัมภาระของผู้โดยสารของสัมภาระนั้นทรัพย์สินที่กำลังจะถูกนำเข้ามาหรือนำเข้าไปในอากาศยาน รูปร่าง น้ำหนักและอื่นๆ โดยหากมีสาเหตุน่าจะเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์สินอันตรายจะต้องถูกปฏิเสธในการขนส่ง³⁵

นอกเหนือจากนี้ ข้อบังคับว่าด้วยการการบิน (Aviation Law Enforcement Regulations) ตามมาตรา 194 ได้ระบุไว้ว่า คำสั่งของกระทรวงที่ดินโครงสร้างพื้นฐานการขนส่งและการท่องเที่ยวภายใต้มาตรา 86 วรรค (1) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการบิน มาตราดังกล่าวเป็นการอธิบายถึง

³³The Civil Aeronautics Act, Article 194, Paragraph 2.

³⁴The Civil Aeronautics Act, Article 194, Paragraph 1.

³⁵Aviation Act (Act No. 231 of July 15, 1947).

รายละเอียดของวัตถุอันตรายโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 86 วรรค (1) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการบินในข้างต้น³⁶

5.3 เปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนขนส่งทางอากาศในแต่ละประเทศ

เมื่อคณะผู้วิจัยได้พิจารณาตามกฎหมายที่มีอยู่ในประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวกับการนำโดรนมาใช้เป็นเครื่องมือในการขนส่งเพื่อการพาณิชย์ กฎหมายไทยมีข้อกำหนดถึงลักษณะและประเภทของโดรนไว้อย่างชัดเจนแต่ยังมีข้อจำกัดในการนำมาประยุกต์ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการขนส่งทางอากาศและยังไม่เคยมีการขออนุญาตในวัตถุประสงค์ที่กล่าวมานี้ จึงยังไม่มีบรรทัดฐานใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้โดยตรง ในส่วนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการรับขนในพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558 สามารถนำมาบังคับใช้กรณีการรับขนสินค้าโดยใช้โดรนในเชิงพาณิชย์ได้ โดยเฉพาะในบทบัญญัติเรื่องหน้าที่ สิทธิและความรับผิดชอบ แต่ในทางปฏิบัติโดรนมีลักษณะที่มีขนาดเล็กสามารถขนส่งสินค้าได้จำนวนจำกัดและการบังคับที่มีลักษณะเฉพาะ จึงควรมีบทบัญญัติที่บังคับเป็นการเฉพาะเรื่องไปให้ชัดเจนหากประเทศไทยมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อเปิดช่องให้กับโดรนเพื่อการขนส่งเชิงพาณิชย์มากยิ่งขึ้นจะต้องไม่ลืมพิจารณาถึงเรื่องความปลอดภัยในการขนส่งทางอากาศด้วย ในเรื่องดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณาถึงองค์การบินพลเรือนระหว่างประเทศ หรือ ICAO ซึ่งมีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นในการกำกับดูแลทางด้านความปลอดภัยในการเดินอากาศ (Aviation Safety) ซึ่งได้กำหนดมาตรฐานและข้อพึงปฏิบัติในกิจการการบินทุกประเภทเอาไว้ทั้งหมด

เมื่อคณะผู้วิจัยได้พิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนในสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้วจะเห็นได้ว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการกำหนดเรื่องโดรนไว้ในอนุสัญญากรุงปารีสไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2462 ซึ่งเป็นช่วงเวลาก่อนสงครามโลกครั้งที่สองเพื่อวัตถุประสงค์ในด้านการทหารเป็นหลัก ภายหลังจากต่อมาค่อยมีการนำโดรนไปใช้ในวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากการทหาร ไม่ว่าจะเป็นทางด้านการเกษตร ด้านการขนส่ง ด้านการสำรวจทรัพยากรและอื่นๆ สาธารณรัฐฝรั่งเศสถือเป็นประเทศแรกในสหภาพยุโรปที่มีการบุกเบิกทางด้านโดรน โดยสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการประกาศกฎหมายภายในที่ใช้ควบคุมโดรนไว้ถึงสองฉบับด้วยกันในปี พ.ศ. 2550 และ ในปี พ.ศ. 2555 ที่มีการพัฒนาขึ้นโดยครอบคลุมในเรื่องของเครื่องบินพลเรือนที่บินโดยไร้คนขับซึ่งจะบัญญัติรวมไปถึงเงื่อนไขการทำงานของคนบังคับอีกด้วย ล่าสุดได้มีการประกาศแก้ไขกฎหมายในปี พ.ศ. 2558 เพื่อแก้ไขกฎหมายให้ทันสมัยมากยิ่งขึ้น

³⁶ Ordinance for Enforcement of the Aviation Law (Ordinance No. 56 of the Ministry of Transport on July 31, 1947).

ความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น มีความคล้ายคลึงเช่นเดียวกันกับสหรัฐอเมริกา คือ มุ่งเน้นหนักไปที่ความมั่นคงปลอดภัยของประเทศเป็นสำคัญ ในส่วนของกฎการบินของรัฐบาลกลางที่ใช้บังคับกับโดรนนั้น คือ ส่วน 107 ใช้บังคับกับการบินที่ไม่ใช้เพื่อนันทนาการ คณะผู้วิจัยมีความเห็นว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโดรนเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศในสหรัฐอเมริกานั้น แม้ในช่วงแรกสหรัฐอเมริกาจะไม่เปิดโอกาสให้ขออนุญาตทำการบินโดรนเพื่อการขนส่งทางอากาศเชิงพาณิชย์เลยเพราะคำนึงถึงความมั่นคงปลอดภัยของประเทศเป็นหลัก ในปัจจุบันหลายหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้มีการแก้ไขกฎระเบียบต่างๆ ก็ทำให้ภาคเอกชนสามารถขออนุญาตทำการบินโดรนเพื่อการขนส่งทางอากาศเชิงพาณิชย์ได้ จึงทำให้สหรัฐอเมริกาในตอนนี้มีความพร้อมในการนำเทคโนโลยีโดรนเพื่อการขนส่งเชิงพาณิชย์เป็นประเทศแรกๆ ของโลก

กฎหมายที่เกี่ยวข้องการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศในประเทศญี่ปุ่นมีความพร้อมในการนำเทคโนโลยีระบบโดรนเพื่อการขนส่งเชิงพาณิชย์แล้ว เพียงแต่ปัจจุบันยังติดข้อจำกัดทางกฎหมายบางประการที่ไม่อำนวยต่อการพัฒนาระบบดังกล่าว แม้กระนั้นก็ตามภาครัฐของญี่ปุ่นได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในข้อนี้ จึงได้มีการกำหนดนโยบายเพื่อส่งเสริมการนำเทคโนโลยีใหม่ๆ อย่างเป็นขั้นเป็นตอนเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยผ่านนโยบาย SMART CITY ที่ได้มีการผ่อนผันกฎระเบียบให้ภาคเอกชนสามารถทำการทดลองการบินเพื่อการขนส่งได้ในพื้นที่ที่มีประชากรเบาบาง นอกเหนือไปจากนั้น ในภาคเอกชนของญี่ปุ่นยังได้มีการจับมือกันกับอุตสาหกรรมอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องในการพัฒนาระบบโดรนในเชิงพาณิชย์และยังร่วมลงทุนกับบริษัทข้ามชาติหลากหลายประเทศ ตัวอย่างเช่น ประเทศจีนและสหรัฐอเมริกาเพื่อทำให้ประเทศญี่ปุ่นมีการศึกษาเรียนรู้เพื่อพัฒนาระบบโดรนในเชิงพาณิชย์ให้ทัดเทียมกับนานาประเทศทั่วโลก

5.4 ความเป็นไปได้ในกรณีการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศในประเทศไทยภายใต้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

เมื่อคณะผู้วิจัยได้พิจารณาตามประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบิน ประเภทอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558 ที่มีอยู่ในประเทศไทยในปัจจุบันในส่วนที่เกี่ยวกับการนำโดรนมาใช้เป็นพาหนะหรือเครื่องมือในการขนส่งทางอากาศสามารถแบ่งแยกวิเคราะห์แนวทางและมาตรการของประเทศไทยที่เป็นไปได้ในกรณีการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศได้ดังนี้

กฎหมายที่เกี่ยวข้องในส่วนของการขออนุญาตการบินโดรนตามประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยานซึ่งไม่มีนักบิน ประเภทอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558 ได้กำหนดถึงคำนิยาม ลักษณะ ประเภทและวัตถุประสงค์ในการขออนุญาตเพื่อใช้งานไว้ค่อนข้างกว้าง ซึ่งในส่วนการขออนุญาตการบินโดรนเพื่อการขนส่งทางอากาศเพียงแค่เปิดช่องทางอื่นๆ ไว้ แม้ว่าประกาศดังกล่าวจะมีข้อกำหนดถึงลักษณะและประเภทของโดรนไว้อย่างชัดเจนในการขออนุญาต แต่การใช้โดรนเพื่อวัตถุประสงค์ในการขนส่งทางอากาศยังไม่เคยมีการอนุญาตเลย จึงยังไม่มีบรรทัดฐานใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตเรื่องนี้โดยตรง

ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อบังคับการบินโดรนนั้นประเทศไทยได้มีการออกประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและเงื่อนไขในการบังคับหรือปล่อยอากาศยาน ซึ่งไม่มีนักบินประเภทอากาศยานที่ควบคุมการบินจากภายนอก พ.ศ. 2558 เพื่อที่จะแก้ปัญหาการใช้โดรนในประเทศไทยให้มีความสอดคล้องกับสภาพการใช้งานมากขึ้น แต่เมื่อพิจารณาตามข้อกำหนดการบินอากาศยานไร้คนขับที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่า ข้อกำหนดที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันหลากหลายข้อที่เป็นปัญหาต่อการพัฒนาระบบโดรนขนส่งในประเทศไทย

ตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดที่ว่าผู้บังคับต้องสามารถมองเห็นอากาศยานได้ตลอดเวลาที่ทำการบินและห้ามทำการบังคับอากาศยานโดยอาศัยชุดกล้องบนอากาศยานหรืออุปกรณ์อย่างอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงเป็นปัญหาสำคัญต่อการพัฒนาระบบการใช้โดรนขนส่งของทางอากาศ เพราะด้วยเทคโนโลยีที่ทันสมัยสามารถใช้กล้องติดตั้งบนตัวโดรนและกำหนดเส้นทางก่อนการบินได้อย่างอัตโนมัติ หากต้องใช้ผู้บังคับตลอดเส้นทางการบินจะต้องสิ้นเปลืองทรัพยากรคนเป็นจำนวนมากในการเฝ้ากำกับดูแลโดรนทุกลำ และข้อบังคับการบินข้อนี้ยังเป็นการจำกัดพื้นที่ที่จะทำการบินให้อยู่ในระยะสายตาคนเท่านั้น ซึ่งทำให้การใช้โดรนขนส่งทางอากาศได้ในระยะใกล้ๆ เท่านั้น จึงทำให้การใช้โดรนขนส่งไม่สามารถสู่กับการใช้การขนส่งรูปแบบอื่นๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบันได้

นอกเหนือจากนี้ ข้อกำหนดที่ว่า ห้ามทำการบินเหนือเมือง หมู่บ้าน ชุมชน หรือพื้นที่ที่มีคนมาชุมนุมอยู่กับข้อจำกัดที่ว่าห้ามทำการบินโดยมีระยะห่างในแนวราบกับบุคคล ยานพาหนะ สิ่งก่อสร้าง อาคารที่ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการบินน้อยกว่า 50 เมตร หรือ 100 ฟุตก็เป็นปัญหาอย่างมากและหากต้องมีการขออนุญาตเจ้าของพื้นที่ก่อนการบิน และเจ้าของพื้นที่ไม่ให้ความยินยอมก็อาจทำให้การพัฒนาระบบการใช้โดรนขนส่งของทางอากาศทำได้ล่าช้า อาจจำเป็นต้องมีการเวนคืนเส้นทางการบินที่โดรนจำเป็นต้องบินผ่านทำให้เสียเงินทุนในการเวนคืนพื้นที่อีก

ข้อจำกัดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับห้ามทำการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นและห้ามทำการบินโดยก่อความเดือดร้อน ความรำคาญแก่ผู้อื่น หากมีข้อจำกัดนี้อยู่ก็จะเกิดการฟ้องร้องคดีกันมาก เพราะการใช้โดรนในการขนส่งทางอากาศนั้น จะต้องมีการบินผ่านพรมแดนซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์

บนฟ้าของเจ้าของพื้นที่และการใช้โดรนในการขนส่งทางอากาศยังมีเสียงรบกวนในช่วงระยะเวลาที่บินผ่านบริเวณบ้านของเจ้าของพื้นที่โดยหลีกเลี่ยงไม่ได้ อันเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อน ความรำคาญ แก่เจ้าของที่อยู่อาศัยบริเวณเส้นทางที่โดรนขนส่งทางอากาศบินผ่าน

ในส่วนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการรับขนในพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ. 2558 สามารถนำมาบังคับใช้กรณีการรับขนสินค้าโดยการใช้อากาศยานได้ เพราะมีการปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยต่อการขนส่งในปัจจุบันแล้ว โดยเฉพาะในบทบัญญัติเรื่องหน้าที่ สิทธิและความรับผิดชอบ แต่ในทางปฏิบัติโดรนมีลักษณะที่มีขนาดเล็กสามารถขนส่งสินค้าได้จำนวนจำกัดและการบังคับที่มีลักษณะเฉพาะอาจยังต้องมีกฎหมายมาควบคุมในบริบทอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ ความรับผิดชอบของผู้ขนส่งและผู้ตราส่งด้วย จึงควรมีบทบัญญัติที่บังคับเป็นการเฉพาะเรื่องโดรนไปให้ชัดเจน

ดังนั้น เมื่อคณะผู้วิจัยได้ทำการพิจารณากฎหมายในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการใช้อากาศยานเพื่อการขนส่งทางอากาศ ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของการขออนุญาตการบินโดรน ข้อบังคับการบินโดรน และการรับขนของทางอากาศภายในประเทศจะเห็นได้ว่า กฎหมายที่บังคับใช้กับโดรนในปัจจุบันยังมีข้อจำกัดบางประการที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการพัฒนาระบบการขนส่งทางอากาศอยู่หลากหลายประการด้วยกัน จึงควรทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือผ่อนปรนหลักเกณฑ์บางประการเพื่อให้เอื้อต่อการพัฒนาระบบโดรนขนส่งทางอากาศภายในประเทศไทยที่จะเกิดขึ้นในเร็วๆ นี้ในประเทศไทย

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อคณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาคำนิยามของโดรนเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ พบว่า แต่ละประเทศก็มีการให้คำนิยามของโดรนไว้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ โดรน หมายถึง อากาศยานที่ไม่จำเป็นต้องมีมนุษย์ควบคุมอยู่ในตัวเครื่อง แต่ไม่รวมถึงเครื่องบินจำลองไร้คนขับขนาดเล็กที่มีวัตถุประสงค์ใช้เพื่อสันทนาการเท่านั้น และเมื่อคณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาลักษณะและประเภทของโดรนแต่ละประเทศก็พบว่า มีการกำหนดวัตถุประสงค์การใช้งานและน้ำหนักของโดรนไว้แตกต่างกันโดยคำนึงถึงความมั่นคงของประเทศและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนเป็นหลัก

คณะผู้วิจัยสามารถสรุปประเภทในการขออนุญาตโดรนเพื่อการขนส่งสินค้าในแต่ละประเทศได้ดังนี้ ประเทศไทยเปิดโอกาสให้ขออนุญาตบินโดรนที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกจากประเภทที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเล่นเป็นงานอดิเรก เพื่อความบันเทิง หรือเพื่อการกีฬาเช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ได้เปิดโอกาสให้ขออนุญาตบินโดรนประเภทกิจกรรมพิเศษเพื่อการใช้งานอื่นๆ

ที่ไม่อยู่ภายใต้การทดลอง ไม่ว่าจะเป็นเชิงพาณิชย์หรือไม่ โดยผู้ดำเนินการบินได้รับค่าตอบแทนสำหรับการใช้โดรนเพื่อการขนส่งสินค้า

แต่ในสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นได้เปิดโอกาสให้มีขออนุญาตทำการทดลองบินโดรนเพื่อขนส่งสินค้าแล้ว กล่าวคือ หน่วยงานการบริหารการบินแห่งชาติสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้โดรนขนส่งสินค้าต้องขออนุญาตประเภท คือ การบินอากาศยานพลเรือน โดยกฎหมายในสหรัฐอเมริกาเปิดโอกาสให้สามารถขออนุญาตใช้โดรนเพื่อการขนส่งสินค้าได้ แต่ในปัจจุบันยังไม่เคยมีการอนุญาตใช้โดรนทำการบินเพื่อการขนส่งสินค้าอย่างเป็นทางการเพียงแต่อยู่ในขั้นทดลองเท่านั้น กฎหมายในประเทศญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดประเภทของการบินโดรนไว้อย่างชัดเจน แต่ก่อนการปฏิบัติการบินโดรน ผู้ควบคุมจะต้องได้รับอนุญาตในการบินก่อนทำการบินทุกครั้ง กฎหมายญี่ปุ่นยังไม่เปิดโอกาสให้มีการใช้โดรนขนส่งสินค้าแต่มีแนวโน้มที่จะผ่อนปรนมาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมการบินโดรนเพื่อการขนส่งสินค้าในอนาคตอันใกล้ ปัจจุบันประเทศญี่ปุ่นเพียงแต่อนุญาตให้ทำการทดลองบินเพื่อการขนส่งในพื้นที่ห่างไกลและมีประชากรเบาบางเท่านั้น

เมื่อคณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาและเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้โดรนเพื่อการขนส่งสินค้าในแต่ละประเทศก็พบว่า สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ลักษณะ กล่าวคือ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตใช้โดรนเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดการบินโดรน กฎหมายเกี่ยวข้องกับการขนส่งทางอากาศและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งสินค้าอันตราย เมื่อศึกษาถึงข้อกำหนดการบินในหลายประเทศแล้ว สามารถสรุปข้อจำกัดการบินที่คล้ายคลึงกันได้ดังนี้

- 1) สามารถปฏิบัติการได้ในช่วงเวลากลางวันเท่านั้น
- 2) ผู้ควบคุมโดรนต้องรักษาการบินในระยะสายตาที่มองเห็นได้
- 3) ห้ามปฏิบัติการในพื้นที่ๆ มีความหนาแน่นของผู้คน
- 4) ห้ามใช้โดรนขนส่งวัตถุอันตราย
- 5) ห้ามปล่อยวัตถุลงบนพื้นดิน
- 6) ห้ามปฏิบัติการในพื้นที่สำคัญที่กำหนดไว้โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง
- 7) ต้องมีการทดสอบการบินก่อนอย่างรอบคอบก่อนทำการปฏิบัติการจริง

คณะผู้วิจัยมีความเห็นว่า สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีข้อกำหนดการบินที่มีรายละเอียดอย่างครอบคลุมรอบด้าน อย่างเช่น การห้ามดำเนินการจากยานพาหนะที่กำลังเคลื่อนที่เว้นแต่การดำเนินการจะอยู่ในพื้นที่ที่มีประชากรเบาบาง เป็นต้น ทั้งยังเป็นประเทศที่เปิดโอกาสให้ทำการขออนุญาตบินโดรนเพื่อการขนส่งเชิงพาณิชย์ได้แล้ว นอกเหนือจากนี้ ยังมีข้อกำหนดการบินอื่นๆ ที่น่าสนใจซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

- (1) ความเร็วสูงสุดที่ 100 ไมล์ต่อชั่วโมง
- (2) ห้ามมิให้บุคคลใดทำหน้าที่เป็นนักบินระยะไกลหรือสำหรับการปฏิบัติการอากาศยานไร้คนบินมากกว่าหนึ่งครั้งในคราวเดียว
- (3) ห้ามดำเนินการจากเครื่องบินที่กำลังเคลื่อนที่
- (4) ห้ามดำเนินการจากยานพาหนะที่กำลังเคลื่อนที่เว้นแต่การดำเนินการจะอยู่ในพื้นที่ที่มีประชากรเบาบาง
- (5) บุคคลไม่สามารถใช้งานเครื่องบินไร้คนขับขนาดเล็กได้ หากเขาหรือเธอรู้หรือมีเหตุผลที่จะรู้สภาพร่างกายหรือจิตใจที่จะรบกวนการทำงานที่ปลอดภัยของโดรนขนาดเล็ก
- (6) อนุญาตให้ใช้การโหลดวัตถุภายนอกได้หากวัตถุที่บรรทุกโดยโดรนถูกติดตั้งอย่างแน่นหนาและไม่ส่งผลกระทบต่อลักษณะการบินหรือความสามารถในการควบคุมของเครื่องบิน
- (7) การขนส่งของทรัพย์สินอย่างมีค่าตอบแทนอนุญาตให้ทำได้ก็ต่อเมื่อเครื่องบินรวมถึงระบบที่ติดตั้งน้ำหนักบรรทุกทุกและสินค้าที่บรรทุกมีน้ำหนักรวมน้อยกว่า 55 ปอนด์
- (8) ห้ามใช้งานโดรนภายใต้อิทธิพลของแอลกอฮอล์และยาเสพติด
- (9) ห้ามใช้งานโดรนด้วยความประมาท

คณะผู้วิจัยมีความเห็นว่า ความเป็นไปได้ในกรณีการนำโดรนมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ด้านการขนส่งทางอากาศในประเทศไทยยังเป็นไปได้ยากหากยังไม่มี การแก้ไขหรือเพิ่มเติมกฎหมาย นอกเหนือจากที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน หากประเทศไทยต้องการปรับปรุงกฎหมายเพื่อเปิดช่องให้กับโดรนเพื่อการขนส่งเชิงพาณิชย์มากขึ้น ประเทศไทยควรศึกษารูปแบบการบัญญัติกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ใช้ระบบกฎหมายสารบัญญัติเหมือนประเทศไทยที่มีการประกาศใช้กฎหมาย และรูปแบบของกฎหมายลำดับรองที่ออกมาเพื่อเปิดโอกาสต่อการพัฒนาและส่งเสริมระบบการทำงานและเทคโนโลยีระบบโดรนเพื่อการขนส่งเชิงพาณิชย์ด้วย ทั้งนี้ควรพิจารณาเรื่องความปลอดภัยในการขนส่งทางอากาศด้วย โดยอาจนำกรณีศึกษาในสาธารณรัฐฝรั่งเศสหรือสหรัฐอเมริกา มาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ในช่วงแรกไม่เปิดโอกาสให้ขออนุญาตทำการบินโดรนเพื่อการขนส่งเชิงพาณิชย์เลย เพราะคำนึงถึงความปลอดภัย แต่ปัจจุบันหลายหน่วยงานได้มีการแก้ไขกฎระเบียบต่างๆ ทำให้ภาคเอกชนสามารถขออนุญาตทำการบินโดรนเพื่อการขนส่งทางอากาศเชิงพาณิชย์ได้

หากประเทศไทยต้องการผลักดันให้มีการพัฒนาโดรนเพื่อใช้ในการขนส่งเชิงพาณิชย์ควรเริ่มกำหนดแผนอย่างชัดเจนอย่างประเทศญี่ปุ่นที่มีการส่งเสริมการใช้เทคโนโลยีใหม่ๆ อย่างโปรเจกต์ SMART CITY ที่เปิดโอกาสให้สามารถใช้ระบบโดรนขนส่งมาใช้งานส่งในพื้นที่ห่างไกลที่มีผู้คนอยู่อาศัยเบาบางในพื้นที่ที่ยากต่อการเข้าถึงแทนการขนส่งโดยปกติก่อนและลดข้อจำกัดทางกฎหมาย

บางประการลงโดยคำนึงถึงความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนในชุมชนเมือง มลพิษทางเสียงที่เกิดขึ้น และการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล โดยคณะผู้วิจัยเห็นว่า ประเทศไทยยังไม่ควรที่จะต้องคิดถึงการขนส่งด้วยระบบโดรนในเขตชุมชนเมืองในตอนนี้เพราะในเขตชุมชนเมืองยังมีการขนส่งอื่นอำนวยความสะดวกสบายและรวดเร็วอยู่แล้ว หากภาครัฐให้ความสำคัญในเรื่องนี้ ควรวางนโยบายทีละขั้นเพื่อกำหนดแผนในการพัฒนาระบบโดรนเพื่อการขนส่งอย่างเป็นขั้นเป็นตอนเพื่อให้ภาคเอกชนสามารถกำหนดแนวนโยบายในการบริหารงานได้อย่างชัดเจนในการลงทุนนำระบบโดรนเพื่อการขนส่งเชิงพาณิชย์มาใช้ และสามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้อย่างทั่วถึง

ทั้งนี้ ภาครัฐควรส่งเสริมภาคเอกชนให้มีการร่วมลงทุนเพื่อพัฒนาระบบโดรนขนส่งสินค้าเพื่อให้ประเทศไทยสามารถพัฒนาระบบการขนส่งทางอากาศโดยใช้โดรนได้อย่างรวดเร็วและทัดเทียมนานาประเทศ นอกเหนือจากนี้ ประเทศไทยควรมีมาตรการส่งเสริมการร่วมทุนระหว่างประเทศเพื่อเปิดโอกาสให้บริษัทเอกชนของไทยได้เรียนรู้ระบบการทำงานของเทคโนโลยีระบบโดรนเพื่อการขนส่งเชิงพาณิชย์จากบริษัทชั้นนำจากนานาประเทศ

บรรณานุกรม

- กิตติคุณ แยมเนียม. “ปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้อากาศยานไร้คนบิน.” สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- กิตติวัฒน์ เลากกิจ. **การศึกษากระบวนการโลจิสต์สำหรับการขนส่งทางอากาศในประเทศไทย.** กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสยาม, 2557.
- กนกพร หาญสุทธธีรากุล. “การศึกษามูลค่าของเวลาและค่าระวางเพื่อการตัดสินใจในการขนส่ง.” วิทยานิพนธ์วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชาการจัดการโลจิสติก, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- เฉลิมพงษ์ ชิวสุวรรณ. “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยการบินพลเรือน: กรณีศึกษาการยึดและปิดล้อมท่าอากาศยานระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2553.
- ประกายเพชร ชีระพัฒนสกุล และสมชาย พิพัธวัฒน์. **โดรนตามกฎหมายการเดินอากาศ**, MFU Connexion, 2558.
- Cassart, Alexandre. **Droit des drones : Belgique, France, Luxembourg.** Paris: Bruylant, 2017.
- Custer, B. **The Future of Drone Use – springer.** Netherlands: T.M.C. Asser, 2016.
- Directorate General for Civil Aviation (Direction générale de l'Aviation civile). **AÉRONEFS CIRCULANT SANS PERSONNE à BORD : ACTIVITÉS PARTICULIÈRES** [Online]. Available URL: https://www.aeroport.fr/uploads/documents/Guide_A%C3%89RONEFS%20CIRCULANT%20SANS%20PERSONNE%20%C3%A0%20BORD%20%20ACTIVIT%C3%89S%20PARTICULI%C3%88RES_v1.pdf, 2015 (December, 22).
- _____. **Documents OACI - Edition 2021–2022 Marchandises dangereuses** [Online]. Available URL: https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Nouveautes_2021_2022.pdf, 2020 (November, 1).
- Elias, Bart. **Unmanned Aircraft Operations in Domestic Airspace: U.S. Policy Perspectives and the Regulatory Landscape** [Online]. Available URL: <file:///C:/Users/Administrator/Downloads/789767.pdf>, 2020 (December, 14).

- L' Agence nationale des fréquences (ANFR), **Le tableau national de répartition des bandes de fréquences** [Online]. Available URL: <https://www.anfr.fr/gestion-des-frequences-sites/tnrbf/>, 2021 (May, 4).
- Mazoyer, S. **Les drones aériens: passé, présent et avenir, approche globale**, La Documentation française Paris, 2013.
- Ministère de la Transition écologique, **Règlementation pour l'exploitation d'avions et hélicoptères (AIROPS)** [Online]. Available URL: <https://www.ecologie.gouv.fr/reglementation-lexploitation-davions-et-helicopteres-airops>, 2021 (April, 01).
- Muñoz, César A. and others. "Unmanned aircraft systems in the national airspace system: a formal methods perspective." **ACM SIGLOG News** 3, 3 (August 2016): 67-76.
- Steinberg, Joseph. **Drones in America Must Now Be Registered. Here's What You Need to Know.** [Online]. Available URL: <https://www.inc.com/joseph-steinberg/drones-in-america-must-now-be-registered-here-is-what-you-need-to-know.html>, 2021 (May, 4).
- Williams, Thomas E. "That Drone in Your Holiday Stocking Must Now Be Registered With FAA." **National Law Review** 5, 351 (December 2015).

ศึกษารูปแบบบริษัทและภาษีเงินได้ของประเทศมาเลเซีย
สำหรับนักลงทุนต่างชาติ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ยุทธนา ศรีสวัสดิ์

ศึกษารูปแบบบริษัทและภาษีเงินได้ของประเทศมาเลเซียสำหรับนักลงทุนต่างชาติ*

The Study of Company Types and the Income Tax in Malaysia
for Foreign Investors

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ยุตธนา ศรีสวัสดิ์**

Assistant Professor Dr.Yutthana Srisavat

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีจุดประสงค์เพื่อศึกษาและจัดทำข้อมูลกฎหมายของประเทศมาเลเซียในฐานะประเทศสมาชิกของกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ซึ่งหากพิจารณาจากประเทศในกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้ว มาเลเซียมีความสำคัญในเชิงการเปรียบเทียบกับสภาพพื้นที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ที่ติดกัน ความใกล้เคียงทางการค้า อุตสาหกรรม ซึ่งมีลักษณะเป็นทั้งหุ้นส่วนและคู่แข่งที่สำคัญกับไทย โดยศึกษาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนที่สำคัญของประเทศมาเลเซียซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับคนไทยที่ประกอบธุรกิจในประเทศมาเลเซีย ซึ่งผู้วิจัยจึงเลือกนำข้อกฎหมายส่วนที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบบริษัทและภาษีเงินได้ของประเทศมาเลเซียที่เกี่ยวข้องกับนักลงทุนต่างชาติมาศึกษา เพื่อประโยชน์สำหรับการศึกษาต่อยอดในเชิงวิชาการและการกำหนดนโยบายของประเทศไทยได้ในอนาคต

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัยเรื่อง “โครงการข้อมูลกฎหมายของประเทศมาเลเซียและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนของประเทศมาเลเซีย” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประจำปี พ.ศ. 2563.

This article is a part of the research title “Malaysian Law Database and Laws regarding Trade and Investment in Malaysia”. This research is funded by the Office of the Council of State, 2020.

**รองคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยสยาม; LL.M. in Taxation, Southern Methodist University, S.J.D. Southern Methodist University, USA. E-mail: yutthana.sri@siam.edu

Deputy Dean at Faculty of Law, Siam University; LL.B. (first class honors) Siam University; LL.M. in Taxation, Southern Methodist University; S.J.D. Southern Methodist University, USA.

วันที่รับบทความ (received) 9 ธันวาคม 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 30 เมษายน 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 21 มิถุนายน 2564.

วิธีการวิจัยฉบับนี้เป็นการวิจัยเชิงเอกสาร ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับรูปแบบของบริษัทและภาษีเงินได้ในประเทศมาเลเซีย โดยขอกล่าวถึง 3 ประเด็นสำคัญ ได้แก่

1) การจัดตั้งบริษัทในประเทศมาเลเซียมี 2 รูปแบบ ได้แก่ บริษัทจำกัด และ บริษัทไม่จำกัด ทั้งนี้ บริษัทจำกัดยังแบ่งได้เป็น 2 ประเภทย่อย ได้แก่ บริษัทจำกัดตามการรับประกัน และบริษัทจำกัดตามหุ้น แต่คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้จัดตั้งบริษัทได้เฉพาะในรูปแบบ ‘บริษัทจำกัดตามหุ้น’ เท่านั้น

2) ประเทศมาเลเซียจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลในอัตราราคที่ 24% แต่ก็มึนโยบายส่งเสริมธุรกิจ SME ที่มีทุนจดทะเบียนชำระแล้วไม่เกิน 2.5 ล้านริงกิต (ประมาณ 18.75 ล้านบาท) โดยให้เสียภาษีในอัตรา 18% สำหรับกำไรสุทธิส่วนที่ไม่เกิน 500,000 ริงกิต (ประมาณ 3.75 ล้านบาท) และ

3) ประเทศมาเลเซียกำหนดให้บริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งบนเกาะลาบวนได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีพิเศษแตกต่างจากกรณีปกติ คือ บริษัทลาบวนสามารถเลือกได้ว่าจะเสียภาษีในอัตราราคที่ 3% ของกำไรสุทธิหรือเลือกเหมาภาษีรายปีเป็นเงิน 20,000 ริงกิตมาเลเซีย (ประมาณ 150,000 บาท)

ทั้งนี้ รูปแบบการประกอบธุรกิจและภาษีเงินได้เป็นปัจจัยสำคัญสำหรับการตัดสินใจการค้าและลงทุน การศึกษารูปแบบบริษัทและภาษีเงินได้ของประเทศเพื่อนบ้านย่อมทำให้สามารถดำเนินนโยบายที่สร้างความได้เปรียบในการดึงดูดการค้าและการลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะช่วยพัฒนาให้ประเทศไทยกลายเป็นศูนย์กลางการค้าและการลงทุนของกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้ในอนาคต

คำสำคัญ: ภาษีเงินได้, มาเลเซีย, ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

Abstract

This research aims to study and summarize Malaysian law database since Malaysia is a member of the ASEAN Economic Community (AEC). Among AEC members, Malaysia is competitive in terms of close geography, trade and industry, which make Malaysia significant to Thailand as a partner and a competitor.

The research focuses on the importance of laws regarding trade and investment in Malaysia which may be relevant to Thai entrepreneurs in Malaysia. The researcher chooses to compose, observe and present legal issues regarding the company formation and the income tax. This will be useful for academic studies and Thai policy making strategies in the future.

This research is conducted by using the documentary research method and finds observations on company types and the income tax in Malaysia in three following issues.

1) Formation of a company in Malaysia can be done in 2 types: limited company and unlimited company. Furthermore, the limited company can be under 2 cases: a limited company by guarantee and a limited company by shares. Foreigners are allowed to setup only a 'limited company by shares'.

2) The Malaysian corporate income tax is a 24% flat tax. However, there is a SME promotion campaign for small and medium enterprises with the registered capital not exceeding 2.5 million ringgit (approximately 18.75 million baht). The qualified SMEs will be subject to an 18% tax rate for its first 500,000 net profits (approximately 3.75 million baht); and

3) Limited companies registered under the special regulations on the Labuan Island will be treated with special tax treatment. That is, a Labuan Company can choose to be subject to a 3% flat tax on its profits or a lump-sum tax of 20,000 ringgit (approximately 150,000 baht).

Types of business and the income tax are critical factors to the decision making on trade and investment. The study of business types and the income tax of neighboring countries is beneficial when using competitive advantages to design policies that attract trade and investment from foreign investors. This will help

develop Thailand to become the center point of trade and investment in the Asean Economic Community in the near future.

Keywords: income tax, Malaysia, AEC

1. บทนำ

การเข้าร่วมประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC: ASEAN Economic Community) ทำให้การเคลื่อนที่ของเงินทุน แรงงาน และโอกาสทางธุรกิจในกลุ่มประเทศอาเซียนเกิดขึ้นได้สะดวกขึ้น อย่างไรก็ตาม การเข้าไปทำธุรกิจในแต่ละประเทศยังคงต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศนั้นๆ

อนึ่ง ปัจจัยเรื่องบริษัทและภาษีเงินได้เป็นปัจจัยสำคัญที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจดำเนินธุรกิจของเจ้าของธุรกิจ ดังนั้น เจ้าของธุรกิจจึงจำเป็นต้องมีความเข้าใจภาพรวมของกฎหมายบริษัทและภาษีในประเทศนั้นๆ ด้วย

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาค้นคว้าข้อมูลกฎหมายของประเทศมาเลเซียและข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนของประเทศมาเลเซีย โดยได้รับทุนการวิจัยจากสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา ซึ่งผู้วิจัยได้ตั้งวัตถุประสงค์ของการศึกษาดังต่อไปนี้

1.1 เพื่อศึกษาภาพรวมกฎหมายบริษัทและภาษีอากรของประเทศมาเลเซียที่อาจเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการไทยที่ลงทุนทำธุรกิจในประเทศมาเลเซีย

1.2 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลที่สามารถนำมาเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างกฎหมายมาเลเซียและกฎหมายไทยได้

2. วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้เป็นการศึกษาค้นคว้าระเบียบวิธีวิจัยแบบเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยเก็บข้อมูลแบบการวิจัยเอกสารจากกฎหมายของประเทศมาเลเซีย และเอกสารที่เกี่ยวข้องอื่นๆ และนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์และนำเสนอในเชิงพรรณนา

3. ผลการวิจัย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนในประเทศมาเลเซียในส่วนที่เกี่ยวข้องกับภาษีและภาษีเงินได้มีความเฉพาะตัว ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยในรายละเอียดหลายส่วน โดยผู้วิจัยได้ตั้งข้อสังเกตในสาระสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับบริษัทและภาษีเงินได้ของประเทศมาเลเซียเพื่อประโยชน์ในการศึกษาเชิงวิชาการ และนำไปสู่การดำเนินนโยบายที่เหมาะสมในอนาคตต่อไป

3.1 การจดทะเบียนบริษัทในประเทศมาเลเซียมีทั้งรูปแบบบริษัทจำกัดและบริษัทไม่จำกัด อีกทั้งบริษัทจำกัดยังแบ่งได้เป็น 2 ประเภทย่อย ได้แก่ บริษัทจำกัดตามการรับประกัน และบริษัทจำกัดตามหุ้น โดยคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้จัดตั้งบริษัทได้เฉพาะรูปแบบบริษัทจำกัดตามหุ้นเท่านั้น

บริษัทเป็นหน่วยทางธุรกิจชนิดหนึ่งของประเทศมาเลเซียซึ่งเกิดจากสัญญาาระหว่างบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ที่ตกลงร่วมกันทำกิจการในรูปของบันทึกข้อตกลง (Memorandum)¹ โดยจดทะเบียนพร้อมกับหนังสือบริคณห์สนธิ (Article of Association)² และต้องมีกรรมการอย่างน้อย 2 คน เป็นผู้ดำเนินกิจการ³ รวมถึงเลขานุการของบริษัทอีกอย่างน้อย 1 คน⁴

บริษัทตามกฎหมายมาเลเซียแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ บริษัทจำกัด (Limited Company) และ บริษัทไม่จำกัด (Unlimited Company)

นอกจากนี้ บริษัทจำกัดยังแบ่งได้เป็น 2 ประเภทย่อย ได้แก่

1) บริษัทจำกัดตามการรับประกัน (Limited Company by Guarantee) คือ บริษัทจำกัดที่ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดชอบเท่าที่ตนรับประกันไว้ตามจำนวนที่ตนรับประกันเมื่อถึงเวลาที่บริษัทเลิกกิจการ⁵

¹Companies Act 1965 (Revised - 1973), Section 14 (1)

“Subject to this Act any two or more persons associated for any lawful purpose may by subscribing their names to a memorandum and complying with the requirements as to registration form an incorporated company.”

²Companies Act 1965 (Revised - 1973), Section 29 (1)

“There may in the case of a company limited by shares and there shall in the case of a company limited by guarantee or limited both by shares and guarantee or an unlimited company be registered with the memorandum, articles signed by the subscribers to the memorandum prescribing regulations for the company.”

³Companies Act 1965 (Revised - 1973), Section 122 (1)

“Every company shall have at least two directors, who each has his principal or only place of residence within Malaysia.”

⁴Companies Act 1965 (Revised - 1973), Section 139 (1)

“Every company shall have one or more secretaries each of whom shall be a natural person of full age who has his principal or only place of residence in Malaysia.”

⁵Companies Act 1965 (Revised - 1973), Section 4 (1)

2) บริษัทจำกัดตามหุ้น (Limited Company by Shares) คือ บริษัทจำกัดที่ผู้ถือหุ้นจำกัดความรับผิดเท่าที่ไม่เกินจำนวนเงินที่ตนค้างชำระค่าหุ้นของตน⁶

ทั้งนี้ ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดทั้ง 2 ประเภท จะรับผิดในหนี้ของบริษัทไม่เกินที่ตนลงหุ้นไว้ในบริษัทจำกัด ซึ่งการจำกัดความรับผิดนี้จะต้องปรากฏอยู่ในหนังสือบริคณห์สนธิด้วย⁷

ส่วนผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่จำกัดจะต้องร่วมรับผิดในหนี้ของบริษัทโดยไม่จำกัดจำนวน⁸

อย่างไรก็ตาม ประเทศมาเลเซียเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาทำธุรกิจได้เฉพาะในรูปแบบบริษัทจำกัดตามหุ้น (Limited Company by Shares) เท่านั้น โดยคนต่างด้าวสามารถถือหุ้นของบริษัทได้ 100% แต่เมื่อจะประกอบธุรกิจต้องขออนุญาตด้วย เช่น การเปิดร้านค้า การขยาย

““company limited by guarantee” means a company formed on the principle of having the liability of its members limited by the memorandum to such amount as the members may respectively undertake to contribute to the assets of the company in the event of its being wound up.”

⁶Companies Act 1965 (Revised - 1973), Section 4 (1)

““company limited by shares” means a company formed on the principle of having the liability of its members limited by the memorandum to the amount, if any, unpaid on the shares respectively held by them.”

⁷Companies Act 1965 (Revised - 1973), Section 18 (1)

“The memorandum of every company shall be printed and divided into numbered paragraphs and dated and shall state, in addition to other requirements—

(d) if the company is a company limited by shares, that the liability of the members is limited;

(e) if the company is a company limited by guarantee, that the liability of the members is limited and that each member undertakes to contribute to the assets of the company, in the event of its being wound up while he is a member or within one year after he ceases to be a member, for payment of the debts and liabilities of the company contracted before he ceases to be a member and of the costs, charges and expenses of winding up and for adjustment of the rights of the contributories among themselves, such amount as may be required not exceeding a specified amount in addition to the amount, if any, unpaid on any shares held by him.”

⁸Companies Act 1965 (Revised - 1973), Section 18 (1) (f)

“if the company is an unlimited company, that the liability of the members is unlimited.”

กิจการ หรือซื้อกิจการจะต้องขออนุญาต Ministry of Domestic Trade, Cooperatives and Consumerism: MDTCC (กระทรวงการค้าภายใน, สหกรณ์ และการบริโภค)⁹ เป็นต้น

การจดทะเบียนบริษัทในประเทศมาเลเซียจะมีคณะกรรมการบริษัทแห่งมาเลเซีย (Suruhanjaya Syarikat Malaysia: SSM)¹⁰ เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วน และบริษัทในประเทศมาเลเซีย¹¹

3.2 ประเทศมาเลเซียจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลในอัตราคงที่ 24% แต่ก็มียกเว้นนโยบายส่งเสริมธุรกิจ SME ให้เสียภาษีในอัตราพิเศษ 18%

ภาษีเงินได้นิติบุคคลของประเทศมาเลเซีย จัดเก็บจากบริษัทซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในมาเลเซีย โดยจะพิจารณาจากหลักสถานที่บริหารจัดการ (Place of Effective Management) กล่าวคือ สถานที่ที่มีการประชุมกรรมการเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัท หากบริษัทนั้นจัดสถานที่ที่มีการประชุมกรรมการเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัทในประเทศมาเลเซีย บริษัทนั้นจะเป็นบริษัทซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในมาเลเซียและเป็นผู้เสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของประเทศมาเลเซียต่อไป¹²

ดังนั้น การจดทะเบียนบริษัทของนักลงทุนต่างชาติเพื่อประกอบธุรกิจในประเทศมาเลเซียจึงต้องเสียภาษีเงินได้ในประเทศมาเลเซียด้วย

⁹ Ministry of Domestic Trade, Co-operatives and Consumerism Malaysia, **Guidelines on Foreign Participation in the Distributive Trade Services** [Online], available URL: https://www.kpdnkk.gov.my/kpdnkk/wp-content/uploads/2017/04/WRT_Guideline.pdf, 2018 (July, 11).

¹⁰ สถานที่ตั้ง The Mall, 2.37, Jalan Putra, 50300 Kuala Lumpur, Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur โทร. +60 3-4043 0811.

¹¹ Registration of Businesses Act 1956, Section 5 (e).

¹² Income Tax Act 1967, Section 8 (1)

“For the purposes of this Act –

...(b) a company or a body of persons (not being a Hindu joint family) carrying on a business or businesses is resident in Malaysia for the basis year for a year of assessment if at any time during that basis year the management and control of its business or of any one of its businesses, as the case may be, are exercised in Malaysia.”

อัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลของมาเลเซียแบ่งได้เป็นดังนี้¹³

1) กรณีเป็นนิติบุคคลที่ประกอบกิจการในประเทศมาเลเซีย และมีทุนจดทะเบียนตั้งแต่ 2.5 ล้านริงกิต จะเสียภาษีในอัตราร้อยละ 24 ของกำไรสุทธิ

2) กรณีเป็นบริษัท SMEs กล่าวคือ เป็นบริษัทในมาเลเซียที่มีทุนจดทะเบียนต่ำกว่า 2.5 ล้านริงกิต จะเสียภาษีในอัตราร้อยละ 18 สำหรับกำไรสุทธิ 500,000 ริงกิตแรก และร้อยละ 24 สำหรับกำไรสุทธิตั้งแต่ 500,001 ริงกิตเป็นต้นไป¹⁴

อัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลตามกฎหมายมาเลเซีย

ช่วงชั้นกำไรสุทธิ (ริงกิตมาเลเซีย)	อัตราภาษี	
	บริษัททั่วไป	บริษัท SMEs
ไม่เกิน 500,000	24%	18%
เกินกว่า 500,000	24%	24%

¹³Inland Revenue Board of Malaysia, **Tax Rate of Company** [Online], available URL: http://www.hasil.gov.my/bt_goindex.php?bt_kump=5&bt_skum=2&bt_posi=5&bt_unit=1&bt_seq u=1, 2020 (December, 9).

¹⁴Income Tax Act 1967, Schedule I, Part I Rates of Tax

Paragraph 2A. "Subject to paragraphs 2B, 2C and 3, income tax shall be charged for a year of assessment on the chargeable income of a company resident and incorporated in Malaysia which has a paid-up capital in respect of ordinary shares of two million five hundred thousand ringgit and less at the beginning of the basis period for a year of assessment at the following rates:

Chargeable income	RM	Rate of income tax
For every ringgit of the first	500,000	18 per cent
For every ringgit exceeding	500,000	25 per cent

for the year of assessment 2015 and 24 per cent for the subsequent years of assessment."

ทั้งนี้ บริษัท SMEs ที่จะได้รับอัตราภาษีที่ต่ำกว่าบริษัททั่วไป จะต้องมีความสมบัติเพิ่มเติมดังต่อไปนี้¹⁵

(ก) จำนวนหุ้นสามัญที่ชำระแล้วที่ถือโดยบริษัทในเครือ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม ต้องไม่เกินร้อยละ 50

(ข) จำนวนหุ้นสามัญที่ชำระแล้วของบริษัทในเครือโดยบริษัทต้องไม่เกินร้อยละ 50

(ค) จำนวนหุ้นสามัญที่ชำระแล้วของบริษัทตามข้อ (ก) และบริษัทในเครือจะต้องถือโดยตรงหรือโดยอ้อมโดยบริษัทอื่นไม่เกินกว่าร้อยละ 50

อนึ่ง ตามกฎหมายมาเลเซีย ผู้เสียภาษีเงินได้นิติบุคคลมีหน้าที่ต้องยื่นภาษีประจำปีต่อกรมสรรพากรมาเลเซีย ภายใน 7 เดือนนับแต่วันสุดท้ายของรอบระยะเวลาบัญชี¹⁶

3.3 การจดทะเบียนเป็นบริษัทลาบวนบนเกาะลาบวนจะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีแบบพิเศษ โดยสามารถเลือกเสียภาษีในอัตราคงที่ 3% หรือเหมาจ่ายภาษีรายปีเป็นเงิน 20,000 ริงกิตก็ได้

ประเทศมาเลเซียมีเขตรับการลงทุนจากชาวต่างชาติที่ให้สิทธิประโยชน์พิเศษโดยเฉพาะสิทธิประโยชน์ทางภาษี โดยเขตดังกล่าวตั้งอยู่บนเกาะลาบวน ซึ่งเป็นพื้นที่ส่วนหนึ่งของเกาะบอร์เนียว

¹⁵Income Tax Act 1967, Schedule I, Part I Rates of Tax.

Paragraph 2 B. “The provisions of paragraph 2A shall not apply to a company referred to in that paragraph if more than—

(a) fifty per cent of the paid up capital in respect of ordinary shares of the company is directly or indirectly owned by a related company;

(b) fifty per cent of the paid up capital in respect of ordinary shares of the related company is directly or indirectly owned by the first mentioned company; or

(c) fifty per cent of the paid up capital in respect of ordinary shares of the first mentioned company and the relate.”

¹⁶Income Tax Act 1967, Section 77A (1)

“Every company, trust body or co-operative society shall for each year of assessment furnish to the Director General a return in the prescribed form within seven months from the date following the close of the accounting period which constitutes the basis period for the year of assessment.”

1) เขตเศรษฐกิจพิเศษเกาะลาบวน



ตำแหน่งที่ตั้งของเกาะลาบวน (ที่มา: Google Maps)

เกาะลาบวนเป็นเขตเศรษฐกิจพิเศษที่ให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนที่เข้ามาประกอบกิจการบนเกาะลาบวน โดยมาเลเซียได้วางโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนการลงทุนบนเกาะลาบวนสำหรับนักลงทุนต่างชาติโดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ เช่น

(1) Labuan Financial Services Authority Act 1996 (พระราชบัญญัติองค์การบริการทางการเงินลาบวน ค.ศ. 1996)

(2) Labuan Business Activity Tax Act 1990 (พระราชบัญญัติภาษีกิจกรรมทางธุรกิจลาบวน ค.ศ. 1990)

(3) Labuan Company Act 1990 (พระราชบัญญัติบริษัทลาบวน ค.ศ. 1990)

(4) Labuan Trusts Act 1996 (พระราชบัญญัติกองทรัสต์ลาบวน ค.ศ. 1996)

(5) Labuan Limited Partnerships & Limited Liability Partnerships Act 2010 (พระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนจำกัดและห้างหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบลาบวน ค.ศ. 2010)

(6) Labuan Financial Services and Securities Act 2010 (พระราชบัญญัติบริการทางการเงินและหลักทรัพย์ลาบวน ค.ศ. 2010)

(7) Labuan Islamic Financial Services and Securities Act 2010 (พระราชบัญญัติบริการทางการเงินอิสลามและหลักทรัพย์ลาบวน ค.ศ. 2010) เป็นต้น

ทั้งนี้ นักลงทุนจะได้รับสิทธิประโยชน์พิเศษเพื่อส่งเสริมการลงทุนบนเกาะลาบวน อาทิ การเสียภาษีเงินได้ในอัตราพิเศษ การได้รับยกเว้นอากรขาเข้าสำหรับวัตถุดิบและชิ้นส่วน การยกเว้นภาษีการขาย (Sales Tax Exemption) สำหรับเครื่องจักรและอุปกรณ์¹⁷

2) บริษัทลาบวน (Labuan Company) และการเสียภาษีในอัตราพิเศษ

การตั้งบริษัทลาบวนอาจเป็นได้ทั้งการตั้งบริษัทใหม่ หรือเป็นการจดทะเบียนบริษัทหรือสาขาของบริษัทต่างชาติให้เป็นบริษัทลาบวนก็ได้¹⁸ อย่างไรก็ตาม บริษัทลาบวนจะต้องเป็นบริษัทที่จดทะเบียนบนเกาะลาบวนและมีสำนักงานหลักในลาบวน¹⁹ โดยทำธุรกิจภายในลาบวนโดยตรง หรือทำธุรกิจกับต่างประเทศจากเกาะลาบวนหรือผ่านเกาะลาบวนไปยังต่างประเทศก็ได้²⁰

¹⁷ Labuan Corporation, Ministry of Federal Territory, **Incentives** [Online], available URL: <https://www.pl.gov.my/en/insentif>, 2018 (July, 31).

¹⁸ Labuan Companies Act 1990, Section 14

“(1) Subject to this Act, a Labuan trust company or any other person may, by subscribing its or his name to a memorandum and complying with the requirements as to registration, form a Labuan company for any lawful purpose.

(2) If a subscriber to a memorandum is a corporation or a Labuan trust company, the memorandum may be subscribed by the corporation or the Labuan trust company, as the case may be, under its seal or by some person duly authorized on its behalf.”

¹⁹ Labuan Companies Act 1990, Section 85 (1)

“Every Labuan company shall at all times have a registered office in Labuan, which office shall be the principal office of a Labuan trust company.”

²⁰ Labuan Companies Act 1990, Section 7 (1)

“A Labuan company may be incorporated for any lawful purpose and, subject to any other written laws on financial services applicable to Labuan, shall carry out business only in, from or through Labuan.”

การตั้งบริษัทลาบวนมีจุดเด่นเรื่องภาษี กล่าวคือ บริษัทลาบวนสามารถเลือกได้ว่าจะเสียภาษีในอัตราราคี 3% ของกำไรสุทธิ²¹ หรือ เลือกเหมาจ่ายเงินก้อนเดียวเป็นเงิน 20,000 ริงกิต (ประมาณ 150,000 บาท)²² ซึ่งนักลงทุนทั่วไปจะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์เหล่านี้หากเลือกทำธุรกิจในรูปแบบบริษัทปกติทั่วไป

อนึ่ง บริษัทลาบวนแบ่งได้เป็น 2 ประเภทกว้างๆ ได้แก่ บริษัทจำกัด (Limited Company) และ บริษัทไม่จำกัด (Unlimited Company) เช่นเดียวกับบริษัททั่วไปของมาเลเซีย

นอกจากนี้ บริษัทจำกัดลาบวนสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทย่อยเช่นเดียวกัน คือ จำกัดตามการรับประกัน (Limited Company by Guarantee) และจำกัดตามหุ้น (Limited Company by Shares)²³ โดยผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดจะสามารถจำกัดรับผิดไม่เกินที่ตนลงหุ้นไว้ในบริษัทจำกัดไม่ว่าจะโดยการรับประกันหรือการลงหุ้นจริง ซึ่งต้องปรากฏรายละเอียดอยู่ในบันทึกข้อตกลงด้วย²⁴ ในขณะที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่จำกัดลาบวนจะต้องร่วมรับผิดโดยไม่มีจำกัด²⁵

²¹Labuan Business Activity Tax Act 1990, Section 4 (1)

“Tax shall be charged at the rate of three per cent for a year of assessment upon the chargeable profits of a Labuan entity carrying on a Labuan business activity which is a Labuan trading activity for the basis period for that year of assessment.”

²²Labuan Business Activity Tax Act 1990, Section 7 (1)

“Notwithstanding section 4, a Labuan entity carrying on a Labuan business activity which is a Labuan trading activity may, within a period of three months (or any extended period as may be allowed by the Director General) from the commencement of a year of assessment, elect, in the prescribed form, to be charged for that year of assessment to tax of twenty thousand ringgit.”

²³Labuan Companies Act 1990, Section 14 (3)

“A Labuan company may be—

- (a) a company limited by shares;
- (b) a company limited by guarantee; or
- (c) an unlimited company.”

²⁴Labuan Companies Act 1990, Section 2 (1)

““company limited by guarantee” means a company formed on the principle of having the liability of its members limited by its memorandum to such amount as the members may respectively undertake to contribute to the assets of the company in the event of it being wound up;

4. สรุปและวิจารณ์ผล

งานวิจัยฉบับนี้เน้นการศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นหลัก ดังที่กล่าวไปข้างต้นว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนในประเทศมาเลเซียมีความเฉพาะตัว ซึ่งผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับบริษัทและภาษีเงินได้ในประเทศมาเลเซีย ดังนี้

4.1 การจัดตั้งบริษัทในประเทศมาเลเซียมี 2 รูปแบบ ได้แก่ บริษัทจำกัด และ บริษัทไม่จำกัด ทั้งนี้ บริษัทจำกัดยังแบ่งได้เป็น 2 ประเภทย่อย ได้แก่ บริษัทจำกัดตามการรับประกัน และบริษัทจำกัดตามหุ้น แต่คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้จัดตั้งบริษัทได้เฉพาะในรูปแบบ “บริษัทจำกัดตามหุ้น” เท่านั้น

ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าประเทศมาเลเซียมีรูปแบบบริษัทที่หลากหลายกว่าเมื่อเทียบกับรูปแบบบริษัทในประเทศไทยที่มีเพียงบริษัทจำกัดเพียงรูปแบบเดียว

4.2 ประเทศมาเลเซียจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลในอัตราราคี 24% แต่ก็มียกเว้นส่งเสริมธุรกิจ SME ที่มีทุนจดทะเบียนชำระแล้วไม่เกิน 2.5 ล้านริงกิต (ประมาณ 18.75 ล้านบาท) โดยให้เสียภาษีในอัตรา 18% สำหรับกำไรสุทธิส่วนที่ไม่เกิน 500,000 ริงกิต (ประมาณ 3.75 ล้านบาท)

ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าประเทศมาเลเซียมีมาตรการทางภาษีเพื่อสนับสนุน SMEs คล้ายไทย แต่อัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลของประเทศมาเลเซียยังสูงกว่าประเทศไทย ประเทศไทยจึงได้เปรียบเรื่องอัตราภาษีที่ต่ำกว่า อย่างไรก็ตาม การกำหนดการยื่นภาษีเงินได้นิติบุคคลยื่นภาษีประจำปีในประเทศมาเลเซีย คือ ภายใน 7 เดือนนับแต่วันสุดท้ายของรอบระยะเวลาบัญชี ในขณะที่กฎหมายไทยกำหนดให้ยื่นภายใน 150 วัน การยื่นภาษีในประเทศไทยจึงมีเวลาเตรียมตัวสั้นกว่าประเทศมาเลเซีย

4.3 ประเทศมาเลเซียกำหนดให้บริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งบนเกาะลาบวนได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีพิเศษแตกต่างจากกรณีปกติ คือ บริษัทลาบวนสามารถเลือกได้ว่าจะเสียภาษีในอัตราราคี 3% ของกำไรสุทธิหรือเลือกเหมาภาษีรายปีเป็นเงิน 20,000 ริงกิต (ประมาณ 150,000 บาท)

ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่า ประเทศมาเลเซียมีความชัดเจนในการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษเพื่อดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ โดยให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแบบพิเศษด้วย ซึ่งอาจ

“company limited by shares” means a company formed on the principle of having the liability of its members limited by its memorandum to the amount, if any, unpaid on the shares respectively held by them.”

²⁵ Labuan Companies Act 1990, Section 2 (1)

““unlimited company” means a company formed on the principle of having no limit placed on the liability of its members.”

เป็นเขตเศรษฐกิจที่แข่งขันโดยตรงกับโครงการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก (Eastern Economic Corridor: EEC) ของประเทศไทย

5. ข้อเสนอแนะ

การศึกษาค้นคว้านี้เป็นเพียงการจัดทำฐานข้อมูลกฎหมายเพื่อการศึกษาเปรียบเทียบเท่านั้น อย่างไรก็ตาม งานวิจัยฉบับนี้สามารถต่อยอดเพื่อศึกษาเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียของกฎหมายแต่ละประเทศในกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เพื่อพัฒนากฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนในไทยให้มีความทันสมัย และดึงดูดการค้าและการลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติได้ ซึ่งจะช่วยให้ประเทศไทยกลายเป็นศูนย์กลางการค้าและการลงทุนของกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้ในอนาคต เช่น การปรับปรุงนโยบายสิทธิประโยชน์ทางภาษีโดยคำนึงถึงบริบทที่เปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคให้ทันสมัยอย่างต่อเนื่อง เพื่อสนับสนุนการสร้างฐานการค้าและการลงทุนของนักลงทุนชาวต่างชาติ รวมถึงการทบทวนและเพิ่มสิทธิประโยชน์ทางภาษีให้บริษัท SMEs ไทย เพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในระดับภูมิภาคได้อย่างมีประสิทธิภาพ และการขยายระยะเวลาการยื่นภาษีให้นานขึ้น ซึ่งจะช่วยเสริมสภาพคล่องให้กับภาคธุรกิจได้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมายของประเทศมาเลเซียที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนนั้น มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นระยะ ผู้ประกอบการจึงจำเป็นต้องติดตามความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิด ด้วยเหตุนี้ฐานข้อมูลกฎหมายของประเทศมาเลเซียจึงควรมีการปรับปรุงเป็นระยะด้วยเช่นเดียวกันเพื่อให้ข้อมูลมีความทันสมัยที่สุด

บรรณานุกรม

- ธนาคารแห่งประเทศไทย. **อัตราแลกเปลี่ยนประจำวัน** [Online]. Available URL: https://www.bot.or.th/thai/_layouts/application/exchangerate/exchangerate.aspx, 2563 (ธันวาคม, 9).
- Inland Revenue Board of Malaysia. **Income Tax Rates** [Online]. Available URL: http://www.hasil.gov.my/bt_goindex.php?bt_kump=5&bt_skum=1&bt_posi=2&bt_unit=5000&bt_sequ=11&bt_lgv=2, 2020 (December, 9).
- Inland Revenue Board of Malaysia. **Tax Rate of Company** [Online]. Available URL: http://www.hasil.gov.my/bt_goindex.php?bt_kump=5&bt_skum=2&bt_posi=5&bt_unit=1&bt_sequ=1, 2020 (December, 9).
- Inland Revenue Board of Malaysia. **Tax Relief for Resident Individual** [Online]. Available URL: http://www.hasil.gov.my/bt_goindex.php?bt_kump=5&bt_skum=1&bt_posi=3&bt_unit=1&bt_sequ=1, 2020 (December, 9).
- Labuan Corporation, Ministry of Federal Territory, **Incentives** [Online]. Available URL: <https://www.pl.gov.my/en/insentif>, 2018 (July, 31).
- Ministry of Domestic Trade, Co-operatives and Consumerism Malaysia. **Guidelines on Foreign Participation in the Distributive Trade Services** [Online]. Available URL: https://www.kpdnkk.gov.my/kpdnkk/wp-content/uploads/2017/04/WRT_Guideline.pdf, 2018 (July, 11).
- Ministry of Federal Territory. **Incentives - Labuan Corporation** [Online]. Available URL: <https://www.pl.gov.my/en/insentif>, 2020 (July, 31).
- ประมวลรัษฎากร.
- Companies Act 1965 (Revised - 1973).
- Income Tax Act 1967.
- Labuan Business Activity Tax Act 1990.
- Labuan Companies Act 1990.

การรอกำหนดโทษและการรอลงโทษจำคุก:
วัตถุประสงค์และข้อสังเกตบางประการ

วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุก: วัตถุประสงค์และข้อสังเกตบางประการ^{*}
Suspension of the Determination and Suspension of the Execution of
Imprisonment: Objectives and some Observations

วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์^{**}
Wiwat Damrongkulnan

บทคัดย่อ

การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรอกการลงโทษจำคุก เป็นมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกที่ถูกนำมาใช้มากในทางปฏิบัติ ในขณะที่นิติวรรณกรรมที่กล่าวถึงและศึกษาถึง “วัตถุประสงค์” เกี่ยวกับมาตรการนี้มีอยู่จำนวนน้อย บทความนี้ได้ทำการศึกษาถึงวัตถุประสงค์เกี่ยวกับมาตรการนี้ นอกจากนี้ ยังได้กล่าวถึง “ข้อสังเกตบางประการ” เกี่ยวกับมาตรการนี้ไว้อีกด้วย โดยได้ดำเนินการศึกษาในเชิงเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งผลที่ได้จากการศึกษาพบว่า มีหลายวัตถุประสงค์ที่สามารถนำมาใช้เพื่ออธิบายว่า “มาตรการนี้มีขึ้นเพื่ออะไร” รวมถึง “รัฐปรับใช้มาตรการนี้เพื่ออะไร”

คำสำคัญ: การรอกการกำหนดโทษจำคุก, การรอกการลงโทษจำคุก, วัตถุประสงค์

^{*} บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เรื่อง “มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกเพื่อป้องกันสังคม”.

This article is a part of dissertation in Doctor of Juridical Science Program, Faculty of Law, Chulalongkorn University, title “Suspension of the Determination and Suspension of the Execution of Imprisonment Measures to Protect Society”.

^{**} นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
E-mail: wiwat.dam@mfu.ac.th

Student in Doctor of Juridical Science Program, Faculty of Law, Chulalongkorn University.
วันที่รับบทความ (received) 25 สิงหาคม 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 3 พฤศจิกายน 2564,
วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 4 พฤศจิกายน 2564.

Abstract

Suspension of the determination of imprisonment and suspension of the execution of imprisonment, especially the latter are alternative measures considerably implemented into practice instead of imprisonment. While there are few law literatures mentioning and studying about “objectives” of the measures, this article aims to present a study about objectives of the measures. Furthermore, the article also mentions “some observations” about the measures by conducting documentary research. The results of the study reveal that there are several objectives which can be employed to explain “the existence of the measure” as well as “the reason that the government implements the measure.”

Keywords: suspension of the determination of imprisonment, suspension of the execution of imprisonment, objectives

1. บทนำ

“การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษ” นิยมเรียกกันโดยทั่วไปว่า “การรอกการลงอาญา”¹ ซึ่งคำว่า “การรอกการลงอาญา” นั้น เป็นคำที่ใช้อยู่ในกฎหมายเก่า คือ กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 41² แต่ในกฎหมายปัจจุบัน คือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56³ วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติ

¹เกียรตินิจกร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2562), หน้า 571.

²กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 41 “ถ้าผู้ที่ต้องคำพิพากษา ให้รับอาญาจำคุกเพียงปีหนึ่งก็ดี หรือไม่ถึงปีหนึ่งก็ดี เป็นคนยังไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดมาแต่ก่อน ท่านให้ศาลวินิจฉัยดู ถ้าเห็นสมควรจะสั่งในคำพิพากษา ให้รอกการลงอาญาไว้ก่อนก็ได้”

มีข้อสังเกตเพิ่มเติม คือ เนื้อความในมาตรา 41 ที่กล่าวมาข้างต้น คือ เนื้อความที่มีผลใช้บังคับในช่วงเริ่มแรกที่กฎหมายลักษณะอาญามีผลใช้บังคับ (กฎหมายลักษณะอาญาเริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 21 กันยายน ร.ศ. 127 หรือ พ.ศ. 2451) ซึ่งต่อมาในปี พ.ศ. 2494 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 41 โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2494 ให้มีเนื้อความดังต่อไปนี้แทน

“ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกและในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่กระทำโดยประมาท หรือความผิดที่เป็นลหุโทษ หรือที่มีกำหนดโทษไม่สูงกว่าความผิดที่เป็นลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น ถึงสภาพความผิดหรือเหตุอันสมควรปรานีแล้ว เห็นเป็นการสมควร ศาลจะพิพากษาว่า ผู้นั้นมีความผิดแต่รอกการกำหนดโทษไว้ หรือกำหนดโทษแต่รอกการลงโทษไว้ แล้วปล่อยตัวไป เพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้อำนาจ แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้

...

หมายเหตุ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2494 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 68 ตอนที่ 43 หน้า 960 วันที่ 3 กรกฎาคม พ.ศ. 2494 โดยมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ บัญญัติให้มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป ซึ่งก็คือ วันที่ 4 กรกฎาคม พ.ศ. 2494 นั่นเอง

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า คำว่า “การรอกการลงอาญา” เป็นคำที่ใช้อยู่ในกฎหมายลักษณะอาญาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2451 ซึ่งเป็นช่วงเริ่มแรกที่กฎหมายลักษณะอาญามีผลใช้บังคับ กระทั่งปี พ.ศ. 2494 ได้มีการนำคำว่า “การรอกการกำหนดโทษ” และ “การรอกการลงโทษ” มาใช้แทน ซึ่งการใช้แทนในคราวนั้นได้รับการสืบทอดมายังประมวลกฎหมายอาญาอย่างที่เราเห็นกันในปัจจุบันนี้

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู เสถียร วิชัยลักษณ์, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 พร้อมด้วยพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมทุกฉบับกับประกาศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนี้ (กรุงเทพมหานคร:

โดยใช้คำว่า “การรอกการกำหนดโทษ” และ “การรอกการลงโทษ”⁴ โดยคำว่า “การรอกการกำหนดโทษ” หมายความว่า วิธีการที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด แต่ยังไม่ได้กำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลย⁵ ฉะนั้น “การรอกการกำหนดโทษจำคุก” จึงหมายความว่า วิธีการที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด แต่ยังไม่ได้กำหนดโทษจำคุกที่จะลงแก่จำเลย ส่วนคำว่า “การรอกการลงโทษ” นั้น หมายความว่า วิธีการที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดและได้กำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลยแล้ว แต่ยังให้รอกการลงโทษไว้ก่อน⁶ ฉะนั้น “การรอกการลงโทษจำคุก” จึงหมายความว่า วิธีการที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดและได้กำหนดโทษจำคุกที่จะลงแก่จำเลยแล้ว แต่ยังให้รอกการลงโทษจำคุกไว้ก่อน

การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรอกการลงโทษจำคุก เป็นมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกที่ถูกนำมาใช้มากในทางปฏิบัติ ในขณะที่นิติวรรณกรรมที่กล่าวถึงและศึกษาถึง “วัตถุประสงค์” เกี่ยวกับมาตรการนี้มีอยู่จำนวนน้อย

โรงพิมพ์นิติเวช, 2498), หน้า 21-22, 210-211; หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 120-121.

³ต่อไปจากนี้หากบทความนี้กล่าวถึงมาตรา 56 ให้หมายถึงความถึงมาตรา 56 แห่งประมวลกฎหมายอาญา.

⁴มาตรา 56 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับ และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปี ไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หรือลงโทษปรับ ถ้าปรากฏว่าผู้นั้น

(1) ไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน หรือ

(2) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือ

(3) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่าห้าปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

และเมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอันควรปรานีแล้ว ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอกการกำหนดโทษหรือกำหนดโทษแต่รอกการลงโทษไว้ ไม่ว่าจะลงโทษจำคุกหรือปรับอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่าง เพื่อให้โอกาสกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้”.

⁵หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, บรรณาธิการโดย ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 192; วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, “หลักเกณฑ์ใหม่ในการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษ,” วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 6, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2560): 116.

⁶เรื่องเดิม.

ฉะนั้น เพื่อพัฒนาความรู้ในเรื่องนี้ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น บทความนี้จึงได้ทำการศึกษาถึง วัตถุประสงค์เกี่ยวกับมาตรการนี้ นอกจากนี้ ยังได้กล่าวถึงข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับมาตรการนี้ ไว้อีกด้วย โดยบทความนี้ได้แบ่งการนำเสนอเนื้อหาออกเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่ หัวข้อที่ 2 วัตถุประสงค์เกี่ยวกับมาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก หัวข้อที่ 3 ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับมาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก และหัวข้อที่ 4 บทสรุป ซึ่งแต่ละ หัวข้อนั้น มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2. วัตถุประสงค์เกี่ยวกับมาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก

วัตถุประสงค์หรือผลที่ประสงค์ให้บรรลุซึ่งสามารถนำมาใช้เพื่ออธิบายว่า “การรอกการ กำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุกมีขึ้นเพื่ออะไร” รวมถึง “รัฐปรับใช้มาตรการรอกการกำหนด โทษและรอกการลงโทษจำคุกเพื่ออะไร” ประกอบไปด้วยวัตถุประสงค์ต่างๆ ดังนี้ 2.1 เพื่อให้โอกาส กลับตัว 2.2 เพื่อคงไว้ซึ่งการศึกษาเล่าเรียน หน้าที่การงาน และสถาบันครอบครัว 2.3 เพื่อป้องกัน พฤติกรรมเบี่ยงเบนถาวร 2.4 เพื่อป้องกันความรู้สึกเป็นปฏิกิริยากับสังคม 2.5 เพื่อแก้ไขฟื้นฟู 2.6 เพื่อหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกในความผิดที่ไม่ร้ายแรงโดยไม่จำเป็น 2.7 เพื่อหลีกเลี่ยงการ ลงโทษจำคุกที่ไม่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดบางประเภท 2.8 เพื่อส่งเสริมความสำนึกถึงการ กระทำความผิดและการพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น 2.9 เพื่อส่งเสริมความสมานฉันท์ 2.10 เพื่ออรรถประโยชน์เชิงเศรษฐกิจ 2.11 เพื่อลดจำนวนผู้กระทำความผิดที่จะต้องถูกส่งเข้าสู่ ระบบเรือนจำ และ 2.12 เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรง โดยแต่ละวัตถุประสงค์ นั้นมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 เพื่อให้โอกาสกลับตัว การลงโทษจำคุกเป็นการสร้างมลทินให้แก่ผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ภายหลังจากผู้กระทำความผิดได้รับการปล่อยตัวให้เป็นอิสระกลับคืนสู่สังคมแล้ว บุคคลอื่นๆ ในสังคมมักจะตีตรา (Labeling) ผู้กระทำความผิดว่าเป็นคนชั่ว⁷ และมีปฏิกิริยา (Reaction) ต่อ ผู้กระทำความผิดในทางที่ไม่ดี เช่น การดูถูก การเหยียดหยาม การไม่คบหาสมาคมด้วย ตลอดจน การไม่รับเข้าทำงาน⁸ ซึ่งปฏิกิริยาเช่นว่านี้ ย่อมส่งผลให้ผู้กระทำความผิด รวมถึงครอบครัวและญาติ

⁷ คำว่า “คนชั่ว” หมายความว่า คนที่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน.

⁸ นอกจากภาคเอกชนที่ไม่รับผู้กระทำความผิดเข้าทำงานแล้ว ในหลายๆ กรณีภาครัฐเองก็ไม่รับผู้กระทำความผิดเข้าทำงานเช่นเดียวกัน เช่น การห้ามผู้กระทำความผิดที่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน (ยกเว้นโทษจำคุก สำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ) เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7)

ของผู้กระทำความผิดได้รับความอับอายและความเดือดร้อนจนไม่สามารถใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข ช้ำร้ายในบางกรณีผู้กระทำความผิดอาจเกิดความรู้สึกว่าตนเป็นบุคคลภายนอกสังคมที่บุคคลอื่นๆ ในสังคมไม่ต้องการ ซึ่งความรู้สึกเช่นนี้ โน้มนำให้ผู้กระทำความผิดสำคัญตนเองว่าเป็นอาชญากรอยู่ตลอด⁹ โดยที่ตนเองไม่อาจได้รับการยอมรับและโอกาสจากบุคคลอื่นๆ ในสังคม สถานะเช่นนี้ ย่อมส่งผลให้ความเสี่ยงที่ผู้กระทำความผิดจะกระทำความผิดซ้ำเพิ่มขึ้น การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุกซึ่งเป็นมาตรการทางเลือกที่สามารถนำมาปรับใช้แทนการลงโทษจำคุกได้จึงเป็นมาตรการที่ “ให้โอกาส” ผู้กระทำความผิดได้ “กลับตัว” เป็นพลเมืองดีโดยไม่ต้องมีมลทินติดตัว¹⁰

หมายเหตุ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7) “ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องมีคุณสมบัติทั่วไป และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้...ลักษณะต้องห้าม...เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”.

⁹พรชัย ชันดี, **ทฤษฎีอาชญาวิทยา : หลักการ งานวิจัย และนโยบายประยุกต์** (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สุนทรพิสัย, 2553), หน้า 277.

¹⁰มีข้อสังเกต คือ กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 41 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2494 ได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “...ศาลจะพิพากษาว่า ผู้นั้นมีความผิดแต่รอกการกำหนดโทษไว้ หรือกำหนดโทษแต่รอกการลงโทษไว้ แล้วปล่อยตัวไป เพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา...” ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ซึ่งประกาศใช้บังคับโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 และซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “...ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอกการกำหนดโทษไว้หรือกำหนดโทษแต่รอกการลงโทษไว้แล้วปล่อยตัวไป เพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา...” และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2559 ได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “...ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอกการกำหนดโทษหรือกำหนดโทษแต่รอกการลงโทษไว้ ไม่ว่าจะรับโทษจำคุกหรือปรับอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่าง เพื่อให้โอกาสกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา...”

นอกจากนี้โปรดดู คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษย่อหน้าหนึ่ง และข้อ 1 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบกับวรรคสอง คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติ พ.ศ. 2559 ย่อหน้าหนึ่ง ข้อ 2 ข้อ 6 (5) และข้อ 9 วรรคหนึ่ง ประกอบกับวรรคสาม และคำแนะนำของประธานศาลฎีกาว่าด้วยแนวทางการใช้โทษอาญา พ.ศ. 2563 ข้อ 2 วรรคหนึ่ง และข้อ 7.

2.2 เพื่อคงไว้ซึ่งการศึกษาเล่าเรียน หน้าที่การงาน และสถาบันครอบครัว ในกรณีนี้ผู้กระทำความผิดกำลังศึกษาเล่าเรียนหนังสือ เช่น เป็นนิสิตปริญญาตรีชั้นปีที่ 3 หรือมีหน้าที่การงานที่ดี เช่น มีตำแหน่งและเงินเดือนสูงในอาชีพที่ทำอยู่ หรือมีคู่สมรสแล้ว การลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดอาจเป็นสาเหตุทำให้เกิดปัญหาที่สำคัญตามมา คือ ปัญหาผู้กระทำความผิดถูกไล่ออกจากสถาบันการศึกษา¹¹ หรือถูกไล่ออกจากอาชีพที่ทำอยู่¹² หรือถูกฟ้องหย่า¹³ แล้วแต่กรณี ซึ่งรัฐสามารถป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าวข้างต้นเกิดขึ้นได้โดยการปรับใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก ฉะนั้น การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุกจึงเป็นมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อ “คงไว้” หรือทรงไว้ “ซึ่งการศึกษาเล่าเรียน หน้าที่การงาน และสถาบันครอบครัว” ของผู้กระทำความผิดได้

2.3 เพื่อป้องกันพฤติกรรมเบี่ยงเบนถาวร การกระทำความผิดกฎหมายอาญา คือ พฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากบรรทัดฐานหรือความคาดหวังของสังคม ในหลายๆ กรณีผู้กระทำความผิดมีเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบน “ขั้นต้น” เท่านั้น เช่น กระทำความผิดเพราะความรู้เท่าไม่ถึงการณ์¹⁴ กระทำความผิดเพราะความอยากรู้อยากลอง และกระทำความผิดเพราะต้องการเป็นที่ยอมรับของเพื่อนฝูง ซึ่งพฤติกรรมเบี่ยงเบนขั้นต้นนี้สามารถแก้ไขฟื้นฟูได้โดยง่าย อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำความผิดที่มีเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบนขั้นต้นต้องถูกส่งเข้าสู่ระบบเรือนจำย่อมทำให้

¹¹ ยกตัวอย่างเช่น มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้ออกข้อบังคับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยวินัยนักศึกษา พ.ศ. 2547 โดยข้อ 15.1 ได้กำหนดไว้ว่า “นักศึกษาผู้ใดต้องโทษโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ความผิดที่เป็นลหุโทษ หรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท...ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงถึงขนาดให้ลงโทษไล่ออก”.

¹² ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 85 (2) ได้บัญญัติไว้ว่า “การไล่ออก นั้น ก.อ. จะมีมติให้ลงโทษได้เมื่อข้าราชการอัยการผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ดังต่อไปนี้... ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดอาญา เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ”

หมายเหตุ มาตรา 4 ได้บัญญัติความหมายของคำว่า “ก.อ.” ไว้ว่า “คณะกรรมการอัยการ”.

¹³ การถูกลงโทษจำคุกเป็นเหตุฟ้องหย่าตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/1)

หมายเหตุ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/1) “เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้...สามีหรือภริยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และได้ถูกจำคุกเกินหนึ่งปีในความผิดที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิดหรือยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดนั้นด้วย และการเป็นสามีภริยากันต่อไปจะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้”.

¹⁴ “รู้เท่าไม่ถึงการณ์” หมายความว่า เขาหรือคาดไม่ถึงว่าจะเกิดเหตุร้ายขึ้น.

ผู้กระทำความผิดได้เรียนรู้ ซึมซับ และได้รับการฝึกฝนวิธีการประกอบอาชญากรรมประเภทต่างๆ จากเพื่อนผู้ต้องขังภายในเรือนจำ เพราะภายในเรือนจำนั้นเป็นแหล่งรวมของผู้ประกอบอาชญากรรมประเภทต่างๆ จำนวนมากไว้ด้วยกัน ส่งผลให้พฤติกรรมเบี่ยงเบนขั้นต้นของผู้กระทำความผิดซึ่งง่ายแก่การแก้ไขฟื้นฟูแปรเปลี่ยน เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบน “ถาวร” ซึ่งยากแก่การแก้ไขฟื้นฟู กล่าวโดยเฉพาะ คือ เมื่อผู้กระทำความผิดถูกลงโทษจำคุกครบกำหนดระยะเวลาและได้รับการปล่อยตัวให้เป็นอิสระกลับคืนสู่สังคมแล้วมีความเป็นไปได้ว่าผู้กระทำความผิดจะหวนกลับไปกระทำความผิดกฎหมายอาญาซ้ำอีก โดยการประกอบอาชญากรรมประเภทต่างๆ ตามที่ตนได้เรียนรู้ ซึมซับ และได้รับการฝึกฝนมาจากเพื่อนผู้ต้องขังภายในเรือนจำ¹⁵ ทั้งนี้ รัฐสามารถ “ป้องกันพฤติกรรมเบี่ยงเบนถาวร” ของผู้กระทำความผิดที่มีเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบนขั้นต้นได้ โดยการที่รัฐปรับใช้มาตรการรอ

¹⁵ จากที่กล่าวมาข้างต้นการที่ผู้กระทำความผิดหวนกลับไปกระทำความผิดกฎหมายอาญาซ้ำอีกนั้นมี 2 ทฤษฎีหลักที่สามารถนำมาใช้เพื่ออธิบายถึงสาเหตุของปรากฏการณ์นี้ ซึ่งทฤษฎีที่หนึ่ง คือ “ทฤษฎีการเลียนแบบ” (Imitation Theory) โดย เกเบรียล เทรด (Gabriel Trade) นักสังคมวิทยา นักจิตวิทยาเชิงสังคม และนักอาชญาวิทยา ชาวฝรั่งเศส ทฤษฎีนี้มีสาระสำคัญอยู่ว่า การประกอบอาชญากรรมเกิดจากการเลียนแบบพฤติกรรมอาชญากรรมของผู้อื่น ฉะนั้น สาเหตุที่ผู้กระทำความผิดหวนกลับไปกระทำความผิดกฎหมายอาญาซ้ำอีก จึงเกิดจากการที่ผู้กระทำความผิดเลียนแบบพฤติกรรมอาชญากรรมของเพื่อนผู้ต้องขังภายในเรือนจำ ส่วนทฤษฎีที่สองนั้นคือ “ทฤษฎีการคบหาสมาคมที่แตกต่าง” (Differential Association Theory) โดย เอ็ดวิน เอช ซุทเทอร์แลนด์ (Edwin H. Sutherland) นักสังคมวิทยาและนักอาชญาวิทยาชาวอเมริกัน ทฤษฎีนี้มีสาระสำคัญอยู่ว่า การประกอบอาชญากรรมเกิดจากการคบหาสมาคมกับผู้อื่นซึ่งมีความเป็นอาชญากรอยู่ในตัว ฉะนั้น สาเหตุที่ผู้กระทำความผิดหวนกลับไปกระทำความผิดกฎหมายอาญาซ้ำอีก จึงเกิดจากการที่ผู้กระทำความผิดคบหาสมาคมกับเพื่อนผู้ต้องขังภายในเรือนจำซึ่งมีความเป็นอาชญากรอยู่ในตัว

อนึ่ง เกเบรียล เทรด (Gabriel Trade) ยังได้นำเสนอกฎของการเลียนแบบไว้ด้วย เช่น บุคคลจะเลียนแบบผู้อื่นเป็นสัดส่วนกับการที่ตนได้ใกล้ชิดติดต่อกับผู้อื่นนั้น ส่วนเอ็ดวิน เอช ซุทเทอร์แลนด์ (Edwin H. Sutherland) นั้น ก็ได้นำเสนอเงื่อนไขของการคบหาสมาคมที่แตกต่างไว้ด้วยเช่นกัน เช่น การเรียนรู้พฤติกรรมอาชญากรรมจะเกิดขึ้นในกลุ่มบุคคลที่มีความใกล้ชิดสนิทสนมกัน

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู พรชัย ชันดี, เรื่องเดิม, หน้า 215-222; Don Martindale, *The Nature and Types of Sociological Theory* (Boston: Houghton Mifflin, 1960); Charles A. Ellwood, “The Theory of Imitation in Social Psychology,” *American Journal of Sociology* 6, 6 (May 1901): 721-741; Edwin H. Sutherland, *Principles of Criminology*, 4th ed. (Philadelphia: Lippincott, 1947); Donald R. Cressey, “The Theory of Differential Association: An Introduction,” *Social Problems* 8, 1 (Summer 1960): 2-6; Ahmet Maloku, “Theory of Differential Association,” *Academic Journal of Interdisciplinary Studies* 9, 1 (January 2020): 170-178.

การกำหนดโทษและรอการลงโทษจำคุก เนื่องจากมาตรการนี้เป็นมาตรการที่ไม่ต้องส่งผู้กระทำความผิดเข้าสู่ระบบเรือนจำนั่นเอง

2.4 เพื่อป้องกันความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์กับสังคม การส่งผู้กระทำความผิดเข้าสู่ระบบเรือนจำมีความเป็นไปได้ที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ (เป็นศัตรู) กับสังคม เนื่องจากผู้กระทำความผิดเห็นว่าสังคมไม่ให้โอกาสตนจากการที่ตนได้ทำผิดพลาดไป (กระทำความผิดกฎหมายอาญา) ซึ่งเมื่อผู้กระทำความผิดเกิดความรู้สึกเช่นนี้แล้ว ย่อมส่งผลเสียตามมาทั้งต่อตัวผู้กระทำความผิดเองและต่อสังคม กล่าวโดยเฉพาะ คือ เมื่อผู้กระทำความผิดถูกลงโทษจำคุกครบกำหนดระยะเวลาและได้รับการปล่อยตัวให้เป็นอิสระกลับคืนสู่สังคมแล้ว ผู้กระทำความผิดจะมีพฤติกรรมต่อต้านสังคม (Anti-Social Behavior: ASB) ในรูปแบบต่างๆ เช่น การไม่ยอมศึกษาเล่าเรียนหนังสือ การประพฤติตัวพาลเกร และ การทำผิดกฎหมายของสังคม ทั้งนี้ รัฐสามารถ “ป้องกัน” ไม่ให้ผู้กระทำความผิดเกิด “ความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์กับสังคม” ได้ โดยการที่รัฐปรับใช้มาตรการรอการกำหนดโทษและรอการลงโทษจำคุก เนื่องจากการปรับใช้มาตรการนี้จะทำให้ผู้กระทำความผิดเห็นว่าสังคมให้โอกาสตนจากการที่ตนได้ทำผิดพลาดไป ซึ่งเมื่อผู้กระทำความผิดมีทัศนคติเช่นนี้แล้ว ความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์กับสังคมก็จะไม่เกิดขึ้น (หรือมีโอกาสเกิดขึ้นน้อย)¹⁶

2.5 เพื่อแก้ไขฟื้นฟู การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดสามารถจำแนกได้เป็น 2 รูปแบบใหญ่ๆ ได้แก่ “แบบใช้ระบบเรือนจำ” หรืออาจเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า “การแก้ไขฟื้นฟูในเรือนจำ” และ “แบบไม่ใช้ระบบเรือนจำ” หรืออาจเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า “การแก้ไขฟื้นฟูนอกเรือนจำ” ทั้งนี้ ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนั้นไม่จำเป็นที่รัฐจะต้องใช้ระบบเรือนจำเสมอไป รัฐสามารถปรับใช้มาตรการรอการกำหนดโทษและรอการลงโทษจำคุกซึ่งเป็นมาตรการที่จัดอยู่ในรูปแบบไม่ใช้ระบบเรือนจำเพื่อ “แก้ไขฟื้นฟู” ผู้กระทำความผิดได้เช่นเดียวกัน สำหรับการปรับใช้มาตรการนี้เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนั้น รัฐพึงกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าวของผู้กระทำความผิดข้อเดียวหรือหลายข้อโดยคำนึงถึงปัจจัยที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตัวเป็นพลเมืองดีได้¹⁷ เช่น การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดฝึกหัดหรือทำงานอาชีพอันเป็นกิจจะลักษณะ¹⁸ การกำหนดให้ผู้กระทำ

¹⁶รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู วิกรม วรรณกร, การใช้ดุลพินิจการรอการกำหนดโทษและการรอการลงโทษ, รายงานผลงานส่วนบุคคลของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 6 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2551, หน้า 4-5.

¹⁷โปรดดู คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอการกำหนดโทษ การรอการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าว พ.ศ. 2559 ย่อหน้าหนึ่ง ข้อ 2 ข้อ 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 5 และข้อ 12 และคำแนะนำของประธานศาลฎีกาว่าด้วยแนวทางการใช้โทษอาญา พ.ศ. 2563 ข้อ 6.

¹⁸โปรดดู มาตรา 56 วรรคสอง (2).

ความผิดปฏิบัติศาสนกิจ¹⁹ และการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติหน้าที่ช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ในโรงพยาบาลหรือดูแลผู้บาดเจ็บจากอุบัติเหตุทางถนนสำหรับผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำความผิดโดยประมาท²⁰

2.6 เพื่อหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกในความผิดที่ไม่ร้ายแรงโดยไม่จำเป็น เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2559 ประธานศาลฎีกา (วิระพล ตั้งสุวรรณ) ได้ออกคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559 โดยข้อ 3 วรรคหนึ่ง ของคำแนะนำฉบับนี้ได้กล่าวไว้ว่า “การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษศาลพึงให้โอกาสจำเลยมีต้องรับโทษจำคุก...โดยไม่จำเป็น แต่พึงเน้นการใช้มาตรการเพื่อแก้ไขฟื้นฟูและป้องกันมิให้จำเลยกระทำความผิดซ้ำแทนการลงโทษจำคุก ส่วนโทษจำคุกนั้น ควรนำมาใช้เมื่อจำเลยกระทำความผิดอาญาร้ายแรงและน่าจะเป็นอันตรายต่อสังคม”²¹ จากเนื้อความดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า รัฐมีแนวคิดที่จะนำมาตราการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกมาปรับใช้เพื่อ “หลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกในความผิดที่ไม่ร้ายแรงโดยไม่จำเป็น” ด้วย สำหรับตัวอย่างความผิดที่ไม่ร้ายแรงนั้น เช่น ความผิดอันยอมความได้ ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท และความผิดที่มีความเสียหายเกิดขึ้นเพียงเล็กน้อย²²

2.7 เพื่อหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกที่ไม่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดบางประเภท โทษจำคุกเป็นโทษที่บังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องสูญเสียหรือถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของตนภายใต้ระบบเรือนจำ แต่ด้วยเรือนจำนั้นเป็นสถานที่ที่มีพื้นที่จำกัดและใช้คุมขังผู้ต้องขังจำนวนมากไว้ด้วยกัน ประกอบกับมีกฎข้อบังคับที่เข้มงวด ฉะนั้น การลงโทษจำคุกจึงไม่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดบางประเภทซึ่งมีสภาพร่างกายไม่สมควรที่จะต้องถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ เช่น ผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิงมีครรภ์หรือเพิ่งคลอดบุตร ผู้กระทำ

¹⁹โปรดดู คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ ข้อ 2 (3) และคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559 ข้อ 15 (1).

²⁰โปรดดู คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559 ข้อ 15 (4).

²¹โปรดดู คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559 ข้อ 3 วรรคหนึ่ง.

²²โปรดดู คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษข้อ 1 วรรคหนึ่ง (1) และ (4) และคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559 ข้อ 6.

ความผิดที่เป็นคนชรา ผู้กระทำความผิดที่เป็นคนพิการ และผู้กระทำความผิดที่เจ็บป่วยด้วยโรคร้ายแรง²³ เป็นต้นว่า โรคแพ้ภูมิคุ้มกันตนเอง (Systemic Lupus Erythematosus: SLE) โรคมะเร็ง (Cancer) และโรคหลอดเลือดหัวใจ (Coronary Heart Disease: CHD) ทั้งนี้ รัฐสามารถ “หลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกที่ไม่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดบางประเภท” ดังตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้นได้ โดยการที่รัฐปรับใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก

2.8 เพื่อส่งเสริมความสำนึกถึงการกระทำความผิดและการพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น พฤติการณ์แห่งคดีที่สำคัญประการหนึ่งสำหรับใช้ประกอบดุลพินิจของศาลในการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกซึ่งได้รับการกำหนดไว้ในคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559 คือ การที่ผู้กระทำความผิด “สำนึกถึงการกระทำความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น”²⁴ โดยคำว่า “สำนึกถึงการกระทำความผิด” หมายความว่า ผู้กระทำความผิดรู้สึกตระหนักในความผิดที่ตนได้กระทำให้ลงโทษ ส่วนคำว่า “พยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น” นั้นหมายความว่า ผู้กระทำความผิดพยายามทำให้ผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนทุเลาเบาบางลง เช่น การที่ผู้กระทำความผิดนำตัวผู้เสียหายซึ่งได้รับบาดเจ็บจากการกระทำของตนไปส่งที่โรงพยาบาล ทั้งนี้ การที่รัฐกำหนดพฤติการณ์แห่งคดีประการนี้ขึ้นมานั้น²⁵ แสดงให้เห็นเป็น 2 นัย นัยที่หนึ่ง คือ รัฐประสงค์ที่จะให้การปรับใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกเป็นไปอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกัน อันเป็นการช่วยลดความเหลื่อมล้ำในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทางหนึ่ง ส่วนนัยที่สองนั้น คือ รัฐประสงค์ที่จะ “ส่งเสริม” ให้ผู้กระทำความผิด “สำนึกถึงการกระทำความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น” โดยใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกเป็นเครื่องล่อใจผู้กระทำความผิด กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดสำนึกถึงการกระทำความผิดและ

²³โปรดดู คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559 ข้อ 6 (3).

²⁴โปรดดู คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559 ข้อ 6 (2) และข้อ 9 วรรคหนึ่ง.

²⁵มีข้อสังเกตคือ พฤติการณ์แห่งคดีประการนี้ได้รับการกำหนดไว้ใน “คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ” ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม คำแนะนำฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้วให้ใช้ “คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559” แทน

โปรดดู คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษข้อ 1 วรรคหนึ่ง (2) และคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559 ย่อหน้าหนึ่ง.

พยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้นแล้ว ผู้กระทำความผิดนั้นก็มีโอกาส (สูงขึ้น) ที่จะได้รับประโยชน์ตอบแทนเป็นการรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษจำคุก

2.9 เพื่อส่งเสริมความสมานฉันท์ พฤติการณ์แห่งคดีที่สำคัญอีกประการหนึ่งสำหรับใช้ประกอบดุลพินิจของศาลในการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก ซึ่งได้รับการกำหนดไว้ในคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติ พ.ศ. 2559 คือ การที่ผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดเกิดความพอใจร่วมกันหรือที่เรียกว่า “ความสมานฉันท์” โดยข้อ 6 (2) และ (4) ของคำแนะนำฉบับนี้ได้กำหนดไว้ว่า “...ในกรณีที่มีผู้เสียหาย บุคคลดังกล่าวไม่ติดใจที่จะดำเนินคดีแก่จำเลย” และ “...ผู้เสียหายกับจำเลยต่างมีความเข้าใจที่ดีต่อกันแล้ว” ตามลำดับ²⁶ ทั้งนี้ การที่รัฐกำหนดพฤติการณ์แห่งคดีประการนี้ขึ้นมา²⁷ แสดงให้เห็นเป็น 2 นัย นัยที่หนึ่งดังที่ได้กล่าวไปแล้วในวัตถุประสงค์ที่แล้ว ส่วนนัยที่สองนั้นคือ รัฐประสงค์ที่จะ “ส่งเสริม” ให้เกิด “ความสมานฉันท์” ระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิด เพื่อให้ผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขในสังคม โดยใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกเป็นเครื่องล่อใจผู้กระทำความผิด กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดสามารถทำให้ผู้เสียหายเกิดความพอใจ เช่น ผู้กระทำความผิดได้ขอโทษผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดได้ปรับความเข้าใจกับผู้เสียหาย และผู้กระทำความผิดได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดนั้นก็มีโอกาส (สูงขึ้น) ที่จะได้รับประโยชน์ตอบแทนเป็นการรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษจำคุก

2.10 เพื่อรอกประโยชน์เชิงเศรษฐกิจ การลงโทษจำคุกส่งผลให้สังคมสูญเสียทรัพยากรมนุษย์ ขาดรายได้จากผู้กระทำความผิด และสูญเสียงบประมาณในการเลี้ยงดูผู้กระทำความผิด

ในกรณี “สังคมสูญเสียทรัพยากรมนุษย์” กล่าวโดยขยายความ คือ นานาอารยประเทศต่างเห็นตรงกันว่า “มนุษย์” หรือ “คน” คือ ทรัพยากรที่ทรงคุณค่ามากที่สุดในสังคม ไทยก็เช่นเดียวกัน สังเกตได้จากการบัญญัติกฎหมายอาญาความผิดฐานต่างๆ ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย (ป้องกันอันตราย) ในชีวิตและร่างกายของมนุษย์ในสังคม ไม่ว่าจะเป็นความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของมนุษย์คนอื่นๆ นอกจากตัวผู้กระทำ เช่น การบัญญัติความผิดฐานฆ่าผู้อื่นและความผิด

²⁶โปรดดู คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติ พ.ศ. 2559 ข้อ 6 (2) และ (4) และข้อ 9 วรรคหนึ่ง.

²⁷มีข้อสังเกต คือ พฤติการณ์แห่งคดีประการนี้ได้รับการกำหนดไว้ใน “คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ” ด้วยเช่นกัน

โปรดดู คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษข้อ 1 วรรคหนึ่ง (2) และ (3).

ฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น²⁸ หรือแม้แต่ความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของมนุษย์ผู้กระทำเอง เช่น การบัญญัติความผิดฐานไม่สวมหมวกนิรภัย (หมวกกันน็อก) ในขณะที่ขี่และโดยสารรถจักรยานยนต์ และความผิดฐานไม่รัดร่างกายด้วยเข็มขัดนิรภัยไว้กับที่นั่งในขณะที่ขี่และโดยสารรถยนต์²⁹ ด้วยเหตุที่การลงโทษจำคุกเป็นการแยกตัวผู้กระทำความผิดออกจากสังคมสู่เรือนจำ จึงส่งผลให้สังคมสูญเสียทรัพยากรมนุษย์ซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดไปช่วงระยะเวลาหนึ่ง (โทษจำคุกมีกำหนดเวลา) ซึ่งการที่สังคมสูญเสียทรัพยากรมนุษย์ที่เป็นผู้กระทำความผิดไปนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อการพัฒนาสังคมในด้านต่างๆ โดยอาศัยความรู้ความสามารถของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ย่อมส่งผลให้สังคมเสียโอกาสที่จะเจริญขึ้นหรือได้รับประโยชน์มากขึ้นจากความรู้ความสามารถของผู้กระทำความผิด เช่น ผู้กระทำความผิดมีอาชีพเป็นสถาปนิก วิศวกร หรือผู้พิพากษา เมื่อถูกลงโทษจำคุกย่อมส่งผลให้สังคมเสียโอกาสที่จะเจริญขึ้นหรือได้รับประโยชน์มากขึ้นจากความรู้ความสามารถของสถาปนิก วิศวกร หรือผู้พิพากษา ซึ่งเป็นผู้กระทำความผิด แล้วแต่กรณี

สำหรับกรณี “สังคมขาดรายได้จากผู้กระทำความผิด” กล่าวโดยขยายความ คือ เมื่อสังคมสูญเสียทรัพยากรมนุษย์ซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดไปย่อมส่งผลให้สังคมขาดรายได้จากผู้กระทำความผิดไปด้วยในตัว ซึ่งรายได้ในที่นี้ก็คือ “ภาษี” นั่นเอง ทั้งภาษีทางตรง เช่น ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา และภาษีทางอ้อม เช่น ภาษีมูลค่าเพิ่ม โดยรายได้ที่สังคมขาดจากผู้กระทำความผิดในส่วนนี้นั้น สามารถนำมาใช้พัฒนาสังคมในด้านต่างๆ ได้มากมายหลายด้าน เช่น นำมาใช้พัฒนาระบบการศึกษา ระบบการสาธารณสุข และระบบการคมนาคม³⁰

²⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

มาตรา 295 “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.”

²⁹ พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 122 วรรคหนึ่ง “ผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์และคนโดยสารรถจักรยานยนต์ต้องสวมหมวกที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อป้องกันอันตรายในขณะที่ขี่และโดยสารรถจักรยานยนต์...”

มาตรา 123 วรรคสอง “ผู้ขับขี่รถยนต์ต้องรัดร่างกายด้วยเข็มขัดนิรภัยไว้กับที่นั่งในขณะที่ขี่รถยนต์... และคนโดยสารรถยนต์ดังกล่าวต้องรัดร่างกายด้วยเข็มขัดนิรภัยไว้กับที่นั่งในขณะโดยสารรถยนต์ด้วย”

มาตรา 148 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม...มาตรา 122 วรรคหนึ่ง หรือวรรคสาม มาตรา 123... ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยบาท.”

³⁰ มีข้อสังเกต คือ ในอดีตสังคมมีรายได้จากผู้กระทำความผิดที่ถูกส่งเข้าสู่ระบบเรือนจำ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดที่ถูกส่งเข้าสู่ระบบเรือนจำนั้นต้องเสียค่าธรรมเนียมให้แก่รัฐเรียกว่า “ค่าธรรมเนียมนักโทษ” และเมื่อผู้กระทำความผิดถูกลงโทษจำคุกครบกำหนดระยะเวลาแล้วก็ต้องเสียค่าธรรมเนียมนักโทษให้แก่รัฐอีกครั้งหนึ่ง

ส่วนกรณี “สังคมสูญเสียงบประมาณในการเลี้ยงดูผู้กระทำความผิด” นั้น กล่าวโดยขยายความ คือ เมื่อผู้กระทำความผิดถูกส่งเข้าสู่ระบบเรือนจำยอมส่งผลให้สังคมสูญเสียงบประมาณในการเลี้ยงดูผู้กระทำความผิดในด้านต่างๆ เช่น ค่าน้ำประปา ค่าไฟฟ้า ค่าเครื่องแต่งกาย และค่าอาหาร³¹ ซึ่งงบประมาณที่สังคมสูญเสียในส่วนนี้นั้น สามารถนำมาใช้พัฒนาสังคมในด้านต่างๆ ได้มากมายหลายด้านดังที่ได้กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้

การที่สังคมสูญเสียทรัพยากรมนุษย์ ขาดรายได้จากผู้กระทำความผิด และสูญเสียงบประมาณในการเลี้ยงดูผู้กระทำความผิด อาจเรียกรวมกันได้ว่า “ข้อเสียเชิงเศรษฐกิจ” โดยการรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุกนั้น สามารถป้องกันไม่ให้ข้อเสียเชิงเศรษฐกิจเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ หากรัฐไม่ต้องการให้สังคมสูญเสียทรัพยากรมนุษย์ ขาดรายได้จากผู้กระทำความผิด และ/หรือสูญเสียงบประมาณในการเลี้ยงดูผู้กระทำความผิด ก็สามารถทำได้โดยการที่รัฐปรับใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก ฉะนั้น การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุกจึงเป็นมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อ “อรรถประโยชน์” หรือประโยชน์ที่ต้องการ “เชิงเศรษฐกิจ” ได้

ด้วย กล่าวได้ว่า ผู้กระทำความผิดต้องเสียค่าธรรมเนียมนักโทษให้แก่รัฐทั้งขาเข้าและขาออกจากเรือนจำ แต่ในปัจจุบันผู้กระทำความผิดไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมนักโทษให้แก่รัฐแต่อย่างใด

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ธาณี วรภัทร์, **หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 26, 28; อัจฉริยา ชูตินันท์, **อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 234.

³¹ จากข้อมูลของกรมราชทัณฑ์ ณ วันที่ 2 พฤษภาคม พ.ศ. 2564 ไทยมีผู้ต้องราชทัณฑ์ซึ่งเป็นนักโทษเด็ดขาด จำนวนทั้งสิ้น 249,639 คน โดยรัฐต้องสูญเสียงบประมาณเป็นค่าอาหารในการเลี้ยงดูนักโทษเด็ดขาดเป็นจำนวนเงิน 54 บาท/คน/วัน (3 มื้อ) ฉะนั้น รัฐต้องสูญเสียงบประมาณเป็นค่าอาหารในการเลี้ยงดูนักโทษเด็ดขาดในหนึ่งวัน คือ 13,480,506 บาท ในหนึ่งสัปดาห์ คือ 94,363,542 บาท ในหนึ่งเดือน (30 วัน) คือ 404,415,180 บาท และในหนึ่งปี (365 วัน) คือ 4,920,384,690 บาท

หมายเหตุ งบประมาณค่าอาหารในการเลี้ยงดูผู้ต้องราชทัณฑ์ดังกล่าวข้างต้นคำนวณจากจำนวนนักโทษเด็ดขาดเท่านั้น ไม่ได้คำนวณจากจำนวนผู้ต้องขังระหว่างสอบสวน ใต้สวน พิจารณา อุทธรณ์ และฎีกาด้วย

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู กรมราชทัณฑ์, **รายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ** [Online], available URL: http://www.correct.go.th/rt103pdf/report_result.php?date=2021-05-02&report=,2564 (พฤษภาคม, 11); กระทรวงยุติธรรม, **ราชทัณฑ์แจงกรณีคุณภาพอาหารภายในเรือนจำ** [Online], available URL: https://www.moj.go.th/view/49502?fbclid=IwAR1gwt9GhpaUOnpe0XfXBM4MhZkojzrp-HBpic8Xnlf3A_m2M961J3_zi6Zo,2564 (พฤษภาคม, 11).

2.11 เพื่อลดจำนวนผู้กระทำความผิดที่จะต้องถูกส่งเข้าสู่ระบบเรือนจำ ในอดีตจวบจนปัจจุบัน ไทยต้องประสบกับปัญหาความแออัดของจำนวนผู้ต้องขังในเรือนจำ³² ซึ่งปัญหานี้ส่งผลกระทบโดยตรงต่อประสิทธิภาพของกรมราชทัณฑ์ในการบริหารจัดการเรือนจำ กล่าวคือ ส่งผลให้เกิดความยากลำบากที่กรมราชทัณฑ์จะทำการแก้ไขฟื้นฟูผู้ต้องขังให้เกิดผลสำเร็จ³³ รวมถึงส่งผลให้ความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของเจ้าพนักงานเรือนจำลดลง นอกจากนี้ ยังส่งผลให้คุณภาพชีวิตของผู้ต้องขังแย่กว่าที่ควรจะเป็นอีกด้วย³⁴ ด้วยเหตุที่การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษ

³² จากข้อมูลของกรมราชทัณฑ์ซึ่งปรากฏอยู่ในรายงานการประชุมคณะกรรมการราชทัณฑ์ ครั้งที่ 2/2563 เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม พ.ศ. 2563 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (สมศักดิ์ เทพสุทิน) ประธานกรรมการได้กล่าวในที่ประชุมสรุปใจความได้ว่า ณ ขณะนั้นไทยมีผู้ต้องราชทัณฑ์ประมาณ 380,000 คน ในขณะที่เรือนจำมีพื้นที่รองรับผู้ต้องราชทัณฑ์ได้เพียง 220,000 คนเท่านั้น

ข้อมูลดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ในขณะนั้น (จนถึงปัจจุบัน) ไทยต้องประสบกับปัญหาความแออัดของจำนวนผู้ต้องขังในเรือนจำขั้นรุนแรง

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู กรมราชทัณฑ์, รายงานการประชุมคณะกรรมการราชทัณฑ์ ครั้งที่ 2/2563 [Online], available URL: <http://www.correct.go.th/wp-content/uploads/2021/01/รายงานการประชุมคณะกรรมการราชทัณฑ์-ครั้งที่2.pdf>, 2564 (พฤษภาคม, 31).

³³ ผลสำเร็จของการแก้ไขฟื้นฟูผู้ต้องขัง คือ การที่ผู้ต้องขังกลับตัวเป็นพลเมืองดี

มีข้อสังเกต คือ ในปัจจุบันกรมราชทัณฑ์ได้กำหนดให้ “การแก้ไขฟื้นฟูผู้ต้องขัง” หรือที่กรมราชทัณฑ์ใช้ถ้อยคำว่า “การพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขัง” เป็นพันธกิจ (งานที่มีการรับผิดชอบซึ่งต้องปฏิบัติให้บรรลุผล) ของกรมราชทัณฑ์

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู กรมราชทัณฑ์, พันธกิจ [Online], available URL: http://www.correct.go.th/?page_id=12214#, 2564 (พฤษภาคม, 31);ระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขัง พ.ศ. 2561.

³⁴ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (สมศักดิ์ เทพสุทิน) ได้ให้สัมภาษณ์กับผู้สื่อข่าวเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม พ.ศ. 2564 สรุปใจความได้ว่า ณ ปัจจุบันผู้ต้องราชทัณฑ์ในไทยมีพื้นที่นอนในเรือนนอนไม่ถึง 1.2 ตารางเมตรต่อคน ในขณะที่ตามมาตรฐานสากลผู้ต้องราชทัณฑ์ควรมีพื้นที่นอนในเรือนนอน 2.25 ตารางเมตรต่อคน

ข้อมูลดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า บรรดาผู้ต้องขังในไทยต้องหลับนอนอย่างเบียดเสียดกันภายในเรือนนอน ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงคุณภาพชีวิตของผู้ต้องขังที่แย่กว่าที่ควรจะเป็นได้อย่างชัดเจน

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ข่าวสด, รมว.ยุติธรรมวอนอย่าตกใจยอดโควิดคุก ชี้ทางออกคือวัคซีน ตอบสร้างเรือนจำเพิ่ม [Online], available URL: https://www.khaosod.co.th/politics/news_6426871, 2564 (พฤษภาคม, 31); ประชาชาติธุรกิจ, ดิดเชื่อในเรือนจำ อย่าตกใจตัวเลข “สมศักดิ์” รมว.ยุติธรรมเผย [Online], available URL: <https://www.prachachat.net/general/news-680318>, 2564 (พฤษภาคม, 31); ศรีนยา

จำคุกเป็นมาตรการที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อ “ลดจำนวนผู้กระทำความผิดที่จะต้องถูกส่งเข้าสู่ระบบเรือนจำ” ได้ รัฐจึงมีความพยายามที่จะนำมาตรการนี้มาปรับใช้เพื่อประโยชน์ดังกล่าว สังเกตได้จากการที่รัฐดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุกตามมาตรา 56 ในปี พ.ศ. 2559 ที่จากเดิมในคดีที่ศาลจะลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิด “ไม่เกิน 3 ปี” ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกได้ เป็นในคดีที่ศาลจะลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิด “ไม่เกิน 5 ปี” ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกได้ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวนี้ รัฐได้ขยับเพดานอำนาจดุลพินิจของศาลให้สูงขึ้น อันเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกได้กว้างขวางขึ้น ทั้งนี้ ก็เพื่อลดจำนวนผู้กระทำความผิดที่จะต้องถูกส่งเข้าสู่ระบบเรือนจำนั่นเอง³⁵

2.12 เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรง ด้วยเรือนจำเป็นสถานที่ที่มีพื้นที่จำกัด และใช้ชุมชนผู้ต้องขังจำนวนมากไว้ด้วยกัน เรือนจำจึงเป็นสถานที่ที่ง่ายต่อการแพร่ระบาดของโรคติดต่อประเภทต่างๆ ทั้งนี้ หากเป็นโรคติดต่อที่ไม่ร้ายแรงก็คงไม่น่าวิตกกังวลเท่าใดนัก เพราะย่อมอยู่ในวิสัยที่เรือนจำแต่ละแห่งจะทำการบำบัดและควบคุมโรคติดต่อนั้นๆ ได้ แต่หากเป็นโรคติดต่อร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งโรคติดต่อร้ายแรงที่อาจทำให้ผู้ต้องขัง รวมถึงเจ้าพนักงานเรือนจำถึงขั้นเสียชีวิตได้ ย่อมน่าวิตกกังวลเป็นอย่างมาก เช่น ไข้เหลือง (Yellow Fever)³⁶ โรคติดเชื้อไวรัสอีโบล่า (Ebola Virus Disease: EVD)³⁷ และวัณโรคดื้อยาหลายขนานชนิดรุนแรงมาก (Extensively Drug - Resistant Tuberculosis: XDR - TB)³⁸ นอกจากนี้ หากโรคติดต่อร้ายแรงที่

สีมา, ผู้ต้องขังล้นเรือนจำ [Online], available URL: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/article/article_20200608145458.pdf, 2564 (พฤษภาคม, 31).

³⁵รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. (การบังคับโทษปรับ การรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษ และแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับโทษของผู้ใช้และผู้ถูกใช้) ส่วนที่ 2 ตารางเปรียบเทียบประมวลกฎหมายอาญากับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ..., บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 57/2558 วันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2558 (อ.พ. 70/2558), หน้า 14.

³⁶รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่ออันตราย พ.ศ. 2559, ข้อ 1 (5).

³⁷รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่ออันตราย พ.ศ. 2559, ข้อ 1 (9).

³⁸รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่ออันตราย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561, ข้อ 1.

อาจทำให้ผู้ต้องขังรวมถึงเจ้าพนักงานเรือนจำถึงขั้นเสียชีวิตได้นั้น เป็นโรคติดต่อร้ายแรงที่อุบัติใหม่ ประกอบกับสามารถแพร่ระบาดจากผู้ที่มีเชื้อไปยังผู้อื่นได้อย่างรวดเร็วและกว้างขวางด้วยแล้ว ย่อมน่าวิตกกังวลขั้นสูงสุด เช่น โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือโรคโควิด 19 (Coronavirus Disease 2019: COVID-19)³⁹ เพราะโดยปกติแล้วในระยะเริ่มแรกจนถึงในระยะกลางของการแพร่ระบาดนั้นจะมีผู้เสียชีวิตจากการติดเชื้อเป็นจำนวนมาก⁴⁰ เหตุผลที่เป็นเช่นนี้ กรณีในระยะเริ่มแรกของการแพร่ระบาดเนื่องจากโลกยังไม่มียาสำหรับใช้บำบัดและวัคซีนสำหรับใช้ป้องกันโรคติดต่อร้ายแรงนั้นๆ ส่วนกรณีในระยะกลางของการแพร่ระบาดนั้น เนื่องจากบริษัทหรือหน่วยงานผู้ผลิตยาสำหรับใช้บำบัดและวัคซีนสำหรับใช้ป้องกันโรคติดต่อร้ายแรงนั้นๆ ไม่สามารถที่จะผลิตยาและวัคซีนได้ทันตามความต้องการของประชากรโลก และด้วยเหตุที่โรคติดต่อร้ายแรงส่วนใหญ่อุบัติ (ทั้งอุบัติซ้ำและอุบัติใหม่) จากภายนอกเรือนจำ ไม่ใช่ในเรือนจำ ฉะนั้น รัฐจึงต้องหาวิธีการป้องกันไม่ให้โรคติดต่อร้ายแรงประเภทต่างๆ เข้ามาแพร่ระบาดในเรือนจำ ซึ่งการรอกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุกเป็นวิธีการที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อ “ป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรง” ในเรือนจำได้ กล่าวโดยขยายความคือ รัฐสามารถปรับใช้มาตรการนี้กับผู้กระทำความผิดที่ติดเชื้อเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ติดเชื่อนั้นเป็นพาหะนำเชื้อเข้ามาแพร่ระบาดในเรือนจำ อนึ่ง มีข้อสังเกต คือ เมื่อวันที่ 14 เมษายน พ.ศ. 2563 ประธานศาลฎีกา (ไสลเกษ วัฒนพันธุ์) ได้ออกคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวปฏิบัติในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อ

³⁹ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่ออันตราย (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2563, ข้อ 3.

⁴⁰ องค์การอนามัยโลก (World Health Organization : WHO) ได้รายงานสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ผ่านเว็บไซต์ (Website) ขององค์การว่า นับตั้งแต่วันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นวันแรกที่มีการตรวจพบผู้ติดเชื้อจนถึงวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2564 เวลา 22.06 นาฬิกา (วันและเวลาไทย) โลกมีผู้ติดเชื้อสะสมจำนวน 170,426,245 คน และมีผู้เสียชีวิตจากการติดเชื้อสะสมจำนวน 3,548,628 คน ในส่วนของไทยนั้น มีผู้ติดเชื้อสะสมจำนวน 162,022 คน และมีผู้เสียชีวิตจากการติดเชื้อสะสมจำนวน 1,069 คน

ข้อมูลดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่ามีผู้เสียชีวิตจากการติดเชื้อเป็นจำนวนมาก

อนึ่ง อธิบดีกรมราชทัณฑ์ (อายุตม์ สินธพพันธุ์) ได้รายงานสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคดังกล่าวว่า นับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2564 จนถึงวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2564 เวลา 18.00 นาฬิกา เรือนจำไทยมีผู้ต้องขังติดเชื้อสะสมจำนวน 27,072 คน และมีผู้ต้องขังเสียชีวิตจากการติดเชื้อสะสมจำนวน 12 คน

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู World Health Organization, WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard [Online], available URL: <https://covid19.who.int/table>, 2021 (June, 2); ฝ่ายประชาสัมพันธ์กรมราชทัณฑ์, ราชทัณฑ์เผยยอดโควิด-19 พร้อมเตรียมฉีดวัคซีนแก่ผู้ต้องขัง ดีเดย์ 3 มิ.ย. นี้, ข่าวประชาสัมพันธ์กรมราชทัณฑ์ ฉบับลงวันที่ 2 มิถุนายน พ.ศ. 2564, หน้า 1.

ไวรัสโคโรนา 2019⁴¹ โดยตอนหนึ่งของคำแนะนำฉบับนี้ได้กล่าวไว้ว่า “...แต่ในภาวะเช่นนี้ก็ควรหลีกเลี่ยงการส่งจำเลยเข้าไปรับโทษ...จำคุกในเรือนจำเพราะเป็นการเสี่ยงที่จำเลยจะเป็นพาหะนำเชื้อไวรัสไปแพร่ระบาดใน...เรือนจำ ซึ่งจะส่งผลเสียหายต่อระบบสาธารณสุขโดยรวมของประเทศ จึงสมควรที่ศาลจะได้นำมาตรการที่มีอยู่หลากหลายในประมวลกฎหมายอาญามาใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทั้งในทางลงโทษผู้กระทำความผิดและป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรง” จากเนื้อความดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นโดยนัยว่า รัฐมีแนวคิดที่จะนำมาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกมาปรับใช้เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรงในเรือนจำด้วย เนื่องจากการรอกการกำหนดโทษจำคุกก็ดี การรอกการลงโทษจำคุกก็ดี ล้วนอยู่ในความหมายของ “...มาตรการที่มีอยู่หลากหลายในประมวลกฎหมายอาญา...” ทั้งสิ้น⁴²

3. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับมาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก

เมื่อทราบถึงวัตถุประสงค์เกี่ยวกับมาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกแล้ว ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับมาตรการนี้

ข้อสังเกตประการแรก การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุกมีขึ้นด้วยวัตถุประสงค์หลัก คือ เพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิดได้กลับตัวเป็นพลเมืองดีโดยที่ไม่ต้องมีมลทินติดตัว ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 56 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติถึงเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของการรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุกไว้อย่างชัดเจนว่า “เพื่อให้โอกาสกลับตัวภายในระยะเวลาที่

⁴¹โปรดดู คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวปฏิบัติในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดต่อเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (Coronavirus Disease : COVID-19) (ฉบับที่ 4).

⁴²มีข้อสังเกตเพิ่มเติม คือ ประธานศาลฎีกาได้ออกคำแนะนำฉบับนี้ก่อนที่โรดดังกล่าวจะเข้ามาแพร่ระบาดในเรือนจำไทย การป้องกันไม่ให้โรดดังกล่าวเข้ามาแพร่ระบาดในเรือนจำจึงเป็นสาระสำคัญของคำแนะนำฉบับนี้ แต่ในปัจจุบันปรากฏว่าสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ โรดดังกล่าวได้เข้ามาแพร่ระบาดในเรือนจำแล้ว เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หากรัฐประสงค์ที่จะปรับใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกเพื่อประโยชน์ในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรดดังกล่าว ก็สมควรที่รัฐจะพิจารณาปรับใช้มาตรการนี้ทั้ง 2 มิติ ซึ่งมีมิติที่หนึ่ง คือ การป้องกันไม่ให้โรดดังกล่าวเข้ามาแพร่ระบาดในเรือนจำเพิ่มเติม โดยการปรับใช้มาตรการนี้กับผู้กระทำความผิดที่ติดเชื่อเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ติดเชื่อนั้นเป็นพาหะนำเชื้อเข้ามาแพร่ระบาดในเรือนจำเพิ่มเติม ส่วนมิติที่สองนั้น คือ การป้องกันไม่ให้โรดดังกล่าวออกไปแพร่ระบาดภายนอกเรือนจำเพิ่มเติม โดยการปรับใช้มาตรการนี้กับผู้กระทำความผิดที่ไม่ได้ติดเชื่อ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้กระทำความผิดที่จะต้องถูกลงโทษจำคุกในระยะเวลาอันสั้น) เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ไม่ได้ติดเชื่อนั้นเข้าไปติดเชื่อในเรือนจำแล้วเป็นพาหะนำเชื้อออกมาแพร่ระบาดภายนอกเรือนจำเพิ่มเติม.

ศาลจะได้กำหนด” อย่างไรก็ตาม รัฐได้ปรับใช้ (รวมถึงสามารถปรับใช้) มาตรการนี้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ ด้วย เช่น เพื่อป้องกันพฤติกรรมเบี่ยงเบนถาวรของผู้กระทำความผิดที่มีเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบนขั้นต้น เพื่อลดจำนวนผู้กระทำความผิดที่จะต้องถูกส่งเข้าสู่ระบบเรือนจำ และเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรง

ข้อสังเกตประการที่สอง การที่รัฐปรับใช้มาตรการรอกำหนดโทษและรอลงโทษจำคุกเพื่อวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง ข้อดีที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดขึ้นเพียงข้อเดียวเท่านั้น หากแต่เกิดขึ้นหลายข้อ เช่น การที่รัฐปรับใช้มาตรการนี้เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรง ข้อดีที่เกิดขึ้นนอกจากช่วยยับยั้งหรือบรรเทาการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรงแล้ว ยังทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีมลทินติดตัว ผู้กระทำความผิดไม่เกิดความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์กับสังคม และสังคมไม่สูญเสียงบประมาณในการเลี้ยงดูผู้กระทำความผิด ฯลฯ อีกด้วย

ข้อสังเกตประการที่สาม การรอกำหนดโทษและการรอลงโทษจำคุกเปรียบเสมือน “ดาบสองคม” กล่าวคือ มีทั้งข้อดีและข้อเสียอยู่ในตัว ในส่วนของ “ข้อดี” เป็นไปตามวัตถุประสงค์เกี่ยวกับมาตรการรอกำหนดโทษและรอลงโทษจำคุกแต่ละวัตถุประสงค์ ในส่วนของ “ข้อเสีย” นั้น สามารถจำแนกได้เป็น 4 ประการใหญ่ๆ ได้แก่ 1) ความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหายและสังคม 2) ความไม่เชื่อมั่นและความไม่ศรัทธาในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา 3) การแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดด้วยตนเอง และ 4) ความไม่ปลอดภัยแก่สังคม โดยข้อเสียแต่ละประการนั้นมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) ความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหายและสังคม การแก้แค้นตอบแทนเป็นวิธีการที่สอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์⁴³ เนื่องจากมนุษย์มีประสบการณ์ร่วมกันในลักษณะที่ว่า “ทำดีย่อมได้รับรางวัล ทำชั่วย่อมถูกลงโทษ” มนุษย์จึงคุ้นชินกับระบบการให้รางวัล (Reward) และการลงโทษ (Punishment) ทั้งยอมรับว่าการให้รางวัลและการลงโทษนั้น คือ สิ่งที่เป็นธรรมซึ่งต้องมีและอยู่ควบคู่ไปกับสังคม⁴⁴ โดยสังคม (รัฐ) มีอำนาจที่จะให้รางวัลแก่นมนุษย์ที่ทำความดีและลงโทษแก่นมนุษย์ที่ทำความชั่วได้ และด้วยเหตุที่การกระทำความผิดกฎหมายอาญาเป็นการทำชั่วอย่างหนึ่งที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายและสังคม ดังนั้น การลงโทษจำคุก (ที่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงแห่งความผิด) จึงสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้เสียหายและสังคม ส่วนการปรับใช้มาตรการรอกำหนด

⁴³ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California: Stanford University Press, 1968), p. 37.

⁴⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 215.

โทษและรอการลงโทษจำคุกส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องถูกลงโทษจำคุกจึงอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหายและสังคมขึ้นได้

2) **ความไม่เชื่อมั่นและความไม่ศรัทธาในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา** เมื่อเกิดการกระทำความผิดกฎหมายอาญาซึ่งมีโทษจำคุก การที่รัฐปรับใช้มาตรการรอการกำหนดโทษและรอการลงโทษจำคุกส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องถูกลงโทษจำคุก จึงอาจก่อให้เกิดความไม่เชื่อมั่นและความไม่ศรัทธาในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาขึ้นได้

3) **การแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดด้วยตนเอง** เมื่อเกิดการกระทำความผิดกฎหมายอาญาซึ่งมีโทษจำคุก โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดร้ายแรง ผู้เสียหาย รวมถึงครอบครัว ญาติ และมิตรสหายของผู้เสียหาย ตลอดจนประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมย่อมรู้สึกโกรธแค้นผู้กระทำความผิดเป็นอย่างมาก และประสงค์ที่จะให้รัฐลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดในอัตราสูง เพื่อเป็นการแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดให้สาสม การที่รัฐปรับใช้มาตรการรอการกำหนดโทษและรอการลงโทษจำคุกส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องถูกลงโทษจำคุก จึงอาจทำให้บุคคลเหล่านี้รู้สึกไม่พอใจและอาจนำไปสู่การลงมือแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดด้วยตนเอง ซึ่งเท่ากับว่าเป็น “การกระทำความผิดตอบแทนการกระทำความผิด” สภาวะเช่นนี้ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นอย่างมาก

4) **ความไม่ปลอดภัยแก่สังคม** การที่รัฐปรับใช้มาตรการรอการกำหนดโทษ และรอการลงโทษจำคุกอาจก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยแก่สังคมขึ้นได้ เพราะเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ต้องถูกลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดก็มีโอกาสที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นๆ ในสังคม ตลอดจนมีโอกาที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความสงบเรียบร้อยของสังคมได้⁴⁵ นอกจากนี้ผู้กระทำความผิดอาจเกิดความไม่เกรงกลัวและกล้าที่จะกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคต ประกอบกับอาจทำให้บุคคลอื่นๆ ในสังคมเกิดความไม่เกรงกลัวและกล้าที่จะกระทำความผิดตามอย่างผู้กระทำความผิด

ข้อสังเกตประการสุดท้าย เมื่อการรอการกำหนดโทษและการรอการลงโทษจำคุกมีทั้งข้อดีและข้อเสียอยู่ในตัว การจะปรับใช้มาตรการนี้รัฐจึงควรตรึงตรองถึงข้อดีและข้อเสียของมาตรการนี้ประกอบกันด้วย จะพิจารณาถึงแต่ข้อดีโดยไม่พิจารณาถึงข้อเสียไม่ได้ และจะพิจารณาถึงแต่ข้อเสียโดยไม่พิจารณาถึงข้อดีไม่ได้เช่นเดียวกัน

⁴⁵ ตรงกันข้าม หากผู้กระทำความผิดถูกลงโทษจำคุก ในระหว่างที่ถูกลงโทษจำคุกนั้นผู้กระทำความผิดไม่มีโอกาสที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นๆ ในสังคม ตลอดจนไม่มีโอกาที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความสงบเรียบร้อยของสังคมได้.

4. บทสรุป

วัตถุประสงค์ซึ่งสามารถนำมาใช้เพื่ออธิบายว่า “การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุกมีขึ้นเพื่ออะไร” รวมถึง “รัฐปรับใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกเพื่ออะไร” ประกอบไปด้วย 1) เพื่อให้โอกาสกลับตัว 2) เพื่อคงไว้ซึ่งการศึกษาเล่าเรียน หน้าที่การทำงาน และสถาบันครอบครัว 3) เพื่อป้องกันพฤติกรรมเบี่ยงเบนถาวร 4) เพื่อป้องกันความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์กับสังคม 5) เพื่อแก้ไขฟื้นฟู 6) เพื่อหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกในความผิดที่ไม่ร้ายแรงโดยไม่จำเป็น 7) เพื่อหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกที่ไม่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดบางประเภท 8) เพื่อส่งเสริมความสำนึกถึงการกระทำความผิดและการพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น 9) เพื่อส่งเสริมความสมานฉันท์ 10) เพื่ออรรถประโยชน์เชิงเศรษฐกิจ 11) เพื่อลดจำนวนผู้กระทำความผิดที่จะต้องถูกส่งเข้าสู่ระบบเรือนจำ และ 12) เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรง

ในส่วนของการข้อสังเกตเกี่ยวกับมาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกมีอยู่ 4 ประการ ประการแรก แม้มาตรการนี้มีขึ้นด้วยวัตถุประสงค์หลักคือ เพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิดได้กลับตัวเป็นพลเมืองดีโดยที่ไม่ต้องมิมลทินติดตัว แต่รัฐได้ปรับใช้ (รวมถึงสามารถปรับใช้) มาตรการนี้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ ด้วย ประการที่สอง การที่รัฐปรับใช้มาตรการนี้เพื่อวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง ข้อดีที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดขึ้นเพียงข้อเดียวเท่านั้น หากแต่เกิดขึ้นหลายข้อ ประการที่สาม มาตรการนี้มีข้อเสียอยู่ 4 ประการใหญ่ๆ ได้แก่ (1) ความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหายและสังคม (2) ความไม่เชื่อมั่นและความไม่ศรัทธาในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (3) การแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดด้วยตนเอง และ (4) ความไม่ปลอดภัยแก่สังคม และประการสุดท้าย มาตรการนี้มีทั้งข้อดีและข้อเสียอยู่ในตัว การจะปรับใช้มาตรการนี้รัฐจึงควรตรึงตรองถึงข้อดีและข้อเสียของมาตรการนี้ประกอบกันด้วย

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2562.
- กรมราชทัณฑ์. พันธกิจ [Online]. Available URL: http://www.correct.go.th/?page_id=12214#, 2564 (พฤษภาคม, 31).
- _____. รายงานการประชุมคณะกรรมการราชทัณฑ์ ครั้งที่ 2/2563 [Online]. Available URL: <http://www.correct.go.th/wp-content/uploads/2021/01/รายงานการประชุมคณะกรรมการราชทัณฑ์-ครั้งที่2.pdf>, 2564 (พฤษภาคม, 31).
- _____. รายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ [Online]. Available URL: http://www.correct.go.th/rt103pdf/report_result.php?date=2021-05-02&report=, 2564 (พฤษภาคม, 11).
- กระทรวงยุติธรรม. ราชทัณฑ์แจ้งกรณีคุณภาพอาหารภายในเรือนจำ [Online]. Available URL: https://www.moj.go.th/view/49502?fbclid=IwAR1gwt9GhpaUOnpe0XfXBM4MhZkojzrp-HBpic8Xnlf3A_m2M961J3zi6Zo, 2564 (พฤษภาคม, 11).
- ข่าวสด. รมว.ยุติธรรมวอนอย่าตกใจยอดโควิดคุก ชี้ทางออกคือวัคซีน ตอบสร้างเรือนจำเพิ่ม [Online]. Available URL: https://www.khaosod.co.th/politics/news_6426871, 2564 (พฤษภาคม, 31).
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และธณกรณ์ บุญมี. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564.
- ธานี วรภัทร์. หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- ประชาชาติธุรกิจ. ติดเชื้อในเรือนจำ อย่าตกใจตัวเลข “สมศักดิ์” รมว.ยุติธรรมเผย [Online]. Available URL: <https://www.prachachat.net/general/news-680318>, 2564 (พฤษภาคม, 31).
- ฝ่ายประชาสัมพันธ์ กรมราชทัณฑ์. ราชทัณฑ์เผยยอดโควิด-19 พร้อมเตรียมฉีดวัคซีนแก่ผู้ต้องขังติดเชื้อ 3 มิ.ย. นี้. ข่าวประชาสัมพันธ์ กรมราชทัณฑ์ ฉบับลงวันที่ 2 มิถุนายน พ.ศ. 2564.
- พรชัย ชันดี. ทฤษฎีอาชญาวิทยา: หลักการ งานวิจัย และนโยบายประยุกต์. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สุนทรพิริล, 2553.

- วิกรม วรการ. การใช้ดุลพินิจการรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษ. รายงานผลงานส่วนบุคคลของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 6 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2551.
- วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์. “หลักเกณฑ์ใหม่ในการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษ.” **วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์** 6, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2560): 116.
- ศรัณยา สี่มา. ผู้ต้องขังล้นเรือนจำ [Online]. Available URL: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/article/article_20200608145458.pdf, 2564 (พฤษภาคม, 31).
- เสถียร วิชัยลักษณ์. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 พร้อมด้วยพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมทุกฉบับกับประกาศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนี้. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์นิติเวช, 2498.
- สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. (การบังคับโทษปรับ การรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษ และแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับโทษของผู้ใช้และผู้ถูกใช้) ส่วนที่ 2 ตารางเปรียบเทียบประมวลกฎหมายอาญากับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 57/2558 วันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2558 (อ.พ. 70/2558).
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. บรรณาธิการ โดย ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. พิมพ์ครั้งที่ 21 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- _____. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. อาชญาวินัยและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- Cressey, Donald R. “The Theory of Differential Association: An Introduction.” **Social Problems** 8, 1 (Summer 1960): 2-6.
- Ellwood, Charles A. “The Theory of Imitation in Social Psychology.” **American Journal of Sociology** 6, 6 (May 1901): 721-741.
- Maloku, Ahmet. “Theory of Differential Association.” **Academic Journal of Interdisciplinary Studies** 9, 1 (January 2020): 170-178.

Martindale, Don. **The Nature and Types of Sociological Theory**. Boston: Houghton Mifflin, 1960.

Packer, Herbert L. **The Limits of the Criminal Sanction**. California: Stanford University Press, 1968.

Sutherland, Edwin H. **Principles of Criminology**. 4th ed. Philadelphia: Lippincott, 1947.

World Health Organization. **WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard** [Online]. Available URL: <https://covid19.who.int/table>, 2021 (June, 2).

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่
ของพนักงานตรวจแรงงาน

รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสวรรค์ และคณะ

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน^{*}
Legal Problems about the Powers and Duties
of the Labor Inspection Officer

รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสุวรรณ^{**} และคณะ
Associate Professor Dr.Praphasri Buasawan et al.,

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแรงงานและอำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน ศึกษาปัญหาการใช้อำนาจตามกฎหมายของพนักงานตรวจแรงงานในการออกคำสั่ง รวมถึงการใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงาน ศึกษาสิทธิของนายจ้างในการฟ้องศาลและ

^{*}บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัยเรื่อง “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสถาบันวิจัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ. 2564 โดยมีรองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสุวรรณ เป็นหัวหน้าโครงการวิจัย ผู้ร่วมวิจัยประกอบด้วย รองศาสตราจารย์ ประโมทย์ จารุนิล, รองศาสตราจารย์ ดร.พันธ์เทพ วิฑิตอนันต์, รองศาสตราจารย์จตุพร วงศ์ทองสรรค์, รองศาสตราจารย์ประเทือง ธนียผล, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิลา ภักดิ์คง, อาจารย์ประวีณธิดา จารุนิล และอาจารย์นิติณัฐ อนุเวชชกมล.

This article is part of the research title “Legal Problems about the Powers and Duties of the Labor Inspection Officer”. This research is funded by Research and Development Institute, Ramkhamhaeng University, 2021. Associate Professor Dr.Praphasri Buasawan is the project leader. Co-Researcher are Associate Professor Pramote Jarunil, Associate Professor Dr.Phunthep Vititanane, Associate Professor Chatuphorn Vongthongson, Associate Professor Pratueng Thaniyapol, Assistant Professor Dr.Monticha Pakdeekong, Miss Praweethida jarunil and Mr.Nitinut Nuweswonggaman.

^{**}อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. สาขากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ด. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: pbuasawan@gmail.com

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. in Business Law, Ramkhamhaeng University; LL.D. Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 29 กันยายน 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 1 พฤศจิกายน 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 4 พฤศจิกายน 2564.

การอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน และศึกษาเพื่อหาแนวทางแก้ไขกฎหมาย แนวทางเกี่ยวกับกระบวนการกลั่นกรองคำสั่งและการใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงานด้วยวิธีการศึกษาวิจัยเชิงเอกสารและเชิงปริมาณโดยใช้การออกแบบสอบถาม ผลการวิจัย พบว่า พนักงานตรวจแรงงานเป็นเจ้าหน้าที่รัฐตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฯ) มีหน้าที่และอำนาจในการออกคำสั่งให้นายจ้างปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายในด้านต่างๆ ที่กฎหมายแรงงานกำหนดไว้ให้นายจ้างต้องปฏิบัติ โดยเฉพาะเมื่อมีการร้องเรียนของลูกจ้างในกรณีที่นายจ้างฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน รวมถึงกรณีที่นายจ้างจ่ายเงินให้กับลูกจ้างไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดไว้ด้วย การออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แต่กฎหมายคุ้มครองแรงงานได้กำหนดวิธีการเฉพาะไว้เกี่ยวกับการทบทวนคำสั่งทางปกครองในการออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานให้นายจ้างต้องจ่ายเงินที่ไม่ถูกต้องตามคำร้องของลูกจ้าง ตามมาตรา 125 และในการออกคำสั่งให้นายจ้างปฏิบัติให้ถูกต้องตามมาตรา 139 (3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ส่วนคำสั่งอื่นๆ ที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานไม่ได้กำหนดวิธีการเฉพาะไว้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์การทบทวนคำสั่งทางปกครอง มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

จากการศึกษา พบว่า วิธีการเฉพาะตามมาตรา 125 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่กำหนดให้นายจ้าง ลูกจ้าง หรือทายาทของลูกจ้างซึ่งถึงแก่ความตาย หากไม่พอใจคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานมีสิทธิที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล และให้ศาลแรงงานมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยนั้น เป็นปัญหาได้หากนายจ้างไม่พอใจคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานที่ให้นายจ้างจ่ายเงินให้ลูกจ้าง ในการประวิงคดีอาจก่อให้เกิดความล่าช้า และส่งผลกระทบต่อรายได้เงินตามสิทธิของลูกจ้างหรือทายาทของลูกจ้างซึ่งถึงแก่ความตายได้ นอกจากนี้ วิธีการเฉพาะตามมาตรา 139 (9) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่กำหนดให้นายจ้างอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานต่ออธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย โดยไม่ให้พนักงานตรวจแรงงานผู้ออกคำสั่งได้มีโอกาสทบทวนคำสั่งนั้นได้เอง เป็นปัญหาต่อพนักงานตรวจแรงงานในการปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจในการออกคำสั่ง รวมถึงการใช้ดุลพินิจซึ่งหากได้มีโอกาสทบทวนและแก้ไขคำสั่งได้เช่นเดียวกับการทบทวนคำสั่งตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะมีความเหมาะสม และเป็นผลให้เจ้าหน้าที่ได้กลั่นกรองคำสั่งของตนเองก่อนที่จะขึ้นสู่การพิจารณาของอธิบดี หรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย ในฐานะผู้บังคับบัญชาของพนักงานตรวจแรงงานโดยตรง จากการศึกษาปัจจุบัน พบว่า นายจ้าง ลูกจ้าง และพนักงานตรวจแรงงานส่วนใหญ่มีความรู้ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน เห็นด้วยกับการออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน และเห็นด้วยกับการอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานเพื่อให้มีการทบทวน รวมถึงเห็นด้วยหากในกระบวนการดำเนินการจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลแรงงาน

ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ คือ ควรปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 (แก้ไขเพิ่มเติมฯ) มาตรา 125 และมาตรา 141 ให้สอดคล้องกับการอุทธรณ์คำสั่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 โดยให้มีการอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานไปยังพนักงานตรวจแรงงานผู้ออกคำสั่ง และดำเนินการในกรอบระยะเวลาที่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดไว้ หากพนักงานตรวจแรงงานไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว จึงให้อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายดำเนินการต่อไปในกรอบระยะเวลาของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเช่นเดียวกัน ในการนำคดีขึ้นสู่ศาลอันเป็นขั้นตอนสุดท้ายนั้นเป็นอำนาจของศาลแรงงาน และควรจัดให้มีการอบรมให้ความรู้ด้านกฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กฎหมายอาญา และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของพนักงานตรวจแรงงานให้มากขึ้นด้วย

คำสำคัญ: พนักงานตรวจแรงงาน, อำนาจหน้าที่, คำสั่งทางปกครอง

Abstract

This research aimed to study laws related to labor and authorities and obligations of the labor inspector, to examine problems of authority exercising pursuant to the laws of the labor inspector in giving an instruction and discretion of the labor inspector, to investigate rights of the employers in filing a case in courts and appellation against the labor inspector's instruction, and to explore guidelines for law amendment related to the instruction screening process and discretion of the labor inspector. The study was conducted with documentary and quantitative research methods where a questionnaire was employed for data collection.

The findings revealed that the labor inspector is a government official according to the Labor Protection Act B.E. 2541 (1998) (amended), having authorities and obligations to give an instruction for employers to fully comply with labor laws in different aspects especially when a complaint from an employer is made in case the employer violates the Labor Protection Law. It includes a case that an employer fails to make payment to employees according to the Labor Protection Law. An instruction giving of the labor inspector is administrative pursuant to the laws on the administrative procedures. However, the Labor Protection Law determines specific methods pertaining to the administrative instruction review of the labor inspector for employers who fail to make correct payment by the employees' request pursuant to Section 125, and an instruction for the employers to fully abide by the Labor Protection Law in Section 139 (3). Meanwhile, other instructions are not specifically defined in accordance with the labor protection law, subjected to the principles of administrative instruction review under Section 44 of the Administrative Procedure Act B.E. 2539 (1996).

The study found that specific methods in Section 125 of the Labor Protection Law are defined that the employers, employees, or heirs of the deceased employees, who are not satisfied with the labor inspector's instruction may enter a lawsuit in a court and the labor court has authority to consider issuing a diagnosis. It is problematic when an employer is not satisfied with the labor inspector forcing the

employer to make payment to employees. It is the delay in cases which affect payment by rights of the employees or the heirs of deceased employees. Furthermore, a specific method pursuant to Section 139 (9) of the Labor Protection Law that an employer appealing against the labor inspector's instruction to the director general or an assigned provided that the labor inspector is not allowed to review that instruction is a problem to the labor inspector in discharging his duties under his instruction and discretion. If he was allowed to reconsider and revise the instruction as same as the review in accordance with the laws on the administrative procedures, it would be suitable that the official could screen his instruction before consideration by the director general or an assigned as the direct commander of the labor inspector. According to the present study found that the most employers, employees and labor inspectors have knowledge pursuant to the Labor Protection Act, and they agree to the instruction giving of the labor inspectors and appellation against the labor inspector's instruction. They also have an agreement with the proceedings entered as a case in the Labor Court.

The researcher has suggestions as follows: the Labor Protection Act B.E. 2541 (1998) (amended), Section 125 and Section 141 should be revised in consistence with the appellation against an instruction pursuant to the Administrative Procedures Act B.E. 2539 (1996), Section 44. The labor inspector's instruction should be appealed and proceeded in a timeframe specified by the Administrative Procedures Act. If a labor inspector disagrees to such appellation, the director general or an assigned should proceed in a timeframe according to the Administrative Procedures Act in entering a case to the court which is the final step under authority of the Labor Court. Additionally, a training related to the labor law, administrative procedures law, criminal law and other laws relevant to the labor inspector's operations should be provided.

Keywords: labor inspector, authorities and obligations, administrative order

1. บทนำ

แรงงานถือว่าเป็นส่วนหนึ่งในระบบเศรษฐกิจที่เป็นกลไกสำคัญอย่างหนึ่งในกระบวนการผลิตในระบบธุรกิจของภาคเอกชน แรงงานถูกพัฒนามาตั้งแต่ยุคกลาง และมีการพัฒนาขึ้นเรื่อยมาหลังจากที่ได้มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม¹ แม้ในอดีตที่ผ่านมาการใช้แรงงานจะเน้นการใช้กำลังร่างกายของคนทำงานเพื่อแลกกับค่าแรง ค่าจ้าง แต่แนวคิดเกี่ยวกับแรงงานในปัจจุบันไม่จำกัดอยู่ที่การใช้กำลังร่างกายเท่านั้น บุคคลที่มีความรู้ความสามารถมีการศึกษาในระดับสูงส่วนหนึ่งทำงานอยู่ในหน่วยงานธุรกิจภาคเอกชน การให้ความคุ้มครองด้านแรงงานจึงถูกพัฒนาขึ้น โดยกฎหมายเริ่มตั้งแต่การจัดหางาน ถึงการเข้าสู่ระบบของการทำงานในสถานประกอบการต่างๆ สำหรับประเทศไทย กฎหมายคุ้มครองแรงงานที่ใกล้ชิดกับลูกจ้างนั้น หลักๆ ได้แก่ กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายเงินทดแทน กฎหมายแรงงานสัมพันธ์ ส่วนกฎหมายประกันสังคมเป็นกฎหมายในส่วนของสวัสดิการภาคสังคมแต่ก็ดูแลลูกจ้างด้านสิทธิประโยชน์โดยลูกจ้างต้องประกันตนเองในระบบประกันสังคมด้วย ซึ่งเป็นสวัสดิการสังคมภาคบังคับสำหรับลูกจ้างทุกคน

เมื่อนายจ้างและลูกจ้างตกลงกัน โดยลูกจ้างตกลงทำงานให้และนายจ้างตกลงจ่ายค่าจ้าง สัญญาจ้างแรงงาน ย่อมเกิดและมีผลผูกพันก่อให้เกิดหนี้ในสัญญาต่างตอบแทน ลูกจ้างมีหน้าที่ทำงานตามหน้าที่และภาระงานที่นายจ้างมอบหมาย โดยกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 (แก้ไขเพิ่มเติมฯ) จะคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างและนายจ้างมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย สิทธิของลูกจ้างตามที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนด ได้แก่ สิทธิในการทำงานตามวันและเวลาที่นายจ้างกำหนด โดยนายจ้างจะกำหนดให้ทำงานเกินกว่าวันทำงานและเวลาทำงานที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ สิทธิในการได้ค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา และค่าทำงานในวันหยุดในกรณีที่ลูกจ้างทำงานล่วงเวลาหรือทำงานในวันหยุด สิทธิในการหยุด การลา สิทธิในการได้รับสวัสดิการจากนายจ้าง สิทธิในการได้รับค่าชดเชยหรือค่าชดเชยพิเศษหากมีการเลิกจ้างตามเงื่อนไขของกฎหมาย สิทธิในดอกเบี้ยหรือเงินเพิ่มหากนายจ้างไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้แก่ลูกจ้างภายในเวลาที่กำหนด

การให้สิทธิแก่ลูกจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานนี้ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ที่นายจ้างจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายด้วย ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับนายจ้างที่ฝ่าฝืนกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะกรณีที่นายจ้างฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายอันกระทบต่อสิทธิของลูกจ้าง กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดวิธีการสำหรับลูกจ้างเพื่อดำเนินการกับนายจ้างที่

¹ปภาศรี บัวสวรรค์, คำอธิบายกฎหมายแรงงานและประกันสังคม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561), หน้า 4.

ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยตามมาตรา 123 กำหนดให้ลูกจ้างหรือทายาท (กรณีลูกจ้างตาย) ยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงานในกรณีที่นายจ้างฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเกี่ยวกับสิทธิได้รับเงิน และประสงค์ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการตามกฎหมายให้ เมื่อลูกจ้างยื่นคำร้องแล้วให้พนักงานตรวจแรงงานทำการสอบสวนข้อเท็จจริงและมีคำสั่งภายใน 60 วันนับแต่วันที่รับคำร้องตามมาตรา 124 ซึ่งพนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจออกคำสั่งให้นายจ้างจ่ายเงินแก่ลูกจ้างได้หากเห็นว่านายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่าย ตามมาตรา 124 วรรคสอง เมื่อพิจารณาตามที่กฎหมายกำหนดดังที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายให้สิทธิแก่ลูกจ้างในการดำเนินการ ขณะเดียวกันก็ให้อำนาจเจ้าพนักงานเพื่อบังคับให้นายจ้างต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่ากฎหมายจะให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการออกคำสั่งให้นายจ้างต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา 125 ก็ได้กำหนดให้นายจ้าง ลูกจ้าง หรือทายาท (กรณีลูกจ้างตาย) ที่ไม่พอใจคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานสามารถนำคดีไปสู่ศาลได้ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ทราบคำสั่ง

สำหรับหน้าที่และอำนาจของพนักงานตรวจแรงงานนั้น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กำหนดไว้ในหมวดที่ 14 ว่า ด้วยพนักงานตรวจแรงงาน มาตรา 139 ถึงมาตรา 142 พนักงานตรวจแรงงานจึงมีอำนาจเข้าไปในสถานประกอบการเพื่อตรวจสอบสภาพการทำงานของลูกจ้าง และสภาพการจ้าง สามารถออกหนังสือสอบถามหรือเรียกนายจ้าง ลูกจ้าง หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาชี้แจง หรือให้ส่งของ ส่งเอกสารมาประกอบการพิจารณา สามารถมีคำสั่งเป็นหนังสือให้แต่ละฝ่ายปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายได้

การศึกษบทบัญญัติของกฎหมายจึงเห็นได้ว่า อำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงานนั้นเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับการออกคำสั่ง ในการออกคำสั่งนั้นแยกออกได้เป็น 2 ส่วน

ส่วนที่หนึ่ง คือ อำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการให้นายจ้างปฏิบัติตามลูกจ้างให้ถูกต้องเกี่ยวกับการจ่ายเงิน ในกรณีนี้ต้องมีคำร้องของลูกจ้างก่อน

ส่วนที่สอง คือ อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายให้สามารถดำเนินการได้เพื่อสามารถปฏิบัติตามคำร้อง กรณีนี้ถือได้ว่า พนักงานตรวจแรงงานเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา เพราะสามารถตรวจสอบข้อเท็จจริง เรียกบุคคลมาชี้แจง รวมถึงการออกคำสั่งเป็นหนังสือเพื่อให้เกิดการปฏิบัติให้ถูกต้อง

สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงานโดยเฉพาะอำนาจในการออกคำสั่งกฎหมายกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ นายจ้างหรือลูกจ้าง อุทธรณ์คำสั่งหรือร้องต่อศาลเกี่ยวกับคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานได้ โดยเฉพาะฝ่ายนายจ้าง ซึ่งผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่า ในกรณีที่นายจ้างฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับการเงินหรือไม่ก็ตาม กฎหมายกำหนดให้พนักงานตรวจแรงงานออกคำสั่งให้นายจ้างปฏิบัติได้ แต่กฎหมายก็กำหนดให้นายจ้างที่ไม่พอใจคำสั่งสามารถฟ้องศาลได้ตามมาตรา 125 หรืออุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจ

แรงงานต่ออธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายได้ตามมาตรา 141 ดังนี้ จะถือได้หรือไม่ว่าการที่นายจ้างฟ้องศาลหรืออุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานนั้น อาจจะใช้สิทธิตามกฎหมายเพื่อถ่วงเวลาในการจ่ายเงินอันกระทบต่อสิทธิของลูกจ้าง หรือเพื่อเป็นการอาศัยอำนาจศาลเพื่อชี้ขาดโดยละเอียดที่จะปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน ผู้วิจัยจึงมีปัญหามิทางกฎหมายว่า กฎหมายควรจะให้อำนาจเด็ดขาดแก่พนักงานตรวจแรงงานที่ตรวจสอบแล้วเห็นว่านายจ้างฝ่าฝืนกฎหมายจริงและออกคำสั่งให้นายจ้าง โดยนายจ้างมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามอย่างไม่มีข้อโต้แย้งหรือไม่หรือหากเห็นว่า การออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานอาจเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบแก่นายจ้างหรือลูกจ้าง กฎหมายควรกำหนดขั้นตอนกระบวนการในการกลั่นกรองคำสั่งนั้นก่อนหรือไม่ โดยไม่ต้องนำไปฟ้องศาลในส่วน of คำสั่งให้นายจ้างต้องปฏิบัติเกี่ยวกับการจ่ายเงิน และกรณีอำนาจในการออกคำสั่งเป็นหนังสือตามกฎหมายที่กฎหมายกำหนดให้สามารถอุทธรณ์คำสั่งนี้ต่ออธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายมีความเหมาะสมหรือไม่

ผู้วิจัยจึงตั้งปัญหาในการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายที่กำหนดอำนาจในการออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 หมวด 12 และหมวด 14 ได้แก่ ปัญหาคำสั่งพนักงานตรวจแรงงานกับคำสั่งทางปกครอง ปัญหาการฟ้องร้องหรือการอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานที่กำหนดให้นายจ้างสามารถฟ้องร้องหรืออุทธรณ์คำสั่งได้ ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงานในการออกคำสั่ง และปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการในการกลั่นกรองการออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน ซึ่งการวิจัยครั้งนี้จะนำไปสู่การแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิตามกฎหมายของลูกจ้างเมื่อนายจ้างฝ่าฝืนและไม่ปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานจนมีผลกระทบต่อสิทธิของลูกจ้างในด้านต่างๆ ซึ่งหากกฎหมายยังไม่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตรวจแรงงานอย่างเต็มที่ และยังกำหนดให้มีขั้นตอนกระบวนการที่ยับยั้ง หรือลดทอนต่อคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานได้โดยไม่ใช้ระบบกลั่นกรองการใช้ดุลพินิจ ย่อมไม่ก่อให้เกิดผลในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้ลูกจ้างได้รับสิทธิและประโยชน์ต่างๆ ตามกฎหมายได้อย่างแท้จริง

การวิจัยในครั้งนี้ผู้วิจัยจึงสนใจศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน โดยเฉพาะปัญหาการวิจัยดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น เพื่อนำไปสู่การกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหาและหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมมาปรับใช้ต่อไป

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับแรงงานและอำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน

2.2 เพื่อศึกษามาตรการกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแรงงานและอำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน

2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการใช้อำนาจตามกฎหมายของพนักงานตรวจแรงงานในการออกคำสั่ง รวมถึงการใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงาน

2.4 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาสิทธินายจ้างในการฟ้องศาลและการอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน

2.5 เพื่อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขกฎหมายและแนวทางเกี่ยวกับกระบวนการกลั่นกรองคำสั่งและการใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงาน

3. สมมติฐานการวิจัย

กฎหมายกำหนดให้พนักงานตรวจแรงงานมีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งให้นายจ้างต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน แต่กฎหมายได้กำหนดให้นายจ้างที่ไม่พอใจคำสั่งสามารถ ฟ้องศาลหรืออุทธรณ์คำสั่งได้ เป็นผลให้ลูกจ้างไม่ได้รับสิทธิและการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างแท้จริง

4. ขอบเขตการวิจัย

การศึกษาวิจัยครั้งนี้มุ่งศึกษาอำนาจหน้าที่และการปฏิบัติตามกฎหมายของพนักงานตรวจแรงงาน รวมถึงปัญหาอุปสรรคและข้อขัดข้องในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย และปัญหาการใช้ดุลพินิจ การศึกษาจึงมีขอบเขตของการศึกษาวิจัยความเป็นมา แนวคิดของกฎหมายแรงงาน กฎหมายปกครอง แนวคิดการตรวจแรงงาน ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

5. นิยามศัพท์เฉพาะ

อำนาจหน้าที่ หมายถึง อำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงานตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน

พนักงานตรวจแรงงาน หมายถึง เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนด

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

6.1 ทำให้ทราบประวัติความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับแรงงานและอำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน

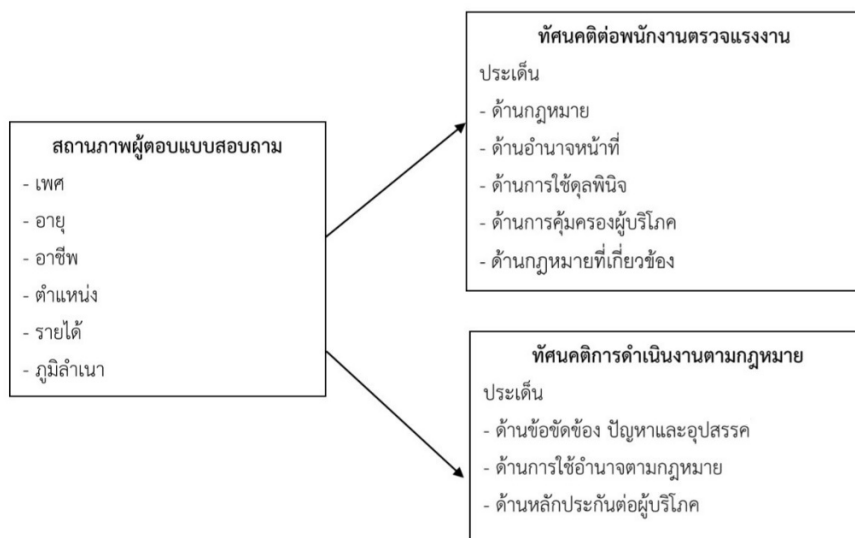
6.2 ทำให้ทราบมาตรการกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแรงงานและอำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน

6.3 ทำให้ทราบปัญหาการใช้อำนาจตามกฎหมายของพนักงานตรวจแรงงานในการออกคำสั่ง รวมถึงการใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงาน

6.4 ทำให้ทราบปัญหาสิทธิในจ้างในการฟ้องศาลและการอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน

6.5 ทำให้ได้ข้อเสนอแนะไปเป็นแนวทางในการกำหนดกฎหมายและกำหนดขั้นตอนกระบวนการกลั่นกรองคำสั่งและการใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงาน

7. กรอบแนวความคิดในการทำวิจัย



8. วิธีดำเนินการวิจัย

8.1 ประชากรและกลุ่มตัวอย่าง

การวิจัยครั้งนี้ใช้วิธีการวิจัยเชิงเอกสารและการวิจัยเชิงปริมาณ

การวิจัยเชิงเอกสาร ได้แก่ การวิจัยจากการศึกษาจากตำรา หนังสือ บทความ เอกสารที่เกี่ยวข้อง ข้อมูลในเว็บไซต์

การวิจัยเชิงปริมาณเป็นการวิจัยโดยกำหนดประชากรและกลุ่มตัวอย่าง ได้แก่ นายจ้าง ลูกจ้าง พนักงานตรวจแรงงาน โดยกำหนดกลุ่มตัวอย่างจากนายจ้าง 10 คน ลูกจ้าง 20 คน พนักงานตรวจแรงงาน 5 คน

นายจ้าง เป็นประชากรที่คัดเลือกมาจากกิจการที่เคยถูกร้องเรียนจากลูกจ้างและพนักงานตรวจแรงงานเคยมีคำสั่งให้ดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมาย ตรวจสอบรายชื่อกิจการที่ถูกร้องเรียนกระทรวงแรงงาน

ลูกจ้าง เป็นประชากรที่คัดเลือกมาจากกลุ่มลูกจ้างที่ทำงานทั่วไปกับกลุ่มลูกจ้างที่เคยร้องเรียนต่อพนักงานตรวจแรงงาน ตรวจสอบจากข้อมูลการร้องเรียนกระทรวงแรงงาน พนักงานตรวจแรงงาน เป็นประชากรที่เป็นเจ้าหน้าที่ประจำกระทรวงแรงงาน

8.2 เครื่องมือที่ใช้ในการวิจัย

เครื่องมือที่ใช้ในการวิจัยเป็นแบบสอบถาม Questionnaires ที่สร้างขึ้นตามวัตถุประสงค์และกรอบแนวคิดการวิจัยที่กำหนดขึ้น อันประกอบด้วย

ส่วนที่ 1 แบบสอบถามสำหรับนายจ้างมี 5 ส่วน ได้แก่ สถานภาพทั่วไป ความรู้ความเข้าใจกฎหมายแรงงาน ทศนคติต่อกฎหมายแรงงาน ทศนคติต่ออำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน และความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ

ส่วนที่ 2 แบบสอบถามสำหรับลูกจ้างมี 5 ส่วน ได้แก่ สถานภาพทั่วไป ความรู้ความเข้าใจกฎหมายแรงงาน ทศนคติต่อกฎหมายแรงงาน ทศนคติต่ออำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน และความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ

ส่วนที่ 3 แบบสอบถามสำหรับพนักงานตรวจแรงงาน มี 5 ส่วน ได้แก่ สถานภาพทั่วไป ความรู้ความเข้าใจกฎหมายแรงงานและกฎหมายปกครอง ทศนคติต่อกฎหมายแรงงาน ทศนคติต่อการดำเนินงานและอำนาจหน้าที่ และความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ

8.3 วิธีการตรวจสอบคุณภาพของเครื่องมือ

- 1) ตรวจสอบความเที่ยงตรงเชิงเนื้อหา โดยนำแบบสอบถามที่ได้เรียบเรียงแล้วไปให้ผู้ทรงคุณวุฒิ ได้แก่ ที่ปรึกษาการวิจัย เป็นผู้พิจารณา
- 2) ตรวจสอบโดยการทดสอบเบื้องต้น เพื่อปรับความชัดเจนของคำถามและแก้ไขให้เหมาะสม

8.4 วิธีการเก็บรวบรวมข้อมูล

วิธีการ คือ ผู้วิจัยและผู้ช่วยวิจัยนำแบบสอบถามไปเก็บข้อมูลจากกลุ่มตัวอย่างทั้งหมด 35 คน แล้วนำมาวิเคราะห์ข้อมูล

8.5 วิธีการวิเคราะห์ข้อมูล

ใช้วิธีการวิเคราะห์โดยใช้สถิติเชิงพรรณนา (Descriptive Statistics) เพื่ออธิบายข้อมูลสถานภาพโดยทั่วไปของกลุ่มตัวอย่าง โดยการแจกแจงความถี่นำเสนอข้อมูลด้วยตาราง ร้อยละ ค่าเฉลี่ย ($\bar{x}$)

ใช้วิธีการทดสอบความแตกต่างระหว่างค่าเฉลี่ยสำหรับ 2 กลุ่มที่เป็นอิสระต่อกัน (T-Test) และการวิเคราะห์ความแปรปรวนทางเดียว (One-Way ANOVA) สำหรับการเปรียบเทียบค่าเฉลี่ยมากกว่า 2 กลุ่ม

8.6 การประมวลผลข้อมูล

ใช้การประเมินผลข้อมูลด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูปสำหรับงานวิจัย (SPSS)

9. สรุปผลการวิจัย

ในการสรุปผลการวิจัยผู้วิจัยแบ่งเป็น 2 ส่วนตามวิธีการศึกษาเชิงเอกสารและเชิงปริมาณ ดังนี้

9.1 ผลการวิจัยเชิงเอกสาร

จากการศึกษา ความเป็นมา แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับพนักงานตรวจแรงงานสรุปได้ว่า พนักงานตรวจแรงงานเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจและหน้าที่ตามที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนด รวมถึงการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้าง ตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมายของนายจ้าง

ในกรณีที่นายจ้างฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองแรงงาน โดยที่เจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการให้มีเจ้าพนักงานเป็นเสมือนเครื่องมือและกลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างในด้านแรงงานอย่างมีประสิทธิภาพ ถือเป็นกระบวนการทางกฎหมายในขั้นแรกที่ลูกจ้างสามารถเข้าถึงและได้รับการดูแล กฎหมายกำหนดให้พนักงานตรวจแรงงานสามารถดำเนินการต่างๆ ได้ เช่น การออกคำสั่งให้นายจ้างต้องจ่ายเงินตามคำร้องของลูกจ้าง เข้าไปในสถานที่ประกอบการ เรียกตรวจเอกสารหรือบุคคลมาให้ปากคำ การออกคำสั่งให้นายจ้างปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน การสอบสวนข้อเท็จจริงและมีคำสั่งยึดอายัด ขยายทอดตลาดทรัพย์สินของนายจ้างกรณีที่เกี่ยวข้องกับการนำส่งเงินในกองทุนสงเคราะห์ลูกจ้าง เป็นต้น

การออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งในฐานะที่พนักงานตรวจแรงงานเป็นเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย กระบวนการพิจารณาการออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานขึ้นอยู่กับกฎหมาย 2 ฉบับ คือ กฎหมายคุ้มครองแรงงานและกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับความหมายของคำสั่งทางปกครอง² การทบทวนคำสั่งทางปกครองในฐานะที่เป็นคำสั่งระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งถือเป็นการกลั่นกรองการทำงานของเจ้าหน้าที่รัฐอย่างหนึ่ง ในการทบทวนคำสั่งทางปกครองของพนักงานตรวจแรงงานนั้น กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดวิธีการอุทธรณ์และการนำคดีขึ้นสู่ศาลไว้เป็นการเฉพาะ ได้แก่ คำสั่งตามมาตรา 139 (3) ให้นายจ้างปฏิบัติให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานและกำหนดให้นายจ้างสามารถอุทธรณ์คำสั่งได้ตามมาตรา 141 และคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานที่ให้นายจ้างจ่ายเงินให้แก่ลูกจ้างตามคำร้องของลูกจ้างตามมาตรา 124 ซึ่งกรณีนี้กฎหมายกำหนดให้นายจ้าง ลูกจ้างหรือทายาทของลูกจ้างที่ไม่พอใจคำสั่งของนายจ้างสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ตามมาตรา 125 กรณีดังกล่าวนี้ จึงก่อให้เกิดปัญหาโดยเฉพาะคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานเกี่ยวกับการจ่ายเงินของนายจ้างเมื่อนายจ้างสามารถใช้สิทธิฟ้องศาลเมื่อไม่พอใจคำสั่งได้ อาจทำให้นายจ้างที่ได้รับคำสั่งจากพนักงานตรวจแรงงานนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อประวิงการจ่ายเงิน และก่อให้เกิดผลกระทบต่อลูกจ้างที่ได้รับความเดือดร้อนได้รับเงินล่าช้าและหากเนิ่นนานไปย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกจ้างมากขึ้น ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาปัญหานี้และเห็นว่าควรนำวิธีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้ด้วยการอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อพนักงานตรวจแรงงานผู้ออกคำสั่งเพื่อให้ทบทวนก่อน หากไม่เป็นผลให้นำไปสู่ขั้นตอนการอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาต่อไป ซึ่งหากกฎหมายคุ้มครองแรงงานจะเร่งรัดการดำเนินงานให้เป็นประโยชน์ต่อลูกจ้างควรกำหนดเวลาสำหรับการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวนี้เป็นการเฉพาะ วิธีการเช่นนี้ควรใช้รวมถึงการทบทวนการใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงานใน

²ชาญชัย แสวงศักดิ์, กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 183.

การออกคำสั่งด้วย โดยพิจารณาหลักต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หลักความสมควรแก่เหตุภายใต้หลักความเหมาะสมและความจำเป็น ประกอบการทบทวนการใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงาน

9.2 ผลการวิจัยเชิงปริมาณ

แบ่งออกเป็นผลการวิจัยกรณีนายจ้าง ลูกจ้าง และพนักงานตรวจแรงงาน

1) กรณีนายจ้าง

(1) ข้อมูลทั่วไปของนายจ้าง จากกลุ่มตัวอย่าง 17 ราย ส่วนใหญ่เป็นเพศชาย มีอายุ 26-35 ปี เป็นหัวหน้างาน จำนวน 10 คน ประกอบกิจการในครอบครัว จำนวน 11 คน ลูกจ้าง 10 คนขึ้นไป

(2) ความรู้ความเข้าใจกฎหมายแรงงานของนายจ้าง จากการศึกษาพบว่า นายจ้างมีความรู้เกี่ยวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มีค่าเฉลี่ยสูงสุด 3.18 รองลงมา คือ นายจ้างทราบเกี่ยวกับสภาพบังคับของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ทราบเกี่ยวกับขั้นตอนการอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานและจะให้ที่ปรึกษาทางด้านกฎหมายแรงงานดำเนินการทั้งหมดหากมีข้อพิพาทกับลูกจ้าง มีค่าเฉลี่ย 3.12 ส่วนที่นายจ้างทราบว่า กฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งและใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงานต่อนายจ้าง อยู่ระดับค่าเฉลี่ยปานกลาง 3.06 และทราบถึงกระบวนการต่างๆ ตามกฎหมายในชั้นศาล อยู่ในระดับน้อย อยู่ในระดับค่าเฉลี่ย 2.94

(3) ทศนคติของนายจ้างต่อกฎหมายแรงงาน จากการศึกษาพบว่า นายจ้างคิดว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานให้ความเป็นธรรมทั้งต่อนายจ้างและลูกจ้าง มีค่าเฉลี่ยสูงสุด 3.53 รองลงมา คือ นายจ้างคิดว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดหน้าที่ของนายจ้างอย่างเหมาะสม มีค่าเฉลี่ย 3.29 นายจ้างเห็นด้วยกับการกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงและเห็นด้วยกับกฎหมายในการกำหนดให้สามารถอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานได้ อยู่ในระดับปานกลางค่าเฉลี่ย 3.24

(4) ทศนคติต่ออำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน จากการศึกษาพบว่า นายจ้างเห็นด้วยกับการกำหนดให้นายจ้างและลูกจ้างใช้สิทธิทางศาลเกี่ยวกับการออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน มีค่าเฉลี่ยสูงสุด 3.53 รองลงมาคือ นายจ้างเห็นด้วยกับการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงานในฐานะเจ้าพนักงานตามกฎหมายเห็นด้วยหากพนักงานตรวจแรงงานจะใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งให้ต้องปฏิบัติเห็นด้วยหากพนักงานตรวจแรงงานเรียกบุคคลเพื่อให้ปากคำชี้แจง มีค่าเฉลี่ย 3.41 ส่วนที่นายจ้างเห็นด้วยกับอำนาจของพนักงานตรวจแรงงานในการตรวจสอบข้อเท็จจริงต่างๆ ตามคำร้องของลูกจ้าง เห็นด้วยหากพนักงานตรวจแรงงานใช้อำนาจเรียกขอ

ตรวจสอบเอกสาร มีค่าเฉลี่ย 3.53 และเห็นด้วยหากพนักงานตรวจแรงงานใช้อำนาจเข้าตรวจค้นสถานประกอบการ มีค่าเฉลี่ย 3.29

2) กรณีลูกจ้าง

(1) ข้อมูลทั่วไปของลูกจ้าง จากกลุ่มตัวอย่าง 23 ราย ส่วนใหญ่เป็นเพศชาย จำนวน 16 คนอายุ 36-45 ปี เป็นลูกจ้างรายวัน จำนวน 20 คน ส่วนใหญ่นายจ้างประกอบกิจการส่วนตัว จำนวน 22 คน และส่วนใหญ่ทำงานในสถานประกอบการที่มีลูกจ้าง 10-50 คน

(2) ความรู้ความเข้าใจกฎหมายแรงงานของลูกจ้าง จากการศึกษาพบว่า ลูกจ้างมีความรู้เกี่ยวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มีค่าเฉลี่ยสูงสุด 3.78 รองลงมาคือลูกจ้างทราบเกี่ยวกับสภาพบังคับของกฎหมายคุ้มครองแรงงานค่าเฉลี่ยเท่ากับ 3.57 หากมีข้อพิพาทกับนายจ้างลูกจ้างจะให้ที่ปรึกษาทางด้านกฎหมายแรงงานดำเนินการ มีค่าเฉลี่ย 3.52 ลูกจ้างทราบเกี่ยวกับขั้นตอนการอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน มีค่าเฉลี่ย 3.39 ลูกจ้างทราบถึงกระบวนการต่างๆ ตามกฎหมายในชั้นศาล และทราบว่ากฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งและใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงานต่อนายจ้าง มีค่าเฉลี่ย 3.30 และ 3.26 ตามลำดับ

(3) ทศนคติต่อกฎหมายแรงงานของลูกจ้าง จากการศึกษาพบว่า คิดว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานให้ความเป็นธรรมทั้งต่อนายจ้างและลูกจ้าง มีค่าเฉลี่ยสูงสุด 3.57 รองลงมาคือคิดว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดสิทธิของลูกจ้างอย่างเหมาะสม ค่าเฉลี่ยเท่ากับ 3.52 ลูกจ้างเห็นด้วยกับกฎหมายในการกำหนดให้สามารถอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานได้ ค่าเฉลี่ยเท่ากับ 3.43 และคิดว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงสำหรับนายจ้าง มีค่าเฉลี่ย 3.39

(4) ทศนคติต่ออำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงานของลูกจ้าง จากการศึกษาพบว่า ลูกจ้างเห็นด้วยหากพนักงานตรวจแรงงานเรียกบุคคลเพื่อให้ปากคำชี้แจง มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 3.65 รองลงมา คือ ลูกจ้างเห็นด้วยกับการกำหนดให้นายจ้างและลูกจ้างใช้สิทธิทางศาลเกี่ยวกับการออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 3.61 ส่วนทัศนคติอื่นๆ ได้แก่ ลูกจ้างเห็นด้วยกับการให้สิทธิของนายจ้างในการอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน มีค่าเฉลี่ย 3.57 เห็นด้วยกับอำนาจของพนักงานตรวจแรงงานในการตรวจสอบข้อเท็จจริงตามคำร้องของลูกจ้าง มีค่าเฉลี่ย 3.39 เห็นด้วยหากพนักงานตรวจแรงงานใช้อำนาจเรียกขอตรวจสอบเอกสารของนายจ้างและเห็นด้วยกับการให้สิทธิลูกจ้างตามกฎหมายในการอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน มีค่าเฉลี่ย 3.35 เห็นด้วยหากพนักงานตรวจแรงงานจะใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งให้ต้องปฏิบัติและเห็นด้วยหากพนักงานตรวจแรงงานใช้อำนาจเข้าตรวจค้นสถานประกอบการของนายจ้าง มีค่าเฉลี่ย 3.26 และ 3.22 ตามลำดับ

3) กรณีพนักงานตรวจแรงงาน

(1) ข้อมูลทั่วไปพนักงานตรวจแรงงาน จากกลุ่มตัวอย่าง 17 ราย เป็นเพศชาย จำนวน 10 คน อายุ 26 - 45 ปี

(2) ความรู้และความเข้าใจกฎหมายแรงงานของพนักงานตรวจแรงงาน จากการศึกษาพบว่า พนักงานตรวจแรงงานเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจในการออกคำสั่งและใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงานต่อนายจ้าง มีค่าเฉลี่ยสูงสุด 3.78 รองลงมา คือ เข้าใจสภาพบังคับของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 3.72 พนักงานตรวจแรงงานมีความรู้และเป็นผู้ปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มีค่าเฉลี่ยเท่ากับ 3.67 มีความเข้าใจเกี่ยวกับขั้นตอนการอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานและเข้าใจถึงกระบวนการต่างๆ ตามกฎหมายในชั้นศาล มีค่าเฉลี่ย 3.61 และ 3.39 ตามลำดับ

(3) ทศนคติต่อกฎหมายแรงงานของพนักงานตรวจแรงงาน จากการศึกษาพบว่า เห็นด้วยกับกฎหมายในการกำหนดให้สามารถอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานได้ มีค่าเฉลี่ยสูงสุด 4.17 รองลงมา คือ คิดว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานให้เป็นธรรมทั้งต่อนายจ้างและลูกจ้างค่าเฉลี่ยเท่ากับ 3.61 คิดว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดสิทธิของลูกจ้างอย่างเหมาะสม และเห็นด้วยกับบทลงโทษที่รุนแรงสำหรับนายจ้าง ค่าเฉลี่ยเท่ากับ 3.39

(4) ทศนคติต่ออำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงาน จากการศึกษาพบว่า พนักงานตรวจแรงงานเห็นด้วยหากพนักงานตรวจแรงงานเรียกบุคคลเพื่อให้ปากคำหรือชี้แจงและเห็นด้วยกับการให้สิทธิลูกจ้างตามกฎหมายในการอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน มีค่าเฉลี่ยสูงสุด 4.22 รองลงมา คือ พนักงานตรวจแรงงานเห็นด้วยกับการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงานในฐานะเจ้าพนักงานตามกฎหมายและเห็นด้วยหากพนักงานตรวจแรงงานเรียกบุคคลเพื่อให้ปากคำหรือชี้แจง ค่าเฉลี่ยเท่ากับ 4.17 ส่วนทัศนคติอื่นๆ ได้แก่ เห็นด้วยกับการให้สิทธินายจ้างในการอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน มีค่าเฉลี่ย 4.06 เห็นด้วยกับการกำหนดให้นายจ้างและลูกจ้างใช้สิทธิทางศาลเกี่ยวกับการออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน มีค่าเฉลี่ย 4.00 เห็นด้วยหากพนักงานตรวจแรงงานจะใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งให้ต้องปฏิบัติ และ เห็นด้วยหากพนักงานใช้อำนาจเข้าตรวจค้นสถานประกอบการของนายจ้าง มีค่าเฉลี่ย 3.83 และเห็นด้วยกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานตรวจแรงงานในการตรวจสอบข้อเท็จจริงต่างๆ ตามคำร้องของลูกจ้าง มีค่าเฉลี่ย 3.38

(5) ความเห็นของพนักงานตรวจแรงงาน ส่วนใหญ่เห็นว่าพนักงานตรวจแรงงานที่ปฏิบัติงานอยู่ไม่ใช่นักกฎหมาย และบางส่วนไม่มีความรู้ทางกฎหมาย หน่วยงานควรจัดการอบรมและให้ความรู้ด้านกฎหมายคุ้มครองแรงงานให้มากขึ้น

9.3 อภิปรายผลการศึกษาวิจัยเชิงปริมาณ

จากการศึกษาวิจัยแสดงให้เห็นผลการศึกษาของนายจ้างในด้านความรู้ความเข้าใจกฎหมายแรงงาน สรุปได้ว่านายจ้างส่วนใหญ่มีความรู้เกี่ยวกับ พ.ร.บ. คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และทราบเกี่ยวกับสภาพบังคับของกฎหมายโดยนายจ้างมีความคิดว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานให้

ความเป็นธรรมทั้งต่อนายจ้างและคิดว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดหน้าที่ของนายจ้างอย่างเหมาะสมแล้ว นายจ้างทราบว่าพนักงานตรวจแรงงานสามารถออกคำสั่งให้นายจ้างปฏิบัติให้ถูกต้อง และเห็นด้วยกับการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของพนักงานตรวจแรงงานในฐานะเจ้าพนักงาน หากพนักงานตรวจแรงงานจะใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งให้ต้องปฏิบัติ นายจ้างก็เห็นด้วยที่จะให้พนักงานตรวจแรงงานเรียกบุคคลเพื่อให้ปากคำชี้แจงการตรวจสอบข้อเท็จจริงการเรียกขอตรวจสอบเอกสารการเข้าตรวจค้นสถานประกอบการซึ่งนายจ้างก็ทราบว่าสามารถอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานได้ โดยนายจ้างยังเห็นด้วยกับการกำหนดให้นายจ้างและลูกจ้างใช้สิทธิทางศาลเกี่ยวกับการออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน เมื่อมีปัญหาทางด้านกฎหมายจะให้ที่ปรึกษาทางด้านกฎหมายแรงงานดำเนินการทั้งหมดโดยเฉพาะกรณีที่มีข้อพิพาทกับลูกจ้าง

ในส่วนของลูกจ้างผลการศึกษาแสดงให้เห็นว่า ลูกจ้างมีความรู้เกี่ยวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยคิดว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานให้ความเป็นธรรมทั้งต่อนายจ้างและกฎหมายกำหนดสิทธิของลูกจ้างอย่างเหมาะสม ลูกจ้างทราบเกี่ยวกับสภาพบังคับของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ลูกจ้างเห็นด้วยกับอำนาจของพนักงานตรวจแรงงานในการเรียกบุคคลเพื่อให้ปากคำชี้แจง เห็นด้วยกับกฎหมายในการกำหนดให้นายจ้างสามารถอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานและการใช้สิทธิทางศาลเกี่ยวกับการออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานซึ่งเป็นประโยชน์กับลูกจ้างในกรณีที่ลูกจ้างไม่พอใจคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานหรือเห็นว่าคำสั่งที่ให้นายจ้างจ่ายเงินตามกฎหมายยังไม่เป็นธรรมกับลูกจ้างเท่าที่ควร และหากมีข้อพิพาทกับนายจ้างลูกจ้างจะให้ที่ปรึกษาทางด้านกฎหมายแรงงานดำเนินการ

ผลการศึกษาส่วนของพนักงานตรวจแรงงานแสดงให้เห็นว่า พนักงานตรวจแรงงานเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจในการออกคำสั่งและใช้ดุลพินิจของพนักงานตรวจแรงงานต่อนายจ้าง เข้าใจสภาพบังคับของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน แต่มีความรู้ในการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 น้อย ซึ่งสอดคล้องกับความคิดเห็นของพนักงานตรวจแรงงานที่ตอบแบบสอบถามว่าส่วนใหญ่ไม่ใช่นักกฎหมาย บางส่วนไม่มีความรู้ทางกฎหมาย หน่วยงานควรจัดการอบรมและให้ความรู้ด้านกฎหมายคุ้มครองแรงงานให้มากขึ้น อย่างไรก็ตาม พนักงานตรวจแรงงานมีความเข้าใจและเห็นด้วยกับอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนด โดยเฉพาะการให้อำนาจในการเรียกบุคคลเพื่อให้ปากคำหรือชี้แจง และเห็นด้วยกับกฎหมายที่ให้สิทธิ นายจ้างอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานได้

10. ข้อเสนอแนะ

10.1 ในการออกคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานเป็นคำสั่งทางปกครอง ผู้วิชัยเห็นว่า ควรนำหลักเกณฑ์การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาปรับใช้ จึงควรแก้ไขมาตรา 125 โดยแก้ไขจากเดิม “เมื่อพนักงานตรวจแรงงานได้มีคำสั่งตามมาตรา 124 แล้ว ถ้า นายจ้าง ลูกจ้าง หรือทายาทโดยธรรมของลูกจ้างซึ่งถึงแก่ความตายไม่พอใจคำสั่งนั้นให้นำคดีไปสู่ศาลได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันทราบคำสั่ง” เป็นกำหนดว่า “เมื่อพนักงานตรวจแรงงานได้มีคำสั่งตามมาตรา 124 แล้ว ถ้านายจ้าง ลูกจ้าง หรือทายาทโดยธรรมของลูกจ้างซึ่งถึงแก่ความตายไม่พอใจคำสั่งนั้น ให้อุทธรณ์คำสั่งต่อเจ้าพนักงานตรวจแรงงานผู้ออกคำสั่งภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งแจ้งคำสั่ง ให้พนักงานตรวจแรงงานพิจารณาคำอุทธรณ์ และแจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้าแต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนภายในกำหนดเวลาดังกล่าว

ในกรณีที่พนักงานตรวจแรงงานไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้เสนอต่ออธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายพิจารณาคำอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน ในการทบทวนคำสั่งดังกล่าวนี้ ให้อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานตามความเหมาะสม เพื่อความเป็นธรรมแก่นายจ้างและเป็นประโยชน์ลูกจ้าง หรือทายาทโดยธรรมของลูกจ้างซึ่งถึงแก่ความตาย”

10.2 กระบวนการกลั่นกรองคำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน เป็นการทบทวนคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งซึ่งควรสอดคล้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง เพราะมีบทบัญญัติที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ได้มีโอกาสทบทวนคำสั่งของตนเองก่อนที่จะดำเนินการขั้นตอนอื่นต่อไป ดังนั้น จึงควรแก้ไขมาตรา 141 โดยแก้ไขจากเดิม “คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน ตามมาตรา 139 (3) ให้ผู้อุทธรณ์ต่ออธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดในคำสั่ง และให้อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายพิจารณาคำอุทธรณ์และแจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ คำวินิจฉัยของอธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายดังกล่าวให้เป็นที่สุด” เป็น “คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงาน ตามมาตรา 139 (3) การอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานตรวจแรงงานทั้งในเรื่องการพิจารณาอุทธรณ์ การทบทวนคำสั่ง การเพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงคำสั่ง ให้เป็นไปตามข้อกำหนด เงื่อนไข วิธีปฏิบัติ ตามที่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดไว้ ในการนี้ หากมีกรณีไม่พอใจผลของการอุทธรณ์ดังกล่าว ให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลแรงงานต่อไป

10.3 จากการศึกษาเพื่อสอบถามข้อมูลจากพนักงานตรวจแรงงานทำให้ทราบว่า พนักงานตรวจแรงงานไม่มีความรู้ทางด้านกฎหมายแรงงาน ทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติงานตามหน้าที่และ

อำนาจที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดไว้ ผู้วิจัยจึงเสนอแนะให้กำหนดคุณสมบัติของพนักงานตรวจแรงงานโดยต้องเป็นผู้มีความรู้ทางด้านกฎหมายแรงงานด้วย ไม่ว่าจะจบการศึกษาระดับปริญญาตรีทางด้านนิติศาสตร์หรือมีประกาศนียบัตรที่ผ่านการอบรมความรู้ทางด้านกฎหมายแรงงานจากสถาบันที่ได้รับการยอมรับ และควรจัดอบรมและให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายแรงงาน โดยเฉพาะพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 (แก้ไขเพิ่มเติม 2562) กฎหมายปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับพนักงานตรวจแรงงาน เช่น กฎหมายอาญา เพราะพนักงานตรวจแรงงานถือเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายอาญาด้วย การอบรมดังกล่าวเพื่อให้พนักงานตรวจแรงงานมีความรู้ ความเข้าใจในอำนาจหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติงานมากขึ้น และเพื่อให้การปฏิบัติงานของพนักงานตรวจแรงงานมีประสิทธิภาพ ประสิทธิผลสามารถดูแลรักษาประโยชน์ของลูกจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานที่ต้องการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างอย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

- กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม. กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน. สัมภาษณ์ผู้อำนวยการกองนิติการ, 2 พฤษภาคม 2543.
- กลุ่มงานนิติการและใกล้เคียงประนอมข้อพิพาทสำนักงานประจำศาลแรงงานภาค 5. **รวมกฎหมายแรงงาน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พิมพ์อักษร, 2559.
- กองคุ้มครองแรงงาน. กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน. กระทรวงแรงงาน. **คู่มือการตรวจแรงงาน**. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท, 2544.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540.
- ปภาศรี บัวสวรรค์. **คำอธิบายกฎหมายแรงงานและประกันสังคม**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561.
- นิคม จันทริวิฑูร. “แรงงาน.” **จดหมายข่าวราชบัณฑิตยสถาน** 3, 25 (มิถุนายน 2536).
- สิงห์ทอง บัวชุม. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท เดอะเบสท์ เซ็นเตอร์ อินเทอร์เน็ต กรุ๊ป จำกัด, 2551.
- สมศักดิ์ สามัคคีธรรม. **การสถาปนาอำนาจของผู้ใช้อำนาจ** [Online]. Available URL: <https://saiiews.blogspot.com/2013/07/blog-post.html>, 2564 (พฤษภาคม, 17).
- สมยศ นาวิการ. **การบริหารและพฤติกรรมองค์การ** [Online]. Available URL: <https://www.oocities.org/vinaip/articles/power.htm>, 2564 (พฤษภาคม, 18).
- ลัก กอแสงเรือง และบุญทรง พุกษาพงษ์. **รวมคำบรรยายกฎหมายแรงงาน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2554.
- สุดาศิริ วดวงศ์. **คุ้มครองแรงงาน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2538.

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ:
การพิจารณาพิสูจน์ของโจทก์กับบทบัญญัติที่สันนิษฐานว่า
เป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษ
ประเภท 1

นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์
พ้นเลิศ เอกบรมสิริ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ: ภาระการพิสูจน์ของโจทก์กับบทบัญญัติที่สันนิษฐานว่า เป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1

นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์*

Nitinant Bruranajroenrak

พันเลิศ เอกบรมสิริ**

Phanloet Ekboromsiri

การดำเนินคดีอาญาภายหลังที่พนักงานอัยการยื่นฟ้องจำเลยต่อศาลแล้ว เมื่อพนักงานอัยการโจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำความผิดจึงมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยโดยปราศจากความสงสัยตามสมควรว่า จำเลยได้กระทำความผิดจริง และศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยได้ต่อเมื่อแน่ใจว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227¹ หลักดังกล่าวนำมาใช้กับการสืบพยานในคดียาเสพติดด้วย เพราะพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่บัญญัติเรื่องภาระการพิสูจน์ของโจทก์ ดังนั้น การสืบพยานในคดียาเสพติดจึงต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550² ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว สำหรับประเด็นเรื่องภาระการพิสูจน์ในคดียาเสพติดที่เป็นปัญหาในคดี คือ ภาระการพิสูจน์ของโจทก์กับ

*อัยการประจำกองสำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีอาญา 1; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: nitinantattomey@hotmail.com

Divisional Public Prosecutor, Executive Director's Office of Criminal Litigation 1; LL.B. Ramkhamhaeng University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. Ramkhamhaeng University.

**อัยการจังหวัดผู้ช่วยสำนักงานอัยการจังหวัดแม่ฮ่องสอน; น.บ. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ (เกียรตินิยมอันดับสอง), น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: thephanloet@hotmail.com

Assistant Provincial Public Prosecutor, Office of Mae Sariang Provincial Public Prosecution; LL.B. (second class honors) Chiang Mai University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. Ramkhamhaeng University.

¹โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), หน้า 1-2.

²“พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 9 ก (14 มกราคม 2541): 45.

บทบัญญัติที่สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522³ มาตรา 15 ซึ่งเป็นปัญหาว่า ในกรณีที่จำเลยมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองที่ปริมาณที่กฎหมายกำหนดซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 นั้น โจทก์ยังมีภาระการพิสูจน์ว่า จำเลยมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ส่วนจำเลยไม่มีภาระการพิสูจน์หลักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว หรือโจทก์เพียงแต่พิสูจน์ว่าจำเลยมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองตามปริมาณที่ต้องด้วยข้อสันนิษฐานตามกฎหมายเท่านั้น ส่วนจำเลยมีภาระการพิสูจน์หลักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายดังกล่าว

สำหรับปัญหานี้ ผู้เขียนขอยกคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1047/2563 เป็นกรณีศึกษาโดยวิเคราะห์หลักกฎหมาย แนวคิดของนักนิติศาสตร์ เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1047/2563 ได้วินิจฉัยไว้ดังนี้

ข้อเท็จจริง: ก่อนเกิดเหตุเจ้าพนักงานตำรวจได้รับข้อมูลจากผู้ต้องหารายอื่นขัดทอดว่าไปรับเมทแอมเฟตามีนจากจำเลย และได้รับข้อมูลว่า จำเลยมีพฤติการณ์ยุ่งเกี่ยวกับยาเสพติด โดยทำหน้าที่เป็นคนกลางคอยรับส่งเมทแอมเฟตามีนให้แก่ลูกค้า วันเกิดเหตุเวลาประมาณ 12 นาฬิกา เจ้าพนักงานตำรวจพร้อมพวกออกตรวจท้องที่พบจำเลยยืนอยู่ริมถนนภายในหมู่บ้าน จำเลยมีท่าทางคล้ายจะหลบหนี เจ้าพนักงานตำรวจจึงแสดงตนเป็นเจ้าพนักงานตำรวจขอตรวจค้น จากการตรวจค้นพบเมทแอมเฟตามีน 2 เม็ดบรรจุในถุงพลาสติกใสแบบรูดปิดเปิด อยู่ในกำมือข้างขวาของจำเลย จำเลยรับว่า เมทแอมเฟตามีนดังกล่าวเป็นของตนเอง โดยรับมาจากคนร้ายไม่ทราบชื่อสกุลจริง หลังจากนั้นเจ้าพนักงานตำรวจจึงให้จำเลยโทรศัพท์ติดต่อล่อซื้อเมทแอมเฟตามีนจากคนร้ายจนสามารถจับกุมคนร้ายได้ และเจ้าพนักงานตำรวจร่วมกันจับกุมจำเลยและให้จำเลยพาไปตรวจค้นบ้านของจำเลยพบเมทแอมเฟตามีน 14 เม็ด ซุกซ่อนอยู่ใต้ผ้าห่ม บริเวณเพิงข้างบ้าน จำเลยรับว่า เมทแอมเฟตามีนดังกล่าวเป็นของตนมีไว้เพื่อเสพ บางครั้งนำไปแบ่งขายให้เพื่อน เจ้าพนักงานตำรวจแจ้งข้อหาแก่จำเลยว่ามีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย จำเลยให้การรับสารภาพ เจ้าพนักงานตำรวจร่วมกันจับกุมจำเลยพร้อมเมทแอมเฟตามีนของกลางนำส่งพนักงานสอบสวนในชั้นสอบสวน เมทแอมเฟตามีนของกลางตรวจพิสูจน์แล้ว คำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ได้ 0.49 กรัม

³ “พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 96 ตอนที่ 63 ฉบับพิเศษ (27 เมษายน 2522): 40.

พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหาแก่จำเลยว่า เสพเมทแอมเฟตามีนและมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาต จำเลยให้การรับสารภาพ

พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยฐานเสพเมทแอมเฟตามีนและมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาต และขอให้ริบเมทแอมเฟตามีนของกลางตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 4, 7, 8, 15, 57, 66, 91, 102 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 32, 91

จำเลยให้การรับสารภาพข้อหาเสพเมทแอมเฟตามีน และมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต แต่ปฏิเสธว่ามีได้มีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย

กฎหมายที่เกี่ยวข้อง: พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15

คำพิพากษาศาลชั้นต้น: จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง, 57, 67, 91 การกระทำของจำเลยเป็นความผิดกรรมต่างกัน ให้ลงโทษทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91

ฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต จำคุก 2 ปี 6 เดือน และปรับ 50,000 บาท

ฐานเสพเมทแอมเฟตามีน จำคุก 6 เดือน และปรับ 15,000 บาท

จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 ให้กระทงละกึ่งหนึ่ง

ฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต คงจำคุก 1 ปี 3 เดือน และปรับ 25,000 บาท

ฐานเสพเมทแอมเฟตามีน คงจำคุก 3 เดือน และปรับ 7,500 บาท

รวมจำคุก 1 ปี 6 เดือน และปรับ 32,500 บาท โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้มีกำหนด 2 ปี ให้คุมความประพฤติของจำเลยเป็นเวลา 1 ปี โดยให้จำเลยไปรายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติ 4 ครั้ง ตามเงื่อนไขและระยะเวลาที่พนักงานคุมประพฤติกำหนด ห้ามจำเลยเกี่ยวข้องกับยาเสพติดให้โทษทุกชนิด กับให้จำเลยกระทำกิจกรรมบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์ตามที่พนักงานคุมประพฤติเห็นสมควรเป็นเวลา 24 ชั่วโมง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ไม่ชำระค่าปรับให้จัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30

ข้อหาอื่นให้ยก

โจทก์อุทธรณ์: การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายและขอให้ริบเมทแอมเฟตามีนของกลางตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสาม (2), 66, 102 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 32

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์แผนกคดียาเสพติด: ศาลอุทธรณ์แผนกคดียาเสพติดพิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยมีความผิดฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสาม (2), 66 วรรคหนึ่ง จำคุก 4 ปี คำให้การในชั้นสอบสวนและทางนำสืบของจำเลยเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 ให้หนึ่งในสาม คงจำคุก 2 ปี 8 เดือน โดยไม่ปรับและไม่รอลงโทษ

ฐานเสพเมทแอมเฟตามีน ปรับ 10,000 บาท ลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 ให้กึ่งหนึ่ง คงปรับ 5,000 บาท สำหรับความผิดฐานเสพเมทแอมเฟตามีนให้บังคับคดีไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น โดยไม่คุมความประพฤติของจำเลย

ริบเมทแอมเฟตามีนของกลาง

นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

จำเลยฎีกา โดยได้รับอนุญาตจากศาลฎีกา: จำเลยรับจ้างฉีดยาฆ่าแมลงและเป็นกรรมกร จึงเก็บเมทแอมเฟตามีนไว้เพื่อเสพ โดยเข้าใจว่าจะทำให้มีเรี่ยวแรงเพื่อจะทำงานได้มากขึ้นจำเลยกระทำความผิดฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต

คำพิพากษาศาลฎีกา: พิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยมีความผิดฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง, 67 จำคุก 2 ปี 6 เดือน และปรับ 50,000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษลดโทษให้กึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงจำคุก 1 ปี 3 เดือน และปรับ 25,000 บาท เมื่อรวมกับโทษในความผิดฐานเสพเมทแอมเฟตามีนแล้ว เป็นจำคุก 1 ปี 6 เดือน และปรับ 30,000 บาท โทษจำคุกให้รอลงโทษไว้ 2 ปี และให้คุมความประพฤติจำเลย 1 ปี นับแต่วันอ่านคำพิพากษาศาลฎีกาโดยให้จำเลยกระทำกิจกรรมบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์เป็นเวลา 30 ชั่วโมง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 หากไม่ชำระค่าปรับให้จัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30 นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์

เหตุผลของศาลฎีกา: ถึงแม้เมทแอมเฟตามีนของกลางที่เจ้าพนักงานตำรวจยึดได้จากจำเลย มีจำนวนสิบห้าหน่วยการใช้ขึ้นไป อันต้องด้วยข้อสันนิษฐานของมาตรา 15 วรรคสาม (2) แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ว่ามีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวก็มีใช้ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด เมื่อพยานหลักฐานโจทก์ยังมีน้ำหนักไม่มั่นคงพอที่จะลงโทษจำเลย กล่าวคือ เจ้าพนักงานตำรวจผู้จับกุมจำเลยพยานโจทก์กล่าวอ้างว่าก่อนเกิดเหตุได้รับข้อมูลเกี่ยวกับพฤติการณ์การจำหน่ายยาเสพติดของจำเลยมาก่อนแต่ก็ไม่ได้ระบุแหล่งผู้ให้ข้อมูลและไม่มีรายละเอียดว่าจำเลยจำหน่ายยาเสพติดให้แก่ผู้ใด เมื่อใด ทั้งไม่มีการสืบสวนขยายผล เพื่อพิสูจน์การ

กระทำความผิดของจำเลยว่าเป็นคนกลางคอยรับส่งเมทแอมเฟตามีนให้แก่ลูกค้าจริงหรือไม่ คำเบิกความของพยานโจทก์จึงเลื่อนลอยขาดความน่าเชื่อถือ และขณะเจ้าพนักงานตำรวจตรวจค้นตัวจำเลยพบเมทแอมเฟตามีน 2 เม็ด อยู่ในกำมือข้างขวาโดยการจับกุมจำเลยไม่ได้มีการวางแผนมาก่อน ไม่ได้มีการโทรศัพท์ติดต่อล่อซื้อหรือนัดหมายให้จำเลยมาบริเวณที่เกิดเหตุ เป็นการพบจำเลยโดยบังเอิญ จึงเป็นเรื่องที่ผิดวิสัยอย่างยิ่งเพราะเมทแอมเฟตามีนเป็นสิ่งผิดกฎหมาย เหตุใดจำเลยจึงต้องนำออกมาทำไว้ในมือในที่สาธารณะเช่นนี้ คำเบิกความของพยานโจทก์ส่วนนี้จึงขัดต่อเหตุผล นอกจากนี้ เมทแอมเฟตามีนที่ตรวจยึดได้ที่บ้านของจำเลย 14 เม็ด เป็นจำนวนไม่มากนักและถูกซุกซ่อนไว้อยู่ใต้ผ้าห่ม โดยไม่ปรากฏว่ามีการแบ่งบรรจุในลักษณะเตรียมไว้เพื่อจำหน่าย แม้โจทก์จะมีคำรับสารภาพของจำเลยในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวนมายืนยัน แต่ก็เพียงพยานบอกเล่ามีน้ำหนักน้อย เมื่อโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานอื่นที่มีแหล่งที่มาเป็นอิสระต่างหากจากคำรับดังกล่าวมาฟังประกอบ พยานหลักฐานโจทก์ตามที่นำสืบมาจึงมีน้ำหนักน้อย

ส่วนจำเลยนำสืบว่า จำเลยรับจ้างฉีดยาฆ่าแมลงและเป็นกรรมกร จึงเก็บเมทแอมเฟตามีนไว้เพื่อเสพ โดยเข้าใจว่าจะทำให้มีเรี่ยวแรงเพื่อจะทำงานได้มากขึ้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กรณีอาจเป็นดังที่จำเลยฎีกาดังกล่าวก็เป็นได้ซึ่งมีเหตุผลที่จะรับฟังหักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายได้ กรณีจึงรับฟังไม่ได้ว่าจำเลยมีความผิดฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย”⁴

ข้อพิจารณา

1. การการพิสูจน์ของโจทก์ในคดีอาญา

เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยเป็นระบบกล่าวหา เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าใช้ระบบไต่สวน เช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2559⁵ มาตรา 8 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559⁶ มาตรา 6 และเนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁷ มาตรา 29 วรรคสองยังกำหนดไว้ว่า ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ดังนั้น ในคดีอาญารวมถึงคดีอาญาเสพติด พนักงานอัยการโจทก์จึงมีฐานะเป็นผู้กล่าวหาว่าจำเลยกระทำความผิด จึงมีภาระการพิสูจน์หักล้าง

⁴สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พุทธศักราช 2563 เล่มที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2563), หน้า 155-159.

⁵“พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. 2559,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 133 ตอนที่ 46 ก (24 พฤษภาคม 2559): 1.

⁶“พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 133 ตอนที่ 86 ก (30 กันยายน 2559): 1.

⁷“รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก (6 เมษายน 2560): 1.

ข้อสันนิษฐานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าวว่าจำเลยกระทำความผิดจริง⁸ ส่วนจำเลยนั้นไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความบริสุทธิ์ของจำเลย อย่างไรก็ตามจำเลยมีสิทธินำสืบพยานเพียงหักล้างพยานโจทก์หรือจะพิสูจน์ถึงความบริสุทธิ์ของจำเลยก็ได้เว้นแต่กรณีที่จำเลยอ้างเหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุผลหย่อนผ่อนโทษ จำเลยถึงจะมีภาระการพิสูจน์ในเหตุดังกล่าว⁹

2. ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายถึงการกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นโทษแก่จำเลย

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานถึงการกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นโทษแก่จำเลยนั้น¹⁰ กรณีมีปัญหาว่า โจทก์ยังมีภาระการพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยว่า จำเลยได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ โดยจำเลยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายดังกล่าวหรือโจทก์เพียงแต่พิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย และจำเลยเป็นผู้พิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายนั้น¹¹ ในปัญหาดังกล่าว มีนักนิติศาสตร์ที่เชี่ยวชาญกฎหมายลักษณะพยานให้ความเห็นเป็นสองฝ่ายดังนี้

ฝ่ายแรกเห็นว่า ในกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานถึงการกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิด โจทก์มีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานก็เพียงพอที่จะฟังได้ว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเกิดขึ้น และจำเลยมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 นักนิติศาสตร์ที่มีความเห็นในแนวทางนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์พิเศษเข็มชัย ชุติวงศ์ และศาสตราจารย์พิเศษจรูญ รักดิธินากุล

⁸ จรัญ รักดิธินากุล, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2563), หน้า 284.

⁹ ไสภณ รัตนกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 91-92.

¹⁰ กฎหมายที่บัญญัติบทสันนิษฐานในลักษณะดังกล่าวไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะกฎหมายดังกล่าวเป็นการสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา ไม่ใช่กฎหมายที่บัญญัติบทสันนิษฐานให้จำเลยต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นโดยไม่ปรากฏว่ามีการกระทำหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคล; ศาลรัฐธรรมนูญ, *คำวินิจฉัยที่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติว่าด้วยการสันนิษฐานโทษทางอาญา* [Online], available URL: [http://https://www.occ_th.constitutionalcourt.or.th/detail/คำวินิจฉัยที่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติว่าด้วยการสันนิษฐานโทษทางอาญา, 2020 \(ตุลาคม, 29\).](http://https://www.occ_th.constitutionalcourt.or.th/detail/คำวินิจฉัยที่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติว่าด้วยการสันนิษฐานโทษทางอาญา, 2020 (ตุลาคม, 29).)

¹¹ ในบทความนี้ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะภาระการพิสูจน์ของโจทก์ในกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานถึงการกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นโทษแก่จำเลยเท่านั้น.

ศาสตราจารย์พิเศษเข็มชัย ชุติวงศ์ อดีตอัยการสูงสุด เห็นว่า “ถ้ามีข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่า...มีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเกิดขึ้น ดังนี้ โจทก์เพียงแต่พิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานก็เพียงพอที่จะฟังได้ว่า...มีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเกิดขึ้น...”¹²

ศาสตราจารย์พิเศษจรูญ ภักดีธนากุล อดีตตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เห็นว่า “ถ้ามีกฎหมายวางบทสันนิษฐานเบื้องต้นในข้อเท็จจริงบางข้อไว้ให้เป็นคุณแก่โจทก์แล้ว หน้าที่นำสืบก็ตกไปอยู่แก่ฝ่ายจำเลยที่จะต้องนำสืบพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 แต่มีผู้โต้แย้งว่า ในคดีอาญาไม่นำอนุโลมเอาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 มาใช้ในการกำหนดหน้าที่นำสืบเพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้วในมาตรา 174 หรือ มาตรา 227 หรือ มาตรา 185 ขอบอกว่าไม่เป็นเช่นนั้น เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 174 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์แต่อย่างใด มาตรา 174 บัญญัติเรื่องการจัดลำดับก่อนหลังในการนำสืบเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับเรื่องหน้าที่นำสืบ สำหรับ มาตรา 227 ก็ไม่ได้เป็นบทบัญญัติหน้าที่นำสืบในคดีอาญา แต่เป็นบทบัญญัติเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญาในกรณีที่โจทก์เป็นฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบ...ไม่เกี่ยวกับภาระการพิสูจน์หรือหน้าที่นำสืบ และมาตรา 185 ก็เช่นกัน เป็นบทบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลที่จะตรวจสอบดูว่า การกระทำของจำเลยเป็นความผิดหรือไม่ จึงไม่ใช่บทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดหน้าที่นำสืบ เราจึงมีบทสรุปว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่นำสืบไว้ จึงต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 มาใช้โดยอนุโลม โดยผ่านประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ฉะนั้น ถ้ามีบทสันนิษฐานเป็นคุณแก่โจทก์ในข้อใด โจทก์ไม่

¹² เข็มชัย ชุติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด, 2563), หน้า 116.

ต้องพิสูจน์ในข้อนั้น แม้ว่าจะเป็นข้อที่เป็นองค์ประกอบความผิดซึ่งตามหลักทั่วไปโจทก์ต้องมีหน้าที่นำสืบ แต่ก็มีความหมายเหตุต่อไปว่า ในการที่จะใช้ประโยชน์จากบทสันนิษฐานบทนั้นโจทก์ต้องนำสืบข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐานให้ครบถ้วนเสียก่อน...”¹³

ฝ่ายที่สอง ในกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานถึงการกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิด โจทก์ยังมีภาระการพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่าจำเลยกระทำความผิดจนปราศจากข้อสงสัย ไม่ว่าจำเลยจะสืบหักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายจึงมิได้เปลี่ยนหลักการที่โจทก์ต้องมีภาระการพิสูจน์เพื่อแสดงให้ศาลเห็นว่าจำเลยกระทำความผิดจนปราศจากข้อสงสัย แต่เป็นกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้จำเลยต้องนำพยานหลักฐานมาสืบต่อศาลเพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานเท่านั้น ไม่ได้ผลัดภาระการพิสูจน์ให้แก่จำเลย นักนิติศาสตร์ที่มีความเห็นในแนวทางนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกร และศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต

ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เห็นว่า “...เนื่องจากคดีอาญา โจทก์มีหน้าที่สืบพยานหลักฐานให้ศาลเชื่อว่าจำเลยกระทำความผิดจนปราศจากข้อสงสัย ดังนั้น ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายจึงมิได้เปลี่ยนหลักการที่โจทก์ต้องมีหน้าที่นำสืบเพื่อแสดงให้ศาลเห็นว่าจำเลยกระทำความผิดจนปราศจากข้อสงสัย แต่เป็นเพียงบทกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้จำเลยต้องนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลให้เพียงพอเพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานเท่านั้น หาได้ผลัดภาระการพิสูจน์ให้แก่จำเลยไม่ จำเลยอาจนำสืบพยานหลักฐานโต้แย้งข้อสันนิษฐานให้เห็นข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่นเท่านั้น ก็เป็นการหักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายแล้ว จำเลยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นจริงในทางปฏิเสธจนปราศจากข้อสงสัยเหมือนอย่างกรณีของโจทก์ซึ่งมีภาระการพิสูจน์การกระทำความผิดของจำเลย”¹⁴

¹³ จรัญ ภัทธีธนากุล, เรื่องเดิม, หน้า 288.

¹⁴ อุดม รัฐอมฤต, “ผลของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายต่อการกำหนดหน้าที่นำสืบในคดีอาญา,” วารสารนิติศาสตร์ 25, 2 (มิถุนายน 2538): 314 อ้างถึงใน อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 214.

ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกร อดีตกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่า “บทบัญญัติต่างๆ ของไทยเราที่สร้างข้อสันนิษฐานในคดีอาญา... ก็ใช้ถ้อยคำค่อนข้างชัดเจนว่า จำเลยต้องนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐาน เท่ากับเป็นการผลัดภาระการพิสูจน์ไปให้จำเลย แต่ก็จำเป็นต้องถือว่า ภาระของจำเลยในการสืบหักล้างข้อสันนิษฐานมีเพียงสืบให้เห็นถึงความ น่าเป็นไปได้เท่านั้น ไม่ต้องถึงกับให้สิ้นข้อสงสัย ข้อสันนิษฐานน่าจะเพียง ช่วยลดภาระการพิสูจน์ให้โจทก์ลงบ้าง แต่โจทก์ยังคงต้องพิสูจน์ ‘ข้อเท็จจริงพื้นฐาน’ เพื่อให้เกิด ‘ข้อข้อเท็จจริงที่สันนิษฐาน’ อันเป็น องค์ประกอบความผิด และก่อให้เกิดหน้าที่แก่จำเลยที่ต้องสืบหักล้าง แต่ผลที่สุดภาระการพิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัยอันสมควรก็ยังเป็นของโจทก์อยู่ ไม่ว่าจำเลยจะสืบหักล้างหรือไม่ก็ตาม เมื่อสิ้นสุดการสืบพยานแล้ว ศาล คงต้องพิจารณาว่าคดีของโจทก์มีข้อสงสัยตามสมควรอยู่หรือไม่ เช่นเดียวกับคดีที่โจทก์ต้องนำสืบโดยไม่มีข้อสันนิษฐาน เช่นกัน”¹⁵

ผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับฝ่ายแรกโดยเห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้ บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องภาระการพิสูจน์ไว้ กล่าวคือ มาตรา 174 บัญญัติให้โจทก์นำพยานเข้าสืบก่อน ไม่ใช่เรื่องภาระการพิสูจน์ ส่วนมาตรา 227 เป็นบทบัญญัติเรื่องมาตรฐานการรับฟังพยานหลักฐาน ไม่ใช่บทบัญญัติกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดมีภาระการพิสูจน์ประเด็นใด ดังนั้น ในเรื่องภาระการพิสูจน์ ในคดีอาญาจึงต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ประกอบประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 มาใช้บังคับ กล่าวคือ โจทก์จะเป็นผู้กล่าวอ้างว่าจำเลย กระทำความผิด ประกอบกับจำเลยได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 วรรคสอง ดังที่กล่าวแล้วข้างต้นโจทก์จึงมีภาระการพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิด แต่ อย่างไรก็ดีตามถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์ เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว ดังนั้น ในกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานถึงการกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิดซึ่งเป็นคุณ แก่โจทก์ โจทก์มีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานก็เพียงพอที่จะฟังได้ว่ามี ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเกิดขึ้น และจำเลยมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้น หลังจากสืบพยานเสร็จแล้วศาลจึงชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบว่า ข้อเท็จจริงในทางนำ สืบของคู่ความปราศจากความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ และเมื่อศาลแน่ใจ

¹⁵โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 164.

ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงจึงจะพิพากษาลงโทษจำเลยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227

3. บทบัญญัติที่สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1

บทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 คือ พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 ซึ่งเดิมบัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ใดผลิต จำหน่าย นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เว้นแต่การมีไว้ในครอบครองในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการตามที่รัฐมนตรีจะอนุญาตเป็นหนังสือเฉพาะรายหรือเฉพาะกรณีที่เห็นสมควร
การผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 คำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ได้ตั้งแต่ยี่สิบกรัมขึ้นไปให้ถือว่าผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย”

พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสองเดิมนั้น มีเจตนารมณ์เพื่อให้การปราบปรามและควบคุมยาเสพติดให้โทษเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยยาเสพติดให้โทษซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกอยู่¹⁶ และศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2544 ว่ามาตรา 15 วรรคสองนั้นมีเจตนารมณ์มุ่งประสงคลงโทษผู้มียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองซึ่งคำนวณสารบริสุทธิ์ได้ตั้งแต่ยี่สิบกรัมขึ้นไปเสมือนว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการครอบครองเพื่อจำหน่ายเนื่องจากยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เป็นภัยต่อสังคมอย่างใหญ่หลวง บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ¹⁷ ต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าเพื่อประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำ

¹⁶ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522.

¹⁷ แม้ตามมาตรา 15 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 จะกำหนดว่า ผู้ใดมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ที่คำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ได้ตั้งแต่ยี่สิบกรัมขึ้นไปโดยไม่ได้รับอนุญาตถือว่าผู้นั้นมีความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่ายอันเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยเสียงข้างมากในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2544 ว่าพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสอง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยให้เหตุผลว่ากฎหมายที่กำหนดปริมาณสารเสพติดให้โทษในประเภท 1 เป็นเพียงเกณฑ์เปรียบเทียบสำหรับความผิดที่จะนำไปสู่

ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษและกำหนดมาตรการควบคุมการครอบครองเพื่อจำหน่ายยาทั่วไป ซึ่งมีส่วนผสมของยาเสพติดให้โทษ¹⁸ จึงตราพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2545 โดยมาตรา 8 ได้แก้ไขมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 8 ให้ยกเลิกความในมาตรา 15 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

‘มาตรา 15 ห้ามมิให้ผู้ใดผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่ายหรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เว้นแต่รัฐมนตรีได้อนุญาตเฉพาะในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการ

การขออนุญาตและการอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

การผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ตามปริมาณดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นการผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย

(1) เดกซ์โตรไลเซอร์ไยด์ หรือ แอลแอล ดี มีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ตั้งแต่ศูนย์จุดเจ็ดห้ามิลลิกรัมขึ้นไป หรือมียาเสพติดที่มีสารดังกล่าวผสมอยู่จำนวนลิบห้าหน่วยการใช้ขึ้นไปหรือมีน้ำหนักสุทธิตั้งแต่สามร้อยมิลลิกรัมขึ้นไป

(2) แอมเฟตามีนหรืออนุพันธ์แอมเฟตามีน มีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ตั้งแต่สามร้อยเจ็ดสิบห้ามิลลิกรัมขึ้นไป หรือมียาเสพติดที่มีสารดังกล่าวผสมอยู่จำนวนลิบห้าหน่วยการใช้ขึ้นไป หรือมีน้ำหนักสุทธิตั้งแต่หนึ่งจุดห้ากรัมขึ้นไป

(3) ยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 นอกจาก (1) และ (2) มีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ตั้งแต่สามกรัมขึ้นไป

...”

การลงโทษเท่านั้น ผู้ที่จะได้รับโทษต้องผ่านการพิสูจน์ของโจทก์แล้วว่าเป็นผู้กระทำความผิดจริง รายละเอียดโปรดดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2544; “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2544,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119 ตอนที่ 2 ก (3 มกราคม 2545): 104-109.

¹⁸หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545.

การแก้ไขดังกล่าวยังคงบัพัญญัติที่สันนิษฐานเด็ดขาดว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ไว้เช่นเดิม นอกจากนี้ ศาลฎีกายังได้วางหลักในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1068/2555 ว่า พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสาม เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดตามกฎหมายให้โจทก์ไม่ต้องนำสืบว่าบุคคลนั้นมีเจตนาไว้ครอบครองเพื่อจำหน่ายหรือไม่¹⁹ ต่อมาสมานิติบัญญัติแห่งชาติเห็นว่าเนื่องจากพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสาม กำหนดว่าบุคคลใดซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 โดยมียาเสพติดให้โทษเกินปริมาณที่กำหนดไว้ ให้ถือเป็นเด็ดขาดว่าผู้นั้นกระทำการเพื่อจำหน่ายโดยไม่ได้เปิดโอกาสให้พิจารณาจากพฤติการณ์หรือคำนึงถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้กระทำความผิดและไม่ได้ให้สิทธิผู้ต้องหาหรือจำเลยในการพิสูจน์ความจริงในคดี สมควรแก้ไขปรับปรุงบัพัญญัติดังกล่าว ให้มีลักษณะเป็นเพียงข้อสันนิษฐาน เพื่อให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีโอกาสพิสูจน์ความจริงได้²⁰

ในการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติวาระรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 โดยในมาตรา 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 15 วรรคสาม สำนักงานกฎหมายสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่เลขาธิการสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ตั้งข้อสังเกตถึงภาระการพิสูจน์ของโจทก์เกี่ยวกับการแก้ไขมาตราดังกล่าว โดยตามหลักการพื้นฐานของการดำเนินคดีอาญานั้น โจทก์จะต้องเป็นผู้ที่มีภาระการพิสูจน์หรือมีหน้าที่ในการนำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์ความผิดของจำเลยจนกว่าศาลจะเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง หากโจทก์ไม่สามารถหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยได้ว่าจำเลยกระทำความผิดจริงแล้ว ศาลจะต้องพิพากษายกฟ้อง ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 แต่ในบางกรณีองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศอาจตรากฎหมายยกเว้นหลักการดังกล่าวโดยกำหนดให้มีบัพัญญัติที่เป็นบทสันนิษฐานความผิดอาญาของจำเลยได้ ดังเช่นที่เคยมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 15 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 11/2544 ว่า การมีบัพัญญัติสันนิษฐานความผิดอาญาดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และตามมาตรา 15 วรรคสาม ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 มาตรา 3 โจทก์ยังมีภาระการพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้มีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครอง และมีปริมาณตามที่กำหนดไว้ในแต่ละมาตราดังกล่าวเสียก่อน จากนั้นจึงจะต้องด้วยบทสันนิษฐานความผิดของกฎหมายซึ่งให้สันนิษฐานว่าจำเลยมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายอันเป็นเพียงบทสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบ

¹⁹ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด กระทรวงยุติธรรม, รวมคำพิพากษาศาลฎีกา (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท, 2559), หน้า 48.

²⁰ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560.

ความผิดเพียงบางข้อ หลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำความผิดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหาแล้ว ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 11/2549 วินิจฉัยว่า บทสันนิษฐานความผิดในลักษณะทำนองนี้ ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและใช้บังคับได้²¹ สภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงตราพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 โดยในมาตรา 3 แก้ไขมาตรา 15 วรรคสามแห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 ดังนี้

“มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในวรรคสามของมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

‘การผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ตามปริมาณ ดังต่อไปนี้ ให้สันนิษฐานว่าเป็นการผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย

(1) เด็กซ์โตรไธโซรยด์ หรือ แอลเอส ดี มีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ตั้งแต่ศูนย์จุดเจ็ดห้ามิลลิกรัมขึ้นไป หรือมียาเสพติดที่มีสารดังกล่าวผสมอยู่จำนวนสิบห้าหน่วยการใช้ขึ้นไปหรือมีน้ำหนักสุทธิตั้งแต่สามร้อยมิลลิกรัมขึ้นไป

(2) แอมเฟตามีนหรืออนุพันธ์แอมเฟตามีน มีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ตั้งแต่สามร้อยเจ็ดสิบห้ามิลลิกรัมขึ้นไป หรือมียาเสพติดที่มีสารดังกล่าวผสมอยู่จำนวนสิบห้าหน่วยการใช้ขึ้นไปหรือมีน้ำหนักสุทธิตั้งแต่หนึ่งจุดห้ากรัมขึ้นไป

(3) ยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 นอกจาก (1) และ (2) มีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ตั้งแต่สามกรัมขึ้นไป’”

ส่วนความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่าย คือ พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 มาตรา 66

²¹ สำนักงานกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่เลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, “เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. (พลเรือเอก ศิริวัชรพงษ์ สุวรรณ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ กับคณะ เป็นผู้เสนอ),” ตุลาคม พ.ศ. 2559.

“ผู้ใดจำหน่ายหรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 โดยไม่ได้รับอนุญาตและมีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ หรือมีจำนวนหน่วยการใช้ หรือมีน้ำหนักสุทธิไม่ถึงปริมาณที่กำหนดตามมาตรา 15 วรรคสาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงสิบห้าปี หรือปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้ายาเสพติดให้โทษตามวรรคหนึ่งมีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ตั้งแต่ปริมาณที่กำหนดตามมาตรา 15 วรรคสาม แต่ไม่เกินยี่สิบกรัม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงจำคุกตลอดชีวิตและปรับตั้งแต่สี่แสนบาทถึงห้าล้านบาท

ถ้ายาเสพติดให้โทษตามวรรคหนึ่งมีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์เกินยี่สิบกรัมขึ้นไปต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตและปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงห้าล้านบาท หรือประหารชีวิต”

ความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่ายตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 66 โดยมีองค์ประกอบ ดังนี้

- 1) ผู้กระทำ: ผู้ใด
- 2) การกระทำ: มีไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต
- 3) วัตถุประสงค์การกระทำ: ซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 มีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ หรือมีจำนวนหน่วยการใช้ หรือมีน้ำหนักสุทธิ
 - (1) ไม่ถึงปริมาณที่กำหนดตามมาตรา 15 วรรคสาม (กรณีมาตรา 66 วรรคหนึ่ง)
 - (2) มีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ตั้งแต่ปริมาณที่กำหนดตามมาตรา 15 วรรคสาม แต่ไม่เกินยี่สิบกรัม (กรณีมาตรา 66 วรรคสอง)
 - (3) มีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์เกินยี่สิบกรัมขึ้นไป (กรณีมาตรา 66 วรรคสาม)
- 4) องค์ประกอบภายใน: เจตนา
- 5) เจตนาพิเศษ: เพื่อจำหน่าย

บทบัญญัติที่สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ตามมาตรา 15 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 เป็นเพียงกฎหมายที่สันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อของความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่ายตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 66

โจทก์ยังต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงองค์ประกอบความผิดข้ออื่นๆ ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 66

หลังจากที่สันนิษฐานถึงองค์ประกอบความผิดพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 แก่ไขมาตรา 15 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 แล้ว ทางฝ่ายตุลาการได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 896/2563 วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสาม (2) เป็นบทสันนิษฐานไม่เด็ดขาด เมื่อโจทก์นำสืบฟังได้ว่า เมทแอมเฟตามีน 4,000 เม็ด มีน้ำหนักสุทธิ 394.263 กรัม คำนวณสารบริสุทธิ์ได้ 95.490 กรัม พยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบจึงเข้าเงื่อนไขที่จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานของกฎหมายแล้ว จำเลยจึงมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้น²² ดังนั้น บทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสาม ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 มาตรา 3 นั้นจึงเป็นเพียงบทสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อขององค์ประกอบความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่ายตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 66 วรรคสองและวรรคสามเท่านั้น โดยโจทก์ยังมีภาระการพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้มีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครอง และมีปริมาณตามที่กำหนดไว้ในแต่ละมาตราดังกล่าวเสียก่อน ก็เพียงพอที่จะฟังได้ว่าจำเลยมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย และจำเลยมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้น นอกจากนี้ มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1047/2563 ดังที่ยกมาข้างต้นวินิจฉัยว่า แม้เมทแอมเฟตามีนของกลางที่เจ้าพนักงานตำรวจยึดได้จากจำเลยมีจำนวนสิบห้าหน่วยการใช้ขึ้นไป อันต้องด้วยข้อสันนิษฐานตามมาตรา 15 วรรคสาม (2) แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวมิใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเมื่อพยานหลักฐานโจทก์ยังมีน้ำหนักไม่มั่นคงพอลงโทษจำเลย ประกอบกับที่จำเลยนำสืบว่า จำเลยเก็บเมทแอมเฟตามีนของกลางไว้เพื่อเสพเท่านั้นก็มีเหตุผลที่จะรับฟังหักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายได้²³ แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1293/2563 วินิจฉัยว่า แม้เมทแอมเฟตามีนคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์มีปริมาณมากกว่าสามร้อยเจ็ดสิบห้ามิลลิกรัม ต้องด้วยข้อสันนิษฐานตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสาม (2) ว่าจำเลยมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวเป็นเพียง

²² เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกาประจำปีพุทธศักราช 2563 ตอนที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทธนอรุณการพิมพ์ จำกัด, ม.ป.ป.), หน้า 350-359.

²³ สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พุทธศักราช 2563 เล่มที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2563), หน้า 155-159.

ข้อสันนิษฐานเบื้องต้น ไม่ใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด และในคดีอาญาเมื่อจำเลยให้การปฏิเสธ โจทก์มีภาระการพิสูจน์ให้ได้ความโดยปราศจากข้อสงสัยว่า เมทแอมแพตตามีนของกลางเป็นของที่จำเลยมีไว้เพื่อจำหน่าย จึงจะลงโทษได้ตามฟ้อง²⁴ จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาตีความในเรื่องภาระการพิสูจน์ของโจทก์ตามบทบัญญัติข้อสันนิษฐานตามกฎหมายเรื่องการมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่ายยังไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

หลังจากที่มาตรา 15 วรรคสามแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 ต่อมาพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564²⁵ และประมวลกฎหมายยาเสพติด มีผลบังคับใช้โดยยกเลิกพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และมีผลยกเลิกความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่ายตามมาตรา 15 และมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และบัญญัติความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตตามประมวลกฎหมายยาเสพติดมาตรา 145 (1), 90, 34 และ 35 และได้ยกเลิกบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่บัญญัติให้การครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ในปริมาณเล็กน้อยซึ่งไม่เกินปริมาณที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขกำหนดในกฎกระทรวง เป็นบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าผู้กระทำมีไว้ในครอบครองเพื่อเสพตามประมวลกฎหมายยาเสพติด มาตรา 107 ดังนี้

“มาตรา 107 ห้ามผู้ใดมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ประเภท 2 หรือประเภท 5 หรือวัตถุออกฤทธิ์ในประเภท 1 หรือประเภท 2 เพื่อเสพ

การมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ประเภท 2 หรือประเภท 5 หรือวัตถุออกฤทธิ์ในประเภท 1 หรือประเภท 2 ในปริมาณเล็กน้อยซึ่งไม่เกินปริมาณที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขกำหนดในกฎกระทรวง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีไว้ในครอบครองเพื่อเสพ”

ดังนั้น ในกรณีที่โจทก์ฟ้องจำเลยในความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตภายหลังจากที่ประมวลกฎหมายยาเสพติดใช้บังคับแล้ว

²⁴ ศาลฎีกา, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1293/2563,” 16 มีนาคม 2563.

²⁵ “พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 73 ก (8 พฤศจิกายน 2564): 1.

โจทก์จะต้องมีการการพิสูจน์ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเพื่อการค้าซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1

สำหรับในคดีความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่ายตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ที่ยังค้างพิจารณาอยู่ในศาลก่อนวันที่ประมวลกฎหมายยาเสพติดใช้บังคับนั้น พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564 กำหนดทางแก้ปัญหาวังนี้

“มาตรา 21 ให้บทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 และเพื่อขายซึ่งวัตถุออกฤทธิ์ตามพระราชบัญญัติวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท พ.ศ. 2559 ซึ่งถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัตินี้ยังคงมีผลใช้บังคับแก่คดีที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้วก่อนวันที่ประมวลกฎหมายยาเสพติดท้ายพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับแล้วแต่กรณี จนกว่าคดีถึงที่สุด

คดีซึ่งค้างพิจารณาอยู่ในศาลชั้นต้นอยู่ในวันก่อนวันที่ประมวลกฎหมายยาเสพติดท้ายพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายยื่นคำแถลงขอสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายหรือเพื่อขายหรือไม่แล้วแต่กรณี ก็ให้ศาลสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร”

ดังนั้น ในคดีความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่ายตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ที่ยังค้างพิจารณาอยู่ในศาลก่อนวันที่ประมวลกฎหมายยาเสพติดใช้บังคับ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564 มาตรา 21 วรรคสอง กำหนดให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายแถลงขอสืบพยานเพิ่มเติมว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายหรือไม่ และให้ศาลสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร ส่วนคดียาเสพติดที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้วก่อนที่ประมวลกฎหมายยาเสพติดใช้บังคับนั้น พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564 มาตรา 21 วรรคหนึ่ง กำหนดให้บทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าคดีจะถึงที่สุด

4. ปัญหาการพิจารณาของโจทก์กับข้อสันนิษฐานตามกฎหมายเรื่องการมิไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่าย

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1047/2563 ที่ยกขึ้นเป็นกรณีศึกษานั้น ขณะที่ศาลฎีกาวินิจฉัยคดีนี้ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564 และประมวลกฎหมายยาเสพติดยังไม่มีผลใช้บังคับ ดังนั้นในบทความนี้จึงต้องวิเคราะห์ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสามด้วยซึ่งเป็นกฎหมายที่ศาลฎีกานำมาวินิจฉัยคดีนี้ ในกรณีที่จำเลยมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองตามปริมาณที่ต้องด้วยบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 นั้น โจทก์ยังมีการพิจารณาพิสูจน์ว่า การกระทำของจำเลยเป็นการมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ส่วนจำเลยไม่มีการพิจารณาพิสูจน์หลักข้อสันนิษฐานดังกล่าว หรือโจทก์เพียงแต่พิสูจน์ว่าจำเลยมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองตามปริมาณที่ต้องด้วยบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานตามกฎหมายเท่านั้น ส่วนจำเลยมีภาระการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายดังกล่าว

ในปัญหานี้ความเห็นทางวิชาการและแนวคำพิพากษาศาลฎีกายังไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันดังกล่าวข้างต้นโดยฝ่ายแรกเห็นว่า ในกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานถึงการกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิด โจทก์มีการพิจารณาพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานก็เพียงพอที่จะฟังได้ว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเกิดขึ้น และจำเลยมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้น โดยมีเอกสารประกอบการพิจารณาของพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติและคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1068/2555, 896/2563 สนับสนุน ส่วนฝ่ายที่สองเห็นว่า ในกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานถึงการกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิด โจทก์ยังมีการพิจารณาพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่าจำเลยกระทำความผิดจนปราศจากข้อสงสัย ไม่ว่าจำเลยจะสืบหักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม กฎหมายดังกล่าวกำหนดหน้าที่ให้จำเลยต้องนำพยานหลักฐานมาสืบต่อศาลเพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานเท่านั้น ไม่ได้ผลภาระการพิสูจน์ให้แก่จำเลย โดยมีเพียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1293/2563 สนับสนุนซึ่งไม่ใช่คำพิพากษาที่วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จึงไม่อาจถือได้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1293/2563 กลับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1068/2555, 896/2563

สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1047/2563 ที่ยกขึ้นเป็นกรณีศึกษานั้น ศาลฎีกาพิพากษาแก้คำพิพากษาศาลอุทธรณ์เป็นว่า จำเลยมีความผิดฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง, 67 โดยให้เหตุผลว่าถึงแม้เมทแอมเฟตามีนของกลางที่เจ้าพนักงานตำรวจยึดได้จากจำเลยมีจำนวนสิบห้าหน่วยการใช้

ขึ้นไป อันต้องด้วยข้อสันนิษฐานของมาตรา 15 วรรคสาม (2) แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ว่ามิไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวก็มีข้อสันนิษฐานเด็ดขาด ประกอบกับที่จำเลยนำสืบว่า จำเลยเก็บเมทแอมเฟตามีนของกลางไว้เพื่อเสพเท่านั้นก็มีเหตุผลที่จะรับฟังหักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายได้

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาว่า ผู้เขียนเห็นว่า โจทก์ได้พิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 แล้ว จำเลยจึงมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้น ซึ่งจำเลยนำสืบว่า จำเลยรับจ้างฉีดยาฆ่าแมลง และเป็นกรรมกร จึงเก็บเมทแอมเฟตามีนไว้เพื่อเสพโดยเข้าใจว่าจะทำให้มีเรี่ยวแรงเพื่อจะทำงานได้มากขึ้น นอกจากนี้ มีพฤติการณ์แห่งคดี คือ เมทแอมเฟตามีนที่ตรวจยึดได้ที่บ้านของจำเลย 14 เม็ด ถูกซุกซ่อนไว้อยู่ใต้ผ้าห่มไม่มีลักษณะการแบ่งบรรจุในลักษณะเตรียมไว้เพื่อจำหน่าย

เมื่อศาลฎีกาซึ่งนำหลักของพยานหลักฐานปรากฏว่า

1) พยานบุคคลที่เป็นประจักษ์พยานของโจทก์ปาก เจ้าพนักงานตำรวจผู้จับกุมจำเลยยืนยันว่า ก่อนเกิดเหตุได้รับข้อมูลเกี่ยวกับพฤติการณ์การจำหน่ายยาเสพติดของจำเลยมาก่อน แต่ก็ไม่ได้ระบุแหล่งผู้ให้ข้อมูลและไม่มีรายละเอียดว่าจำเลยจำหน่ายยาเสพติดให้แก่ผู้ใด เมื่อใด ทั้งไม่มีการสืบสวนขยายผล เพื่อพิสูจน์การกระทำความผิดของจำเลยว่าเป็นคนกลางคอยรับส่งเมทแอมเฟตามีนให้แก่ลูกค้าจริงหรือไม่ คำเบิกความของพยานโจทก์จึงเลื่อนลอยขาดความน่าเชื่อถือ และขณะเจ้าพนักงานตำรวจตรวจค้นตัวจำเลยพบเมทแอมเฟตามีน 2 เม็ด อยู่ในกำมือข้างขวาโดยการจับกุมจำเลยไม่ได้มีการวางแผนมาก่อน ไม่ได้มีการโทรศัพท์ติดต่อล่อซื้อหรือนัดหมายให้จำเลยมาบริเวณที่เกิดเหตุ เป็นการพบจำเลยโดยบังเอิญ จึงเป็นเรื่องที่ผิดวิสัยอย่างยิ่ง เพราะเมทแอมเฟตามีนเป็นสิ่งผิดกฎหมาย เหตุใดจำเลยจึงต้องนำออกมากำไว้ในมือในที่สาธารณะเช่นนี้ คำเบิกความของพยานโจทก์ส่วนนี้จึงขัดต่อเหตุผล

2) พยานวัตถุ เมทแอมเฟตามีนที่ตรวจยึดได้ที่บ้านของจำเลย 14 เม็ด เป็นจำนวนไม่มากนัก และถูกซุกซ่อนไว้อยู่ใต้ผ้าห่ม โดยไม่ปรากฏว่ามีการแบ่งบรรจุในลักษณะเตรียมไว้เพื่อจำหน่าย

3) พยานเอกสารที่เป็นบันทึกคำให้การรับสารภาพของจำเลยในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวน แต่เป็นเพียงพยานบอกเล่ามีน้ำหนักน้อย และโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานอื่นที่มีแหล่งที่มาเป็นอิสระต่างหากจากคำรับดังกล่าวมาฟังประกอบ

4) จำเลยอ้างตนเองเป็นพยานบุคคลปากจำเลยรับจ้างฉีดยาฆ่าแมลงและเป็นกรรมกร จึงเก็บเมทแอมเฟตามีนไว้เพื่อเสพ โดยเข้าใจว่าจะทำให้มีเรี่ยวแรงเพื่อจะทำงานได้มากขึ้น

จากการรับฟังพยานหลักฐานข้างต้น ทำให้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ถึงแม้เมทแอมเฟตามีนของกลางที่เจ้าพนักงานตำรวจยึดได้จากจำเลยมีจำนวนสิบห้าหน่วยการใช้ขึ้นไป อันต้องด้วยข้อสันนิษฐานของมาตรา 15 วรรคสาม (2) แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ว่ามิไว้ใน

ครอบครองเพื่อจำหน่าย แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวก็มีใช้ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด พยานหลักฐานโจทก์ตามที่นำสืบมาจึงมีน้ำหนักน้อยและศาลเชื่อพยานจำเลยโดยวินิจฉัยว่า กรณีอาจเป็นดังที่จำเลยฎีกาจึงมีเหตุผลที่จะรับฟังหักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายได้ กรณีจึงรับฟังไม่ได้ว่าจำเลยมีความผิดฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1047/2563 ดังกล่าวข้างต้นวินิจฉัยสอดคล้องกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายแรก ฝ่ายนิติบัญญัติแห่งชาติ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1068/2555, 896/2563 ตามหลักการที่ว่า ในคดีอาญาโจทก์จะต้องเป็นผู้ที่มีภาระการพิสูจน์หรือมีหน้าที่ในการนำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์ความผิดของจำเลยจนกว่าศาลจะเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง แต่ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตรากฎหมายยกเว้นหลักการดังกล่าว โดยกำหนดให้มีบทบัญญัติที่เป็นบทสันนิษฐานการกระทำของจำเลยได้ โดยกฎหมายที่กำหนดข้อสันนิษฐานถึงการกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิดซึ่งเป็นคุณแก่โจทก์ โจทก์จึงมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานก็เพียงพอที่จะฟังได้ว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 แล้วตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสาม (2), 66 จำเลยจึงมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้นหลังจากสืบพยานเสร็จแล้วศาลจึงชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 ซึ่งข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1047/2563 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า พยานหลักฐานโจทก์ยังมีน้ำหนักไม่มั่นคงพอและจำเลยสามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสาม (2) ได้ ศาลฎีกาจึงพิพากษาแก้คำพิพากษาศาลอุทธรณ์เป็นว่า จำเลยมีความผิดฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง, 67

สำหรับปัญหาภาระการพิสูจน์ของโจทก์กับบทบัญญัติที่สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 นั้น แม้จะมีความเห็นของนักนิติศาสตร์ เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1068/2555, 896/2563, 1047/2563 วินิจฉัยไปในแนวทางว่า ในกรณีที่จำเลยมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองตามปริมาณที่ต้องด้วยบทบัญญัติที่สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 นั้น โจทก์เพียงแต่พิสูจน์ว่าจำเลยมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองตามปริมาณที่ต้องด้วยบทบัญญัติที่สันนิษฐานตามกฎหมาย ส่วนจำเลยมีภาระการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายดังกล่าวก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564 และประมวลกฎหมายยาเสพติดใช้บังคับแล้ว ปัญหาดังกล่าวก็อาจจะยุติไปเฉพาะในคดีที่ยื่นฟ้องหลังจากที่

กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวได้ยกเลิกบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 อันเป็นคุณแก่โจทก์ แต่ได้มีบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อเสพซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 อันเป็นคุณแก่จำเลยตามประมวลกฎหมายยาเสพติด มาตรา 107 ดังนั้น ในคดีที่โจทก์ฟ้องจำเลยในความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตภายหลังจากที่ประมวลกฎหมายยาเสพติดใช้บังคับแล้ว โจทก์มีภาระการพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเพื่อการค้าซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ตามประมวลกฎหมายยาเสพติด มาตรา 145 (1), 90, 34 และ 35 และในคดีดังกล่าว หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า จำเลยครอบครองยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ในปริมาณเล็กน้อยซึ่งไม่เกินปริมาณที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขกำหนด โจทก์ต้องมีภาระการพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยและต้องหักล้างบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเพื่อเสพซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ด้วย

ส่วนคดีความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่ายตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ที่ยังค้างพิจารณาอยู่ในศาลหรือที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้วก่อนวันที่ประมวลกฎหมายยาเสพติดใช้บังคับนั้น แม้ประมวลกฎหมายยาเสพติดได้ยกเลิกบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 อันเป็นคุณแก่โจทก์ แต่พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564 มาตรา 21 กำหนดให้ในคดีที่ค้างพิจารณาอยู่ในศาลคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายแถลงข้อสืบพยานเพิ่มเติมว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายหรือไม่ และให้ศาลสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งโจทก์อาจจะต้องพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายตามหลักทั่วไป ส่วนคดีที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้วนั้น พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564 มาตรา 21 กำหนดให้บทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าคดีจะถึงที่สุด ดังนั้น ศาลสูงอาจจะต้องใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานว่า โจทก์ได้พิสูจน์ว่า จำเลยมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองตามปริมาณที่ต้องด้วยบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานตามกฎหมายแล้วหรือไม่ และจำเลยพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่

5. บทสรุป

จากหลักที่ว่า ในคดีอาญาพนักงานอัยการโจทก์มีฐานะเป็นผู้กล่าวหาว่าจำเลยกระทำความผิดจึงมีภาระการพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริง แต่ฝ่ายนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายยกเว้นหลักการดังกล่าวโดยกำหนดให้มีบทบัญญัติที่เป็นบทสันนิษฐานการกระทำ

ของจำเลยได้ดังเช่น พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคสาม ซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่า ในกรณีที่จำเลยมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองตามปริมาณที่ต้องด้วยบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 นั้น โจทก์ยังมีภาระการพิสูจน์ว่า การกระทำของจำเลยเป็นการมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ส่วนจำเลยไม่มีภาระการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว หรือโจทก์เพียงแต่พิสูจน์ว่า จำเลยมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองตามปริมาณที่ต้องด้วยบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานตามกฎหมายเท่านั้น ส่วนจำเลยมีภาระการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายดังกล่าว ในปัญหาดังกล่าวจะมีนักนิติศาสตร์มีความเห็นเป็นสองฝ่ายไม่เป็นแนวเดียวกัน แต่โดยส่วนใหญ่แล้วนักนิติศาสตร์ ฝ่ายนิติบัญญัติ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1068/2555, 896/2563, 1047/2563 มีความเห็นและวินิจฉัยไปในแนวทางว่าโจทก์เพียงแต่พิสูจน์ว่า จำเลยมียาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ไว้ในครอบครองตามปริมาณที่ต้องด้วยบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานตามกฎหมายโดยจำเลยมีภาระการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564 และประมวลกฎหมายยาเสพติดใช้บังคับแล้ว ปัญหาดังกล่าวก็อาจจะยุติไปเฉพาะในคดีที่โจทก์ฟ้องจำเลยในความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตหลังจากที่กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับ กล่าวคือ โจทก์ต้องพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเพื่อการค้าซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ตามประมวลกฎหมายยาเสพติด มาตรา 145 (1), 90, 34 และ 35 ส่วนคดีความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เพื่อจำหน่ายตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ที่ยังค้างพิจารณาอยู่ในศาลหรือที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้วก่อนวันที่ประมวลกฎหมายยาเสพติดใช้บังคับนั้นยังต้องนำบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาใช้บังคับตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด พ.ศ. 2564 มาตรา 21

บรรณานุกรม

- เข้มชัย ชุตินวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม
 พับลิชชิง จำกัด, 2563.
- เจริญ ภัคดีธนากุล. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร:
 บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิง จำกัด, 2563.
- เนติบัณฑิตยสภา. คำพิพากษาศาลฎีกาประจำปีพุทธศักราช 2563 ตอนที่ 2 .กรุงเทพมหานคร: บริษัท
 ธนอรุณการพิมพ์ จำกัด, ม.ป.ป.
- “สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี.” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 96 ตอนที่ 63 ฉบับพิเศษ (27 เมษายน
 2522): 40.
- _____. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 9 ก (14 มกราคม 2541): 45.
- _____. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119 ตอนที่ 2 ก (3 มกราคม 2545): 104-109.
- _____. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนที่ 46 ก (24 พฤษภาคม 2559): 1
- _____. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133ตอนที่ 86 ก (30 กันยายน 2559): 1.
- _____. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 73 ก (8 พฤศจิกายน 2564): 1.
- ศาลฎีกา. “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1293/2563.” 16 มีนาคม 2563.
- ศาลรัฐธรรมนูญ. คำวินิจฉัยที่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติว่าด้วยการสันนิษฐานโทษ
 ทางอาญา [Online]. Available URL: [http://https://www.occ_th.constitutional
 court.or.th/detail/คำวินิจฉัยที่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติว่าด้วยการ
 สันนิษฐานโทษทางอาญา, 2020 \(ตุลาคม, 29\).](http://https://www.occ_th.constitutional court.or.th/detail/คำวินิจฉัยที่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติว่าด้วยการสันนิษฐานโทษทางอาญา, 2020 (ตุลาคม, 29).)
- โสภณ รัตนกร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-
 นิติบรรณาการ, 2551.
- สำนักงานกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่เลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติสภา
 นิติบัญญัติแห่งชาติ. “เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ
 (ฉบับที่ ...) พ.ศ. (พลเรือเอกศิษฐ วัชรวงษ์สุวรรณ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ กับ
 คณะเป็นผู้เสนอ).” ตุลาคม 2559.
- สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด กระทรวงยุติธรรม. รวมคำพิพากษาคดี
 ยาเสพติด. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2559.
- สำนักงานศาลยุติธรรม. คำพิพากษาศาลฎีกา พุทธศักราช 2563 เล่มที่ 2. กรุงเทพมหานคร:
 ม.ป.ท., 2563.

อุดม รัฐอมฤต. “ผลของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายต่อการกำหนดหน้าที่นำสืบในคดีอาญา.”
วารสารนิติศาสตร์ 25, 2 (มิถุนายน 2538): 314 อ้างถึงใน อุดม รัฐอมฤต. คำอธิบาย
กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและ
เอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.

ผู้ทรงคุณวุฒิ

1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิ่ง ภาไชย สำนักงานกฎหมาย
คณิ่ง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด
2. รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา มหาวิทยาลัยรามคำแหง
3. รองศาสตราจารย์จุฑามาศ นิสารัตน์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
4. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
5. รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ สันตาสว่าง มหาวิทยาลัยรามคำแหง
6. รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
7. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง ศาลยุติธรรม
8. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์ นักวิชาการอิสระ
9. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ศาลรัฐธรรมนูญ
10. ศาสตราจารย์ทักษมัย ฤกษ์สุต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
11. ดร.ธนกฤต วรรณัชชากุล สำนักงานอัยการสูงสุด
12. อาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล มหาวิทยาลัยรังสิต
13. นายณัฏฐิ จิตสว่าง สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
14. นายนิรุฒ มณีพันธ์ การรถไฟแห่งประเทศไทย
15. นางปิยนุช มนุรังสรรค์ ศาลยุติธรรม
16. นายประกาศ คงเอียด กระทรวงการคลัง
17. นายประเสริฐ เสี่ยงสุทธีวงศ์ ศาลยุติธรรม
18. นายปิยะ ครุฑเดชะ บริษัท เบเคอร์ แอนด์ แม็คเคนซี จำกัด
19. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี นักวิชาการอิสระ
20. รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
21. ดร.เพชรรัตน์ ศุภนิมิตรกุลกิจ กระทรวงการคลัง
22. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
23. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
24. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พินิจจันทร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
25. รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
26. นายวรวิทย์ ทวาทสิน ศาลยุติธรรม
27. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันท์ทกะ ศาลยุติธรรม
28. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

29. นายศักดิ์ชัย ลิ้มศิริโพธิ์ทอง

30. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล

31. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์

32. นายสมชัย ชีมาอุตมากร

33. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบุรณ์เวช

34. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล

35. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล

36. ดร.สมบุรณ์ เสี่ยงมบุตร

37. นายสอนชัย สิริรายกุล

38. รองศาสตราจารย์สุชสมัย สุทธิบัติ

39. ดร.สุมาพร ศรีสุนทร

40. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ

41. นายกฤดา กฤติยาโชติปกรณ์

42. ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร

43. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ทศพล วรรณกุลพันธ์

44. อาจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ

บริษัท วีระวงศ์, ชินวัฒน์ และ
พาร์ทเนอร์ส จำกัด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สำนักงานอัยการสูงสุด

ศาลยุติธรรม

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

นักวิชาการอิสระ

ศาลยุติธรรม

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กระทรวงการคลัง

มหาวิทยาลัยขอนแก่น

กรมสรรพากร

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

1. ศาสตราจารย์พิเศษมารุต บุนนาค

2. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร กาโชน

3. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน

4. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์

5. นายสงวน ตีเยไพบูลย์สิน

ที่ปรึกษาของพรรคประชาธิปัตย์

สำนักงานกฎหมาย

คณิศร แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด

สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด

นักวิชาการอิสระ

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บรรณาธิการ

1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิลา รักดีคง

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กองบรรณาธิการ

- | | |
|--|-------------------------------------|
| 1. รองคณบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทรวรรณ ทองใหญ่ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทร ลิ้มปิติระ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. อาจารย์ศศิประภา ศิสสี วรรณการ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ | นักวิชาการอิสระ |
| 7. นายนันทิ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ | ศาลยุติธรรม |
| 9. นายสมชัย ชีฆาอุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 12. นายวรุฒิ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 13. นายนริศ มณีพันธ์ | การรถไฟแห่งประเทศไทย |
| 14. นางพัศนี เหลืองเรืองรอง | ศาลยุติธรรม |
| 15. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ | มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ |
| 16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 17. นายณศุท กรองแก้วอารยะ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 18. นางสาวนริศรา สารรัตน์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 19. นายเพชร ชื่นชม | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร
 10240 โทร 02-310-8208, 086-685-9111 โทรสาร 02-310-8208 E-mail: lawjournal@ru.ac.th
 Website: www.lawjournalru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4 พิมพ์หน้าเดียว
2. จัดพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows

3. ใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่าหน้ากระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม., และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า เนื้อหาที่มีความยาวไม่เกิน 50 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียม

1. **ชื่อบทความ** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา หากเป็นบทความที่เรียบเรียงจากโครงการวิจัย ให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายชื่อบทความภาษาไทยด้วย เพื่อระบุชื่อโครงการวิจัย แหล่งทุนที่ได้รับอุดหนุนการวิจัย
2. **ชื่อผู้พิมพ์** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุหน่วยงานต้นสังกัด คุณวุฒิการศึกษา ตามด้วย E-mail ติดต่อ โดยให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้า ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ
3. **บทคัดย่อ และ Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
4. **คำสำคัญ และ Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ
5. **หัวเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย เนื้อเรื่องใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวปกติจัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้วของบรรทัดถัดไป
6. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

เชิงอรรถ

คำว่า “เชิงอรรถ” ให้จัดด้านล่างหน้ากระดาษ ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย...,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี)/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน,/“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์,/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน,/ชื่อเรื่อง/[Online], Available URL:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนเชิงบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษให้ใช้ ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับ หลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์ สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ.”/ใน*/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย** ...,/เลขหน้า. ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน (ถ้ามี). สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.

- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)./สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)./สถานที่,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[ประเภทวัสดุ]./ที่มา:ที่มาของสารสนเทศ/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

การส่งต้นฉบับ

ส่งต้นฉบับจำนวน 1 ชุด ไปยังกองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 หรือ E-mail: lawjournal@ru.ac.th หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online Journal System) ได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

หลักเกณฑ์และกระบวนการตีพิมพ์บทความ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้นิพนธ์
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความหนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ อ่านง่ายและสร้างองค์ความรู้ใหม่
5. ผู้นิพนธ์ต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด

6. ต้นฉบับบทความที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องและคุณภาพทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชาจากภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวน 2 ท่าน (จำนวน 3 ท่าน สำหรับบทความที่ตีพิมพ์ปีที่ 11 ฉบับที่ 1 เป็นต้นไป) ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียกับผู้นิพนธ์ และเป็นการ peer review แบบ double blinded

7. เมื่อผู้นิพนธ์ได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้นิพนธ์ในลำดับถัดไป

จริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ (Publication Ethics)

เพื่อให้การสื่อสารทางวิชาการเป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับมาตรฐานการตีพิมพ์นานาชาติ กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จึงได้กำหนดจริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสาร ตามบทบาทหน้าที่ดังนี้

1. หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ (Duties of Editors)

1.1 บรรณาธิการมีหน้าที่พิจารณาและตรวจสอบคุณภาพของบทความ เพื่อตีพิมพ์และเผยแพร่บทความในวารสารที่ตนรับผิดชอบ

1.2 บรรณาธิการจะต้องมีการตรวจสอบบทความในเรื่องการคัดลอกผลงานของผู้อื่น (Plagiarism) และการคัดลอกผลงานของตนเอง (Self-Plagiarism) ในบทความอย่างจริงจัง โดยการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

1.3 หากในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ บรรณาธิการตรวจพบการคัดลอกผลงาน บรรณาธิการจะต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เพื่อขอคำชี้แจงเพื่อประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้นๆ

1.4 บรรณาธิการต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เมื่อตรวจพบการคัดลอกผลงานในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ เพื่อขอคำชี้แจงและประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้นๆ

1.5 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลของผู้นิพนธ์ และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

1.6 ในการคัดเลือกบทความตีพิมพ์ บรรณาธิการต้องตัดสินใจเลือกบทความหลังจากผ่านกระบวนการประเมินบทความแล้ว โดยพิจารณาจากความใหม่ ความสำคัญ ความชัดเจนของเนื้อหาที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารเป็นสำคัญ

1.7 บรรณาธิการต้องไม่มีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้นิพนธ์และผู้ประเมิน

1.8 บรรณาธิการต้องตีพิมพ์บทความที่ไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่แหล่งตีพิมพ์อื่น

2. บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้น เป็นผลงานใหม่และไม่มีการส่งให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์ในระยะเวลาเดียวกัน

2.2 ผู้นิพนธ์จะต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง ให้ปรากฏในผลงานของตน หากมีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้ในผลงานของตน รวมทั้งจัดทำรายการอ้างอิงท้ายบทความ

2.3 ผู้นิพนธ์ต้องเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยโดยให้เป็นไปตามข้อกำหนดของวารสารนี้ และถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้ใน “คำแนะนำการตีพิมพ์”

2.4 ผู้นิพนธ์ร่วม (Co-author) ทุกคนที่มีชื่อปรากฏในบทความ จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยจริง

2.5 ผู้นิพนธ์ต้องรายงานข้อเท็จจริงและผลที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัย โดยไม่ควรมีการบิดเบือนข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ

2.6 ในกรณีที่บทความวิจัย ผู้นิพนธ์ต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนในการทำวิจัยนี้

3. บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ (Duties of Reviewers)

3.1 เมื่อผู้ประเมินบทความได้รับบทความจากบรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความทราบอยู่แล้วว่า ตนเองอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์ เช่น เป็นผู้ร่วมโครงการ หรือรู้จักผู้นิพนธ์เป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลอื่นๆ ที่อาจทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้นๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญโดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขานั้นๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยไม่ควรใช้ความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบทความหรืองานวิจัยนั้นๆ

3.3 หากผู้นิพนธ์มีได้อ้างถึงผลงานวิจัยที่สำคัญๆ และสอดคล้องกับบทความเข้าไปในการประเมินบทความผู้ประเมินบทความต้องระบุเข้าไปในบทความที่กำลังประเมินด้วย เพื่อให้บทความเกิดคุณค่าในเชิงวิชาการเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ หากมีส่วนใดของบทความที่มีความเหมือน หรือซ้ำซ้อนกับผลงานชิ้นอื่นๆ ผู้ประเมินบทความต้องแจ้งให้บรรณาธิการทราบด้วย

3.4 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ ผู้ประเมินบทความต้องรักษาความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลบางส่วนหรือทุกส่วนของบทความที่ส่งมาเพื่อพิจารณาแก่บุคคลอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง