



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 11 ฉบับที่ 1

## สภานายกสภามหาวิทยาลัย

ขอต้อนรับนักศึกษาใหม่มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปีการศึกษา 2565 ทุกคน การเข้ามาศึกษาในระดับอุดมศึกษาถือเป็นอีกก้าวหนึ่งที่มีความสำคัญในชีวิต ขอให้นักศึกษาใหม่ทุกคนเรียนรู้และมีความสุขกับการใช้ชีวิตในรั้วมหาวิทยาลัย จัดสรรเวลาให้เหมาะสมตลอดจนมีความพากเพียรที่จะแสวงหาความรู้ เก็บเกี่ยวประสบการณ์ที่เป็นประโยชน์ในรั้วมหาวิทยาลัยแห่งนี้ไปใช้เพื่อพัฒนาตนเอง พัฒนาสังคม และพัฒนาประเทศชาติ



ในนามของสภามหาวิทยาลัย ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยพรให้ศิษย์ใหม่และศิษย์ปัจจุบันประสบแต่ความสุข ความเจริญ ประสบความสำเร็จในการศึกษา เพื่อสำเร็จออกไปเป็นบุคลากรชั้นเยี่ยมของสังคมไทยต่อไป



(ศาสตราจารย์สมบูรณ์ สุขสำราญ)

กรรมการสภามหาวิทยาลัยผู้ทรงคุณวุฒิ  
อุปนายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ทำหน้าที่แทน  
นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

## สารอธิการบดี

เนื่องในโอกาสเปิดภาคการศึกษาใหม่ ในปีการศึกษา 2565 ในนามของมหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอต้อนรับนักศึกษาทุกท่านด้วยความยินดียิ่ง ขอให้นักศึกษาจงภูมิใจที่ได้มีโอกาสศึกษาเล่าเรียน ณ มหาวิทยาลัยรามคำแหงแห่งนี้ ขอให้นักศึกษาทุกคนให้ความสำคัญกับการเรียนรู้ทั้งในสาขาของตน รวมถึงความรู้ในสาขาอื่น ไม่ว่าจะเป็นด้านวิชาการ ด้านคุณธรรมจริยธรรม จากในห้องเรียนและนอกห้องเรียน เพื่อที่จะเติบโตเป็นบัณฑิตที่มีคุณภาพ และเป็นกำลังสำคัญที่จะพัฒนาประเทศไทยให้เจริญก้าวหน้าต่อไป



นอกจากนี้ การเผยแพร่ผลงานวิชาการหรือผลงานวิจัย มีความสำคัญอย่างยิ่งในการแลกเปลี่ยนองค์ความรู้ ความคิด ดังนั้น มหาวิทยาลัยรามคำแหงจึงขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์ที่จัดพิมพ์วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ขึ้นเป็นประจำทุกปี ปีละ 2 ฉบับ และได้พัฒนาคุณภาพวารสารเข้ามาอยู่ในฐานข้อมูล TCI กลุ่ม 2 เพื่อเป็นเวทีสำหรับการนำเสนอผลงานค้นคว้าวิจัยและผลงานทางวิชาการ เพื่อให้นักกฎหมายได้เผยแพร่และแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง

ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยการให้ทุกท่าน มีสุขภาพร่างกายแข็งแรง มีความมุ่งมั่นในการศึกษาเล่าเรียน พัฒนาตนเองและประสบความสำเร็จในการศึกษาตลอดไป

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์สีปงษ์ ปราบใหญ่)  
อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

## สารคนบดีคณะนิติศาสตร์

ขอแสดงความยินดีและต้อนรับนักศึกษาใหม่ทุกท่านที่ได้เข้ามาศึกษาในรั้วมหาวิทยาลัยรามคำแหง อันเป็นสถาบันอันทรงเกียรติที่มุ่งผลิตบัณฑิตให้มีความรู้คู่คุณธรรม ตลอดระยะเวลาที่นักศึกษาใช้เวลาอยู่ในมหาวิทยาลัย ขอให้ทุกคนตั้งใจศึกษาเล่าเรียน ขยันหมั่นเพียร ควบคู่ไปกับการหาประสบการณ์ความรู้ การทำกิจกรรมที่เป็นประโยชน์ รวมทั้งพัฒนาศักยภาพตนเองให้เป็นบัณฑิตที่สมบูรณ์ต่อไป



คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้เห็นถึงความสำคัญในการเผยแพร่บทความวิชาการและบทความวิจัย โดยได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ขึ้นอย่างต่อเนื่องเป็นประจำทุกปี ด้วยความมุ่งมั่นที่จะพัฒนาและการยกระดับคุณภาพของวารสารให้มีมาตรฐานมากยิ่งขึ้น โดยวารสารวิชาการฉบับนี้ มีความสำคัญอย่างยิ่งในฐานะเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่องค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาและวิจัย อันเป็นประโยชน์แก่นักกฎหมายที่จะนำมาค้นคว้าอ้างอิง และนำไปใช้ประโยชน์ต่อไป

ในนามคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยการให้ทุกท่านประสบความสำเร็จในการศึกษา มีความสุขกายสุขใจ และเป็นกำลังสำคัญที่จะพัฒนาประเทศชาติให้เจริญก้าวหน้าต่อไป

S. Phoon

(รองศาสตราจารย์ฐาภรณ์ ศิริยุทธ์วัฒนา)  
คนบดีคณะนิติศาสตร์

## 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 กองบรรณาธิการ ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความ ซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

## วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

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

## บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่าน สำหรับวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 1 ประจำเดือนมกราคม - มิถุนายน พ.ศ. 2565 กองบรรณาธิการได้รับเกียรติจากผู้สนใจส่งบทความเป็นจำนวนมาก โดยมีบทความที่ผ่านการพิจารณาคัดเลือกจากกองบรรณาธิการ และประเมินคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิ ทั้งสิ้น 9 บทความ ประกอบด้วยบทความวิชาการ จำนวน 3 บทความ บทความวิจัย จำนวน 6 บทความ รวมถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจซึ่งเป็นบทความรับเชิญอีกบทความหนึ่ง

ในการนี้ กองบรรณาธิการ ขอขอบพระคุณผู้เขียนทุกท่านที่ได้ให้โอกาสวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ เป็นช่องทางเผยแพร่บทความอันทรงคุณค่าของท่านสู่สังคม กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากบทความที่น่าสนใจ ตลอดจนนำองค์ความรู้ที่ท่านได้รับไปพัฒนาต่อยอดทางด้านวิชาการต่อไป

ขอขอบพระคุณ  
บรรณาธิการ

# สารบัญ

หน้า

## บทความวิชาการ

|                                                                                                               |   |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| การใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้ายตามกฎหมายสุขภาพแห่งชาติ:<br>ศึกษาเปรียบเทียบประเทศไทยและไต้หวัน | 1 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|

สุณิญา ชีร์โรจน์วิทย์

|                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| มติใหม่แห่งการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลภายใต้<br>กิจกรรมการดำน้ำลึกในทะเลใต้ | 31 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

ณัชชา สุขะวัธนกุล

ภาณุพงศ์ เฉลิมสิน

|                                                                                                                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| การดำเนินการเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของประเทศไทย ศึกษากรณี<br>การประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ<br>สมัยที่ 26 | 67 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

ฐิติรัตน์ ยะอนันต์

## บทความวิจัย

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ที่เหมาะสมกับประเทศไทย: ศึกษาเปรียบเทียบ<br>กฎหมายและหน่วยงานของประเทศออสเตรเลีย | 109 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

ปฐวี สิริินากุล

|                                                                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 กับลักษณะการกระทำอนาจาร<br>โดยการล่วงล้ำ ตามมาตรา 278 วรรคสอง ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล<br>กฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 | 139 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

ปานรดา สุทธิทองแท้

|                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| การละเมิดพทุธวินัยบัญญัติของพระภิกษุที่ส่งผลกระทบต่อพระราชบัญญัติคณะสงฆ์<br>พ.ศ. 2505: ศึกษากรณีกระทำความผิดอาญา | 161 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

ภูณัช รัตนชัย

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| กฎระเบียบการคุ้มครองผู้บริโภคด้านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์<br>ในยุคการหลอมรวมสื่อของสิงคโปร์ | 181 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

ศิริญา ดุสิตนานนท์

|                                                                                                                                |      |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
|                                                                                                                                | หน้า |
| การแจ้งเบาะแส การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส และการให้เงินจูงใจ ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ เปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา | 217  |
| ดวงฤทัย บุญญาเสถียร                                                                                                            |      |
| มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานแพลตฟอร์มดิจิทัล: ศึกษากรณีธุรกิจรับส่งอาหารในประเทศไทย                                     | 263  |
| นันทพล พุทธพงษ์                                                                                                                |      |
| <b>บทความรับเชิญ</b>                                                                                                           |      |
| คำพิพากษากฎีกาที่น่าสนใจ: ฟ้องให้หน่วยงานรัฐล้มละลายได้หรือไม่                                                                 | 311  |
| มณฑล อรรถบลยุคล                                                                                                                |      |
| สิทธิ โสภณภิรมย์                                                                                                               |      |

การใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้าย  
ตามกฎหมายสุขภาพแห่งชาติ: ศึกษาเปรียบเทียบ  
ประเทศไทยและไต้หวัน

สุณิษฐา อีรโรจน์วิทย์



การใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้ายตามกฎหมายสุขภาพแห่งชาติ:  
ศึกษาเปรียบเทียบประเทศไทยและไต้หวัน\*

The Exercise of the Refuse Treatment Right of the Terminally-ill Patient  
under the National Health Laws:  
A Comparative Study of Thailand and Taiwan

สุนิษฐา อธิโรจน์วิทย์\*\*

Sunichaya Dhirarotwit

บทคัดย่อ

สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้าย (Right to refuse medical treatment) เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของผู้ป่วยในการปฏิเสธการรักษาเพื่อยืดชีวิตในวาระสุดท้ายหรือการปฏิเสธการรักษาที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดทรมานในวาระสุดท้ายของชีวิตผ่านพินัยกรรมชีวิต (Living will) ประเทศไทยได้รับรองสิทธิปฏิเสธการรักษาและอนุญาตให้ปล่อยผู้ป่วยเสียชีวิตอย่างสงบเองตามธรรมชาติ (passive euthanasia) ไว้ในมาตรา 12 พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ในปัจจุบันแม้สิทธิดังกล่าวตามกฎหมายสุขภาพแห่งชาติได้พัฒนาก้าวหน้าขึ้นอย่างมาก แต่อย่างไรก็ดี ยังมีปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญสองประการ กล่าวคือ ปัญหาผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการแสดงเจตนาแทนผู้ป่วยกรณีผู้ป่วยไม่ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาในวาระสุดท้ายไว้ล่วงหน้า และปัญหา

---

\*บทความวิชาการนี้ เป็นส่วนหนึ่งของวิชา น.599 สัมมนาคุชชินีพนธ์ แห่งหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประจำปีการศึกษา 2563.

This article is a part of LA599, Dissertation Seminar, in Doctor of Laws Program, Faculty of Law, Thammasat University, 2020.

\*\*นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: s.dhirarotwit@gmail.com

Student in Doctor of Laws Program, Faculty of Law, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 26 ตุลาคม 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 18 มีนาคม 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 21 มีนาคม 2565.

การไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดชัดเจนกรณีการดูแลประคับประคองโดยการลดระดับการรู้สึกตัวในระยะใกล้เสียชีวิต (Palliative Sedation) บทความนี้จึงมุ่งศึกษาปัญหาดังกล่าวของประเทศไทยโดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธการรักษาและการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้ายแบบประคับประคองของไต้หวัน ทั้งนี้ บทความนี้เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวง หรือออกประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติฉบับใหม่เพื่อกำหนดลำดับญาติใกล้ชิดผู้มีอำนาจแสดงเจตนาตามกฎหมายแทนผู้ป่วยระยะสุดท้าย และเสนอแนะให้ออกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการกำหนดการดูแลประคับประคองโดยการลดระดับการรู้สึกตัวในระยะใกล้เสียชีวิต

**คำสำคัญ:** สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้าย, พินัยกรรมชีวิตหรือหนังสือแสดงเจตจำนงล่วงหน้าเกี่ยวกับการดูแลผู้ป่วยในระยะสุดท้ายของชีวิต, การดูแลแบบประคับประคอง

### Abstract

The right to refuse medical treatment of a terminally ill patient is the patient's fundamental human right to refuse medical treatment that would prolong his/her terminal stage of life or to refuse any treatment that would cause unbearable pain and suffering via a living will. In Thailand, the right to refuse medical treatment and passive euthanasia are recognized under section 12 of the National Health Act B.E. 2550. At present, even such right under the national health laws has been increasingly developed in Thailand, there are two important problems. The first problem is who will be a legitimate authorized person to express intention on behalf of patient in case the patient has not made the living will. Another problem is none of clear guideline of the palliative sedation. This essay aims to study aforementioned important problems in Thailand, comparing with laws of Taiwan in such areas. This article proposes to amend the ministerial regulations or issue a new notification of National Health Commission Office in order to set forth the order of close relatives with the authority to express the intention on behalf of patient. Additionally, the clear rules and guidelines for palliative sedation needed to be legislated.

**Keywords:** right to refuse medical treatment of the terminally-ill patient, living will or advance directive regarding to caring the terminally-ill patient, palliative care

## 1. บทนำ

สิทธิการตายโดยสงบของผู้ป่วยเป็นสิทธิมนุษยชน<sup>1</sup> ในเชิงสิทธิที่คาบเกี่ยวกับศีลธรรมจริยธรรม<sup>2</sup> เป็นเรื่องที่มักมีมุมมองแนวความคิดด้านบาปบุญคุณโทษ ความหวาดกลัวต่อความผิดพลาดเข้ามาเป็นปัจจัยสำคัญ ทำให้เกิดข้อถกเถียงถึงความสมควรและระดับที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองสิทธิประเภทนี้ ส่งผลให้พัฒนาการการให้ความคุ้มครองสิทธิการตายโดยสงบเป็นไปด้วยความล่าช้าไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายเพื่อสนับสนุนการปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตเองตามธรรมชาติ (passive euthanasia) ซึ่งเป็นรูปแบบที่ประเทศส่วนใหญ่รวมถึงประเทศไทย<sup>3</sup> มีการบัญญัติกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ หรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งการออกกฎหมายเพื่อรองรับการทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิต หรือการุณยฆาต (active euthanasia) และการช่วยเหลือให้ผู้ป่วยทำใหัตนเองเสียชีวิตทางการแพทย์ (physician-assisted suicide) อันเป็นรูปแบบที่ยังมีประเทศส่วนน้อยเท่านั้นที่มีกฎหมายรองรับให้กระทำได้ในปัจจุบัน<sup>4</sup>

กรณีประเทศไทย นักกฎหมายการแพทย์ส่วนใหญ่<sup>5</sup> เห็นว่ากฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 (“พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ”) มาตรา 12 อนุญาตให้ปล่อยให้อายุผู้ป่วย

<sup>1</sup>อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางส่วนมีมุมมองว่าการใช้สิทธิการตายโดยการช่วยเหลือการฆ่าตัวตายทางการแพทย์และการุณยฆาต ไม่ควรที่จะถือเป็นสิทธิมนุษยชน โปรตุเกส นันทอน อินทนนท์, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตายโดยสงบ,” **บทบัญญัติ** 57, 4 (ธันวาคม 2544): 129-157.

<sup>2</sup>ตัวอย่างสิทธิมนุษยชนในเชิงศีลธรรม ได้แก่ สิทธิในการทำแท้ง สิทธิในการสมรสของเพศเดียวกัน การตัดต่อพันธุกรรมในมนุษย์ การโคลนนิ่งตัวอ่อนของมนุษย์.

<sup>3</sup>พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550, มาตรา 12 บัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดชอบ” และโปรตุเกส กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553.

<sup>4</sup>จากสถิติในช่วงระยะเวลา 5-6 ปี หลังจะเห็นได้ว่ามีประเทศที่ออกกฎหมายรองรับการที่แพทย์ทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิตโดยสงบ (active euthanasia) และการช่วยเหลือให้ผู้ป่วยทำใหัตนเองเสียชีวิต (assisted suicide) หายต่อเนื่องกันในเกือบทุกปี นับตั้งแต่ปี 2015-2021 ได้แก่ ประเทศโคลัมเบีย แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และสองประเทศล่าสุด คือ สเปน และโปรตุเกส.

<sup>5</sup>นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าการเสียชีวิตตามธรรมชาติ ไม่ใช่กรณี passive euthanasia โปรตุเกส นันทอน อินทนนท์, เรื่องเดิม และ ความเห็นของ พญ.ศรีเวียง ไพโรจน์กุล, “สิทธิปฏิเสธการรักษาในระยะท้ายของชีวิต กับปัญหาในทางปฏิบัติ,” ในงานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 24, จัดโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร, 2562, หน้า 49.

เสียชีวิตอย่างสงบตามธรรมชาติ (passive euthanasia) โดยผู้ป่วยสามารถปฏิเสธการรักษาเพื่อยืดชีวิตในวาระสุดท้ายหรือการปฏิเสธการรักษาในวาระสุดท้ายของชีวิต (Non-Treatment Decisions)<sup>6</sup> ซึ่งหมายถึง การที่ผู้ป่วยตัดสินใจที่จะงดหรือระงับการรักษาเพื่อยืดชีวิต (Withholding Life-Sustaining Treatment) และการถอนการรักษาเพื่อยืดชีวิต (Withdrawing Life-Sustaining Treatment) ผ่านพินัยกรรมชีวิต (Living will) หรือหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยที่ผู้ป่วยได้กระทำขึ้นไว้ล่วงหน้าก่อนที่ผู้ป่วยจะไม่มีอยู่ในสภาพที่จะแสดงเจตนาใด ๆ ด้วยตนเองได้อีก

นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 อันเป็นปีแรกที่ พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติเริ่มใช้บังคับจนกระทั่งปัจจุบัน แม้จะเป็นการแสดงให้เห็นว่าสิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้าย (“สิทธิปฏิเสธการรักษา”) ตามกฎหมายไทยได้ก้าวหน้าขึ้นอย่างมากแล้วก็ตาม<sup>7</sup> กรณียังมีปัญหาในการตีความและการบังคับใช้เกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวบางประการทำให้การใช้สิทธิการตายโดยสงบในกรณีการใช้สิทธิปฏิเสธการรักษายังเป็นไปโดยไม่สมบูรณ์

บทความนี้ในส่วนแรกได้กล่าวถึงแนวความคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิการตายโดยสงบในผู้ป่วยระยะสุดท้าย ในส่วนที่สองจะกล่าวถึงกฎหมายการใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาตามกฎหมายสุขภาพของประเทศไทยตาม พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ และกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิปฏิเสธการรักษา (รวมเรียกว่า “กฎหมายสุขภาพแห่งชาติ”) รวมถึงการนำเสนอกฎหมายสิทธิการปฏิเสธ

---

<sup>6</sup> นพพล วิทย์วรพงศ์, การตัดสินใจในระยะท้ายของชีวิตกับสังคมไทย: บทเรียนจากประสบการณ์ของต่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานการวิจัยแห่งชาติ, 2563), หน้า 26-27.

<sup>7</sup> ปัจจุบันมีกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ ออกตามมาในภายหลังเพื่ออธิบายขยายความและกำหนดแนวปฏิบัติของผู้มีวิชาชีพเกี่ยวข้อง บุคคลผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา ตลอดจนผู้เกี่ยวข้องอื่น ๆ ทั้งกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนา ฯ พ.ศ. 2553 ที่ออกตามความในมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว รวมถึงประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553, ประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง นิยามปฏิบัติการ (Operational definition) ของคำที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง (Palliative care) สำหรับประเทศไทย พ.ศ. 2563.

การรักษาและการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้ายแบบประคับประคองของไต้หวันที่กฎหมายและระบบรองรับในเรื่องนี้ได้พัฒนาไปอย่างโดดเด่น<sup>๘</sup> ตลอดจนมีประเพณีวัฒนธรรมและทัศนคติให้ความสำคัญต่อครอบครัว รวมทั้งนับถือพุทธศาสนาเป็นศาสนาหลักคล้ายคลึงกับประเทศไทย<sup>๙</sup> ในลำดับถัดมาเป็นการกล่าวถึงปัญหาและข้อเสนอแนะ ตลอดจนบทส่งท้ายการใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้ายตามกฎหมายสุขภาพแห่งชาติเพื่อเป็นแนวทางแก้ไขปัญหา ตลอดจนปรับปรุงการใช้บังคับกฎหมายสุขภาพแห่งชาติ เพื่อให้การใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาตามกฎหมายฉบับนี้ได้ปลดปล่อยพันธนาการทางร่างกายและจิตใจของผู้ป่วยระยะสุดท้ายให้จากไปอย่างสงบได้แท้จริง

## 2. แนวความคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิการตายโดยสงบในผู้ป่วยระยะสุดท้าย

วิทยาการทางการแพทย์ในปัจจุบันได้ถูกพัฒนาอย่างต่อเนื่องและก้าวหน้าถึงขนาดที่จะดึงรั้งชีวิตมนุษย์จากวาระการตายตามธรรมชาติได้ แต่ผู้ป่วยที่ถูกยื้อชีวิตนั้นกลับไม่อาจกลับมาใช้ชีวิตตามปกติ อีกทั้งยังช่วยเหลือตัวเองไม่ได้และมีชีวิตอยู่ได้โดยอาศัยเครื่องพยุงชีพต่าง ๆ อันเป็นสิ่งที่ทำให้สภาพความเป็นมนุษย์ลดน้อยถอยลง ซึ่งเป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์และทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human dignity)<sup>10</sup> ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของสิทธิมนุษยชนอันเป็นพื้นฐาน

---

<sup>๘</sup>ไต้หวันได้รับการจัดลำดับดัชนีคุณภาพการตาย (Quality of Death Index) ที่พัฒนาเพื่อใช้ประเมินคุณภาพของการดูแลแบบประคับประคองกว่า 80 ประเทศ โดย the Economist Intelligence Unit ในปี 2015 ให้เป็นอันดับ 1 ในทวีปเอเชียและเป็นอันดับที่ 6 ของโลก ในขณะที่คุณภาพของการดูแลแบบประคับประคองในประเทศไทยอยู่ที่ลำดับที่ 44 โปรดดู Shao-Yi Cheng, Ching-Yu Chen, and Tai-Yuan Chiu, “Advances of Hospice Palliative Care in Taiwan,” *The Korean Journal of Hospice and Palliative Care* 19, 4 (December 2016): 292 และโปรดดู Chun-Ying Cho, “From cure to care: the development of hospice care in Taiwan,” *Hospice & Palliative Medicine International Journal* 2, 5 (2018): 286-287.

<sup>๙</sup>ปัจจุบันมีหลายประเทศที่มีความก้าวหน้าและมาตรการทางกฎหมายรองรับสิทธิการตายโดยสงบ เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ เบลเยียม ลักเซมเบิร์ก สวิตเซอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกา แคนาดา นิวซีแลนด์ สเปน เป็นต้น แต่ส่วนใหญ่เป็นประเทศทางตะวันตก ซึ่งมีความแตกต่างทางวัฒนธรรมประเพณี ค่านิยม ความเชื่อทางศาสนา และมีความเป็นปัจเจกนิยมสูงกว่าบริบทของประเทศเอเชีย การหยิบยกไต้หวันมาเป็นกรณีศึกษา แม้ว่าพัฒนาการเรื่องสิทธิการตายโดยสงบของประเทศทางตะวันตกจะพัฒนาและมีความก้าวหน้ามากกว่า เพราะบริบททางสังคม วัฒนธรรม ศาสนา ประชากร และระบบกฎหมายของไต้หวันมีความใกล้เคียงกับประเทศไทย.

<sup>10</sup>ปิตร จันทรรัตน์ ณ อุธยา, *ตายอย่างมีศักดิ์ศรี* (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานปฏิรูประบบสุขภาพแห่งชาติ, 2546), หน้า 3.

ของความเป็นมนุษย์<sup>11</sup> มนุษย์ในฐานะประธานแห่งสิทธิจึงควรมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (the right to self determination) สามารถที่จะตัดสินใจอย่างอิสระด้วยตนเอง (autonomy)ว่าจะอนุญาตให้ผู้อื่นปฏิบัติต่อร่างกายของตนอย่างไร<sup>12</sup> รวมถึงการเลือกด้วยตนเองว่าจะใช้สิทธิที่จะตาย (the right to die) หรือ สิทธิที่จะมีชีวิต (the right to life)<sup>13</sup>

อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิการตายโดยสงบนั้นหากเป็นการทำให้ผู้ป่วยตาย ไม่ว่าจะเป็นกรณีการุณฆาต (active euthanasia) หรือ ในกรณีการช่วยเหลือให้ผู้ป่วยทำให้ตนเองเสียชีวิตทางการแพทย์ (physician-assisted suicide) ประเทศส่วนใหญ่มักเห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบและศีลธรรมอันดีของประชาชน (public order and good morals) รวมทั้งเป็นเรื่องทางจริยธรรมซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย แต่หากเป็นการปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตอย่างสงบเองตามธรรมชาติ หรือการให้สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้าย (passive euthanasia) นั้น หลายประเทศรวมทั้งประเทศไทยได้มีการออกกฎหมายเพื่อรองรับให้ใช้สิทธิดังกล่าวได้ แต่กระบวนการและขั้นตอนการดูแลผู้ป่วยที่ปฏิเสธการรักษา ตลอดจนวิธีการปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตอาจแตกต่างกันตามกฎหมายของแต่ละประเทศ<sup>14</sup>

สำหรับสิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้ายถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง สิทธิในความเป็นส่วนตัว และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิตามแนวคิดของสิทธิธรรมชาติที่มีมาแต่ดั้งเดิม อันถือว่าเป็นสิทธิที่ติดตัวกับความเป็นมนุษย์ ไม่ได้เป็นสิทธิที่เกิดจากรัฐบัญญัติหรือกำหนดขึ้นแต่อย่างใด<sup>15</sup> แนวความคิดสิทธิดังกล่าวเริ่มเป็นที่รับรู้จากการรับรองในประเทศตะวันตก จากนั้นจึงได้รับการคุ้มครองในกฎหมายภายในจากอีกหลายประเทศส่วนใหญ่ในโลก<sup>16</sup> นอกจากนี้สิทธิดังกล่าวยังได้รับการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ ทั้งในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งบัญญัติรับรองการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างมีอิสระ

---

<sup>11</sup> จริญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559), หน้า 57-58.

<sup>12</sup> นันทน อินทนนท์, *เรื่องเดิม*.

<sup>13</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *กฎหมายการแพทย์สมัยใหม่* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 54-55.

<sup>14</sup> นิรมัย พิศแข มั่นจิตร์, *กฎหมายว่าด้วยสิทธิของผู้ป่วยและการจัดทำบริการทางด้านสุขภาพ* (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 122.

<sup>15</sup> บัณฑิต บุญกระตือ, “มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพชาติ พ.ศ. 2550 ในมุมมองทางมหาชน,” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์*, 2557), หน้า 2.

<sup>16</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “สิทธิที่จะปฏิเสธการรักษา-สิทธิที่จะตาย,” *ตุลพาฬ* 56, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552): 56-58.

และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในข้อ 1 “มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ...” รวมถึงกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้บัญญัติรับรองสิทธิในการกำหนดตนเอง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิในความเป็นส่วนตัว ในภาค 1 ข้อ 1 “ประชาชนทั้งปวงมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง” และในข้อ 10 (1) บัญญัติว่า “บุคคลทั้งหลายที่ถูกลิดรอนเสรีภาพต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และได้รับการเคารพในศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์” รวมถึงในข้อ 17 กำหนดถึงสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกสอดแทรกในความเป็นส่วนตัว นอกจากนี้ยังได้รับการรับรองจากแพทยสมาคมโลก (World Medical Association) ซึ่งให้การรับรองสิทธิของผู้ป่วยไว้ในปฏิญญาลิสบอน (World Medical Association Declaration of Lisbon on The Rights of The Patient) ค.ศ. 1981 แก้ไขเพิ่มเติมใน ค.ศ. 2005 ทั้งนี้ สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้ายถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิปฏิเสธการรักษาพยาบาล (Right to refuse medical treatment) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ป่วยตามข้อ 3 (b)<sup>17</sup> ว่าด้วยสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองที่กำหนดให้ผู้ป่วยที่มีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์มีสิทธิในการให้หรือถอนความยินยอมในวินิจฉัยโรคและการรักษาทุกกระบวนการ โดยผู้ป่วยมีสิทธิได้รับข้อมูลที่จำเป็นในการตัดสินใจ ผู้ป่วยต้องเข้าใจชัดเจนในจุดประสงค์การรักษาผลของการรักษาและผลที่จะเกิดขึ้นกรณีที่ผู้ป่วยถอนหรือปฏิเสธความยินยอมในการรักษา อีกทั้งในข้อที่ 10 อันเป็นข้อสุดท้ายในปฏิญญานี้ บัญญัติรับรองสิทธิในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ป่วยว่า “ศักดิ์ศรีและสิทธิในความเป็นส่วนตัวต้องได้รับความเคารพตลอดเวลาในการรักษา โดยคำนึงถึงวัฒนธรรมและคุณค่าของผู้ป่วย ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับการบรรเทาความทุกข์ทรมานตามสถานการณ์ความรู้ในปัจจุบัน และมีสิทธิได้รับการดูแลในวาระสุดท้ายอย่างมีมนุษยธรรม ตลอดจนได้รับความช่วยเหลือในทุกวิถีทางเพื่อให้เสียชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีและสงบเท่าที่จะเป็นไปได้”<sup>18</sup> จึงเป็นความมุ่งหมายให้ผู้ป่วยตายดี คือ ไม่ถูกเทคโนโลยีทางการแพทย์ใด ๆ ที่เกินจำเป็นและไม่สมควรมายืดการตายไว้<sup>19</sup>

<sup>17</sup>World Medical Association Declaration of Lisbon on The Rights of The Patient ค.ศ. 2005, ข้อ 3 (b) โปรดดู World Medical Association, **WMA Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient** [Online], available URL: <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-lisbon-on-the-rights-of-the-patient/>, 2020 (June, 3).

<sup>18</sup>World Medical Association Declaration of Lisbon on The Rights of The Patient ค.ศ. 2005, ข้อที่ 10 โปรดดู World Medical Association, Ibid.

<sup>19</sup>เอกสารแนบท้าย ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553.

### 3. กฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาตามกฎหมายสุขภาพแห่งชาติของประเทศไทยและไต้หวัน

#### 3.1 กฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาตามกฎหมายสุขภาพแห่งชาติของประเทศไทย

พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติมาตรา 12<sup>20</sup> ได้รับรองสิทธิให้บุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมาย มีสิทธิสัมปชัญญะครบถ้วนบริบูรณ์แสดงเจตนาเป็นหนังสือเพื่อแจ้งความจำนงค์ที่จะไม่รับบริการสาธารณสุขในกรณีหนึ่งกรณีใดหรือทั้งสองกรณี คือ

1) ไม่ประสงค์จะรับบริการในการบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต

2) ไม่ประสงค์จะรับบริการในการบริการสาธารณสุขหรือการรักษาพยาบาลที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานต่อร่างกายตนเอง

ผู้แสดงเจตนาอาจแสดงความประสงค์ไว้ก่อนล่วงหน้าในช่วงเวลาที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงโดยไม่จำเป็นต้องรอแสดงเจตนาเมื่อเป็นผู้ป่วยระยะสุดท้ายหรือผู้ป่วยโรคร้ายใด ๆ ผ่านการทำพินัยกรรมชีวิต (living will) หรือ หนังสือแสดงเจตจำนงล่วงหน้าเกี่ยวกับการดูแลผู้ป่วยในระยะสุดท้ายของชีวิต (advance directive)<sup>21</sup> เพื่อให้หนังสือแสดงเจตนาดังกล่าวมีผลเมื่อผู้ทำหนังสืออยู่ในภาวะไม่รู้สึกรู้ตัวหรือป่วยหนักจนไม่มีสติสัมปชัญญะหรือความสามารถที่จะแสดงเจตนาใด ๆ ต่อแพทย์ผู้ให้การรักษาได้

บริการสาธารณสุขที่ประสงค์จะไม่รับบริการตามมาตรา 12 นี้หมายความว่าถึงการรักษาใด ๆ ที่ไม่จำเป็น (Futile Treatment) และการใช้เครื่องพยุงชีพทั้งหมด<sup>22</sup> เช่น การผายปอดกึ่งชีพ การนวดหัวใจ การใส่ท่อช่วยหายใจ การให้ยากระตุ้นหัวใจ การใช้เครื่องช่วยหายใจ การให้สารน้ำหรือสารอาหารทางหลอดเลือดดำ การล้างไต การให้เลือด เป็นต้น<sup>23</sup> รวมถึงการรักษาที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อคุณภาพชีวิต

<sup>20</sup>พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550, มาตรา 12 บัญญัติว่า “ให้บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง.”

<sup>21</sup>รุ่งนรินทร์ ประดิษฐ์สุวรรณ, “การทำหนังสือแสดงเจตนาเกี่ยวกับการดูแลรักษาผู้ป่วยในระยะสุดท้ายของชีวิต (advance directives) และการดูแลรักษาผู้ป่วยแบบประคับประคอง (palliative care),” ใน นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 187.

<sup>22</sup>นพพล วิทย์วรพงศ์, เรื่องเดิม.

<sup>23</sup>ประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง นิยามปฏิบัติการ (Operational definition) ของคำที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง (Palliative care) สำหรับประเทศไทย พ.ศ. 2563, ข้อ 36.

ของผู้ป่วยในระยะยาว แต่มีผลเพียงช่วยยืดชีวิตของผู้ป่วยออกไปเท่านั้น<sup>24</sup> นอกจากนี้ สิทธิของผู้ป่วย ผู้ทำพินัยกรรมชีวิตที่จะไม่รับบริการสาธารณสุขกรณีนี้ หมายถึงเฉพาะกรณีผู้ป่วยระยะสุดท้ายเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่รวมถึงผู้ป่วยจากอุบัติเหตุ หรือโรคอื่นใดที่หมดสติ ไม่รู้สึกตัว แต่ไม่ได้อยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิต ซึ่งในกรณีดังกล่าว ผู้ป่วยจะยังคงได้รับการบริการสาธารณสุขในการช่วยชีวิตจากแพทย์อย่างเต็มที่<sup>25</sup> ทั้งนี้ เมื่อการทำพินัยกรรมชีวิตมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขที่ได้ปฏิบัติตามเจตนาของผู้ป่วยย่อมไม่มีความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาทั้งปวง<sup>26</sup> โดยวิธีการดำเนินการและรายละเอียดต่างๆ ของการทำหนังสือแสดงเจตนา นั้น เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนา ไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553 (“กฎกระทรวง พ.ศ. 2553”) โดยกฎกระทรวง พ.ศ. 2553 ได้กำหนดเนื้อความสาระสำคัญเพื่อใช้เป็นแนวทางในการเขียนหนังสือแสดงเจตนา<sup>27</sup> ตัวอย่างเช่น การระบุข้อมูลส่วนตัวของผู้ทำหนังสือ วันเดือนปีที่ทำหนังสือ ชื่อ-นามสกุล หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชนของพยาน ผู้เขียน (กรณีให้บุคคลอื่นเขียน) และ บุคคลผู้ทำหน้าที่อธิบายความประสงค์ที่แท้จริงของผู้ทำหนังสือกรณีที่ทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ชัดเจน นอกจากนี้ ควรระบุประเภทของบริการ

<sup>24</sup>เอกสารแนบท้ายประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553.

<sup>25</sup>แสวงบุญเฉลิมวิภาส, **หลักการมาตรา 12 ของพ.ร.บ.สุขภาพแห่งชาติคือสิทธิที่จะขอตายตามธรรมชาติ** [Online], available URL: file:///C:/Users/Administrator/Downloads/%E0%B8%AB%E0%B8%A5%E0%B8%B1%E0%B8%81%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%95%E0%B8%A3%E0%B8%B2%2012%20%E0%B8%82%E0%B8%AD%E0%B8%87%20%E0%B8%9E.%E0%B8%A3.%E0%B8%9A.%E0%B8%AA%E0%B8%B8%E0%B8%B8%E0%B8%82%E0%B8%A0%E0%B8%B2%E0%B8%9E%204%20%E0%B8%A1.%E0%B8%84.59.pdf, 2563 (มิถุนายน, 3).

<sup>26</sup>พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550, มาตรา 12 วรรคสาม บัญญัติว่า “เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดชอบทั้งปวง.”

<sup>27</sup>โปรดดู กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553, ข้อ 3.

สาธารณสุขที่ไม่ประสงค์จะได้รับ เช่น การผ่าตัด การใช้เคมีบำบัด การกู้ชีพเมื่อหัวใจหยุดเต้น การล้างไต การถ่ายเลือด รวมถึงรายละเอียดอื่น ๆ อาทิ สถานที่ที่ต้องการเสียชีวิต เป็นต้น และลงลายมือชื่อของบุคคลผู้ทำหนังสือตลอดจนผู้เกี่ยวข้องในการทำหนังสือฉบับดังกล่าวไว้ รวมถึงการระบุสถานที่ทำหนังสือแสดงเจตนา<sup>28</sup> ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาเมื่อวาระสุดท้ายใกล้จะมาถึง<sup>29</sup>

นอกจากนี้กฎกระทรวง พ.ศ. 2553 ยังได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “บริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย”<sup>30</sup> ไว้อีกด้วย เมื่อผู้ป่วยที่ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาตามมาตรา 12 พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ ไว้แล้ว ผู้ป่วยจะถูกลงมือไม่ได้รับการรักษาเพื่อพยุงชีพ (Withholding Life-Sustaining Treatment) หรือถูกระงับการรักษาหรือถูกถอดถอนการรักษาพยุงชีพ (Withdrawing Life-Sustaining Treatment) ซึ่งหมายถึง การไม่นำเครื่องมือและเทคโนโลยีทางการแพทย์ใด ๆ เข้าไปดำเนินการช่วยชีวิตผู้ป่วย ตั้งแต่เริ่มแรก รวมถึงการหยุดการใช้อุปกรณ์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เคยใช้เพื่อพยุงชีพผู้ป่วย และปล่อยให้อาการของโรคเป็นไปตามธรรมชาติ การดำเนินการของแพทย์ไม่มุ่งหวังการรักษาให้ผู้ป่วยระยะสุดท้ายหายขาดจากโรค หรือมุ่งหวังให้ผู้ป่วยระยะสุดท้ายมีชีวิตยืนนานที่สุด หากแต่มีวัตถุประสงค์ให้ผู้ป่วยเสียชีวิตโดยสงบตามธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม การปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตเองตามธรรมชาตินั้น ไม่ได้หมายความว่า เป็นการปล่อยปละละทิ้ง หรือ ไม่ให้การดูแลใด ๆ ต่อผู้ป่วย เนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้ผู้ป่วยยังคงมีสิทธิได้รับการดูแลแบบประคับประคอง<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup>โปรดดู กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตหรือ เพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553, ข้อ 4.

<sup>29</sup>โปรดดู กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553, ข้อ 6.

<sup>30</sup>“บริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตหรือ เพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย” หมายความว่า วิธีการที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนำมาใช้กับผู้ป่วยทำหนังสือแสดงเจตนาเพื่อประสงค์จะยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตออกไป โดยไม่ทำให้ผู้ป่วยทำหนังสือแสดงเจตนาพ้นจากความตายหรือยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย ทั้งนี้ ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา ยังคงได้รับการดูแลรักษาแบบประคับประคอง.

<sup>31</sup>โปรดดู ประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง นิยามปฏิบัติการ (Operational definition) ของคำที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง (Palliative care) สำหรับประเทศไทย พ.ศ. 2563.

ในส่วนนิยาม คำว่า วาระสุดท้ายของชีวิต<sup>32</sup> หรือการเป็นผู้ป่วยระยะสุดท้ายนั้น แม้ไม่อาจกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาได้อย่างชัดเจนเนื่องจากต้องเป็นการพิจารณาผู้ป่วยเป็นรายๆ ไปก็ตาม แต่โดยทั่วไปแล้วคำว่า “วาระสุดท้ายของชีวิต” ใช้กับผู้ป่วยที่ไม่อาจรักษาให้มีอาการฟื้นคืนดีได้ วิทยาการทางการแพทย์ช่วยได้เพียงบรรเทาความทุกข์ทรมานจากพยาธิสภาพหรืออาการของโรคที่ดำเนินอยู่เพียงชั่วคราว แต่ไม่อาจยับยั้งการลุกลามของโรคหรือสภาวะการทำงานของร่างกายที่น้อยลงไปเรื่อย ๆ และภาวะดังกล่าวกำลังนำไปสู่การเสียชีวิตในเวลาอีกไม่นาน เช่น ไม่กี่สัปดาห์ หรือไม่กี่เดือน เป็นต้น นอกจากนี้ ยังรวมถึงสภาพผักถาวร (persistent vegetative state หรือ (PVS)) เพราะเป็นสภาพที่ผู้ป่วยต้องพึ่งพาเครื่องมือ และวิทยาการทางการแพทย์ในการพยุงชีพ ไม่ว่าจะเป็นการให้สารน้ำหรือสารอาหารทางหลอดเลือด การใช้เครื่องช่วยหายใจ โดยที่ผู้ป่วยไม่อาจดำรงชีพอยู่ได้หากปราศจากเครื่องมือทางการแพทย์ดังกล่าว<sup>33</sup>

ทั้งนี้ สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติได้ออกประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติเรื่องแนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุข และเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553 (“ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2553”) เพื่ออธิบายและกำหนดแนวทางการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุข เช่น หมอ พยาบาล และโรงพยาบาล ในการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนา โดยมีสาระสำคัญหลายประการ ยกตัวอย่างเช่น ในเบื้องต้นได้ระบุอย่างชัดเจนว่าการทำ

<sup>32</sup> “วาระสุดท้ายของชีวิต” หมายความว่า ภาวะของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาอันเกิดจากการบาดเจ็บหรือโรคที่ไม่อาจรักษาให้หายได้และผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้รับผิดชอบการรักษาได้วินิจฉัยจากการพยากรณ์โรคตามมาตรฐานทางการแพทย์ว่า ภาวะนั้นนำไปสู่การตายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ในระยะเวลาอันใกล้จะถึง และให้หมายความรวมถึงภาวะที่มีการสูญเสียหน้าที่อย่างถาวรของเปลือกสมองใหญ่ที่ทำให้ขาดความสามารถในการรับรู้และติดต่อสื่อสารอย่างถาวร โดยปราศจากพฤติกรรมตอบสนองใดๆ ที่แสดงถึงการรับรู้ได้ จะมีเพียงปฏิกิริยาสนองตอบอัตโนมัติเท่านั้น.

<sup>33</sup> เอกสารแนบท้าย ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553.

หนังสือแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาไม่ใช่การทำการุณยฆาต (Mercy killing) แต่อย่างใด<sup>34</sup> นอกจากนี้ได้ให้คำแนะนำคุณสมบัติเรื่องอายุผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาไว้ ให้ใช้เกณฑ์ 18 ปีบริบูรณ์ แต่หากเป็นผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองโดยชอบธรรม<sup>35</sup> อีกทั้งในส่วนคำแนะนำการจัดเก็บข้อมูลหนังสือแสดงเจตนา เพื่อให้หนังสือแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยไม่เสียเปล่าและได้ถูกรับทราบจากแพทย์ผู้ให้การรักษาในขณะที่ผู้ป่วยเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล ผู้ป่วยควรเก็บรักษาต้นฉบับหนังสือแสดงเจตนาไว้เอง และเมื่อเจ้าหน้าที่โรงพยาบาลได้รับหนังสือแสดงเจตนาของผู้ป่วย ให้ถ่ายสำเนาและให้ผู้ป่วยรับรองความถูกต้องของสำเนาหนังสือแสดงเจตนาเพื่อเก็บไว้ในเวชระเบียนของผู้ป่วย หรือบันทึกไว้ในฐานข้อมูลของโรงพยาบาล<sup>36</sup>

สิทธิตามมาตรา 12 พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ และกฎกระทรวง พ.ศ. 2553 ให้สิทธิแก่ผู้ป่วยที่แม้ว่าจะปฏิเสธการรักษาแล้ว ยังคงต้องได้รับการดูแลแบบประคับประคองทางการแพทย์ แต่เดิมกฎหมายทั้งสองฉบับข้างต้นก็ได้กำหนดความหมาย คำว่า “การดูแลรักษาแบบประคับประคอง” ไว้ทำให้กระหนการกำหนดงานด้านการดูแลรักษาแบบประคับประคองให้เป็นภารกิจของสถานพยาบาลของรัฐ และการจัดสรรงบประมาณของรัฐ ต่อมาคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติจึงได้ออกประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง นิยามปฏิบัติการ (Operational definition) ของคำที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง (Palliative care) สำหรับประเทศไทย พ.ศ. 2563 (“ประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2563”) เพื่อรับรองสิทธิของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา

---

<sup>34</sup>โปรดดู คำแนะนำเบื้องต้น ในเอกสารแนบท้าย ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553.

<sup>35</sup>โปรดดู คำอธิบายและแนวทางปฏิบัติงาน กฎกระทรวงข้อ 3 ในเอกสารแนบท้าย ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553.

<sup>36</sup>โปรดดู คำอธิบายและแนวทางปฏิบัติงาน กฎกระทรวงข้อ 5 ในเอกสารแนบท้าย ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553.

และรองรับมาตรา 12 แห่ง พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ อีกทั้งเพื่อขยายความกฎกระทรวง พ.ศ. 2553 โดยในข้อ 19 ของเอกสารแนบท้ายประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2563 ฉบับนี้ อธิบาย การดูแลแบบประคับประคอง (Palliative Care) คือ

“การดูแลผู้ที่มีภาวะจำกัดการดำรงชีวิต (Life Limiting Conditions) หรือภาวะคุกคามต่อชีวิต (Life Threatening Conditions) โดยมีจุดประสงค์เพื่อเพิ่มคุณภาพชีวิตและบำบัดเยียวยา และบรรเทาความทุกข์ทรมานทางกาย จิต อารมณ์ สังคม และจิตวิญญาณ ตั้งแต่ระยะเริ่มต้นของการเจ็บป่วย จนกระทั่งเสียชีวิตโดยครอบคลุมถึงครอบครัวและผู้มีความสัมพันธ์ของผู้ป่วยด้วย ทั้งนี้ อาจจัดบริการ ทั้งในและนอกสถานบริการ...หมายรวมถึง การดูแลตั้งแต่แรกวินิจฉัยว่า เป็นโรคหรือภาวะที่ไม่สามารถ รักษาให้หายได้และไม่ตอบสนองต่อการรักษา ซึ่งผู้ป่วยยังอาจอยู่ได้นานหลายเดือน หรือหลายปีก่อน จะเสียชีวิต โดยไม่ใช่เพียงการดูแลผู้ป่วยในช่วงใกล้เสียชีวิต”

นอกจากนี้ ในข้อ 43 ของเอกสารดังกล่าว<sup>37</sup> ได้อธิบายถึงการลดระดับความรู้สึกตัวในระยะ ใกล้เสียชีวิต (Palliative Sedation) ซึ่งเป็นการดูแลแบบประคับประคองรูปแบบหนึ่งที่มักใช้กับผู้ป่วย ที่ใกล้เสียชีวิตโดยการให้ยานอนหลับเพื่อลดระดับความรู้สึกตัวของผู้ป่วย มักใช้เมื่อการใช้ยาแก้ปวด รุนแรงไม่เป็นผล หรือไม่มีทางอื่นที่จะลดความทรมานของผู้ป่วยได้แล้ว โดยแพทย์จะให้ยานอนหลับ อย่างเข้มข้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความเจ็บปวดทรมานและลดความรู้สึกตัวของผู้ป่วย อย่างไรก็ตาม ผลทางอ้อมที่เกิดขึ้น คือ เมื่อการลดระดับความรู้สึกตัวของผู้ป่วยถึงจุดหนึ่ง ผู้ป่วยอาจจะขาดน้ำและ อาหาร และส่งผลให้ผู้ป่วยเสียชีวิตในที่สุด

กฎกระทรวง พ.ศ.2553 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนา ของผู้ป่วยเมื่อถึงวาระสุดท้ายของชีวิตหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยไว้ว่า ในกรณีที่ผู้ป่วย ทำพินัยกรรมชีวิตไว้ล่วงหน้า เมื่อวาระสุดท้ายของชีวิตใกล้จะมาถึงหรือเพื่อยุติการทรมานจากการ เจ็บป่วย หากผู้ป่วยไม่สามารถสื่อสารใด ๆ ได้ ให้แพทย์อธิบายถึงภาวะความเป็นไปของโรค และรายละเอียด ของหนังสือแสดงเจตนาของผู้ป่วยให้แก่บุคคลที่ผู้ป่วยระบุชื่อในหนังสือแสดงเจตนาให้ทำหน้าที่ อธิบายความประสงค์แท้จริงกรณีหนังสือแสดงเจตนามีความไม่ชัดเจน หรืออธิบายแก้แค้นของผู้ทำ หนังสือแสดงเจตนา ก่อนที่แพทย์จะดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาต่อไป และหากมีปัญหาใด ๆ ในการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนา ให้แพทย์ผู้ทำการรักษาปรึกษากับบุคคลข้างต้น โดยให้คำนึงถึง

<sup>37</sup>การลดระดับความรู้สึกตัวในระยะใกล้เสียชีวิต (Palliative Sedation) “การบำบัดโดยการให้ยาลดระดับ ความรู้สึกตัว หรือทำให้ไม่รู้สึกตัว แก่ผู้ป่วยระยะใกล้เสียชีวิตที่มีความทุกข์ทรมานอย่างรุนแรงหรือจัดการลำบาก และจัดการด้วยวิธีการอื่นไม่สำเร็จ.”

เจตนาของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาเป็นสำคัญ<sup>38</sup> อย่างไรก็ตาม พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ และกฎกระทรวง พ.ศ. 2553 หรือกฎหมายลำดับรองฉบับอื่น ๆ ไม่ได้มีบทบัญญัติถึงกรณีว่าบุคคลใดจะเป็นผู้มีอำนาจในการแสดงเจตนาแทนผู้ป่วย ในกรณีที่ผู้ป่วยไม่ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาที่จะใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาไว้ล่วงหน้า

ในกรณีที่มิมีปัญหาการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาเนื่องจากแพทย์ปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามหนังสือแสดงเจตนาในขณะที่ผู้แสดงเจตนาไม่สามารถให้ความยินยอมเนื่องจากไม่สามารถสื่อสารได้แล้ว ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2553 กำหนดว่า ให้แพทย์ผู้รับผิดชอบการรักษาปรึกษากับผู้ที่ทำหน้าที่อธิบายความประสงค์ที่แท้จริงของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา แต่หากผู้แสดงเจตนาไม่ได้รับรู้ผู้ที่ทำหน้าที่ดังกล่าวไว้ในหนังสือแสดงเจตนา ให้แพทย์ปรึกษากับญาติใกล้ชิด หากไม่สามารถหาข้อยุติร่วมกันได้ ให้แพทย์ผู้ให้การดูแลรักษาคำนึงถึงเจตนาของผู้ป่วย<sup>39</sup> และหลักการดูแลแบบประคับประคองเป็นสำคัญ<sup>40</sup> หากแพทย์ได้ดูแลรักษาผู้แสดงเจตนาตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ เพื่อให้ผู้ป่วยมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น รวมทั้งได้ปฏิบัติตามความต้องการของผู้ป่วยตามหนังสือแสดงเจตนาในการปฏิเสธการรักษาแล้ว แพทย์ย่อมไม่มีความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา<sup>41</sup> นอกจากนี้ การที่ผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขไม่ปฏิบัติตามหนังสือแสดงเจตนาของผู้ป่วยที่ไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขในวาระสุดท้าย แพทย์ที่ไม่ยินยอมปฏิบัติตามหนังสือดังกล่าว

---

<sup>38</sup>โปรดดู กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553, ข้อ 6.

<sup>39</sup>โปรดดู กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553, ข้อ 6 (3).

<sup>40</sup>โปรดดู คำอธิบายและแนวทางปฏิบัติงาน กฎกระทรวงข้อ 5 ในเอกสารแนบท้าย ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553.

<sup>41</sup>โปรดดู คำอธิบายและแนวทางปฏิบัติงาน กฎกระทรวงข้อ 6 (3) และประเด็นอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามหนังสือแสดงเจตนา ในเอกสารแนบท้าย ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553.

ก็ไม่ถือว่ามีความผิดตามกฎหมายเช่นเดียวกัน หากได้ปฏิบัติตามหลักจริยธรรมแห่งวิชาชีพในการดูแลรักษาผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาแล้ว อย่างไรก็ตามแพทย์ยังมีหน้าที่แจ้งให้ญาติใกล้ชิดของผู้ป่วยทราบถึงเหตุผลที่ไม่ปฏิบัติตามหนังสือแสดงเจตนา<sup>42</sup> ในกรณีนี้โรงพยาบาลอาจมีการพิจารณาแต่งตั้งคณะกรรมการจริยธรรมเพื่อให้ความเห็นทางวิชาการและให้คำแนะนำในกรณีที่แพทย์ผู้ทำการรักษาและญาติของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาไม่เห็นตรงกันในเรื่องดังกล่าว<sup>43</sup> โดยคณะกรรมการจริยธรรมอาจมีองค์ประกอบจากบุคคลสามฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายแพทย์ผู้ดูแลรักษาผู้ป่วย ฝ่ายญาติผู้ป่วย และฝ่ายคนกลางซึ่งประกอบด้วยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ นักกฎหมาย นักสังคมสงเคราะห์ เป็นต้น<sup>44</sup>

### 3.2 กฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาตามกฎหมายสุขภาพแห่งชาติของไต้หวัน

ไต้หวันมีการบัญญัติกฎหมาย<sup>45</sup> เกี่ยวกับการทำหนังสือแสดงเจตนาในกรณีของผู้ป่วยระยะสุดท้ายไว้เป็นการเฉพาะ คือ กฎหมายเกี่ยวกับการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้ายแบบประคับประคอง (Hospice Palliative Care Act 2000) (“กฎหมายเกี่ยวกับการดูแลแบบประคับประคอง”) ซึ่งได้ให้ความหมายของ “การดูแลแบบประคับประคอง” หมายถึง การดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้ายแบบประคับประคองในทางการแพทย์เพื่อลดและกำจัดความทุกข์ทรมานทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ และจิตวิญญาณเพื่อเพิ่มคุณภาพชีวิตให้แก่ผู้ป่วยระยะสุดท้าย<sup>46</sup>

<sup>42</sup>โปรดดู คำอธิบายและแนวทางปฏิบัติงานประเด็นอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามหนังสือแสดงเจตนาในเอกสารแนบท้าย ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553.

<sup>43</sup>โปรดดู คำอธิบายและแนวทางปฏิบัติงาน กฎกระทรวงข้อ 6 (3) ในเอกสารแนบท้าย ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553.

<sup>44</sup>ยังยุทธ ภูประดับกฤต, การตายดี: สิทธิซึ่งทุกคนพึงได้รับกับปัญหาในทางปฏิบัติ [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13459.pdf>, 2563 (มิถุนายน, 3).

<sup>45</sup>ระบบกฎหมายของไต้หวัน เป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law Legal System) เช่นเดียวกับประเทศไทย ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ Xiaomeng Zhang, Taiwan Legal Research Guide [Online], available URL: <https://www.nyulawglobal.org/globalex/Taiwan.html#iii3>, 2021 (May, 17).

<sup>46</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 3.

ตามกฎหมายฉบับนี้ ผู้ป่วยระยะสุดท้ายอาจเขียนหนังสือแสดงเจตนาในการเลือกการดูแลแบบประคับประคองหรือการรักษาเพื่อยืดชีวิต<sup>47</sup> โดยหนังสือแสดงเจตนาต้องระบุชื่อ<sup>48</sup> เลขประจำตัวประชาชน และภูมิลำเนาหรือที่อยู่ เจตนาเกี่ยวกับการเลือกการดูแลแบบประคับประคอง หรือการรักษาเพื่อยืดชีวิต และเนื้อหาที่ประสงค์จะระบุ วันที่เขียนหนังสือแสดงเจตนา และลงนามโดยผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา<sup>49</sup> นอกจากนี้ ผู้ทำหนังสืออาจกำหนดตัวผู้แทนทางการแพทย์ไว้ล่วงหน้าโดยระบุรายละเอียดไว้ในหนังสือแสดงเจตนา<sup>50</sup> ทั้งนี้ ผู้แทนดังกล่าวอาจลงนามในการแสดงเจตนาแทนผู้ทำหนังสือกรณีที่ผู้ทำหนังสือไม่สามารถลงนามด้วยตนเองได้<sup>51</sup> โดยทั่วไปแล้วหนังสือแสดงเจตนาสามารถทำขึ้นโดยบุคคลบรรลุนิติภาวะและมีความสามารถทางกฎหมาย โดยอาจเขียนหนังสือแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้า<sup>52</sup> แต่ในกรณีของหนังสือแสดงเจตนาที่ทำโดยผู้เยาว์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม (legal representative) ในกรณีที่ผู้เยาว์ไม่สามารถแสดงเจตนาได้ ผู้แทนโดยชอบธรรมจะเป็นผู้ลงนามในหนังสือแสดงเจตนา<sup>53</sup>

สำหรับผู้ป่วยระยะสุดท้ายที่ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาในการเลือกไม่รับการกู้ชีพโดยการทำให้หัวใจเต้นอีกครั้ง<sup>54</sup> หรือการรักษาเพื่อยืดชีวิต<sup>55</sup> (เลือกการดูแลแบบประคับประคอง) แพทย์อาจยุติหรือถอนการกู้ชีพหรือการรักษาเพื่อยืดชีวิตที่ได้ดำเนินการไปแล้วออกไป อย่างไรก็ดี บุคคลดังกล่าวจะต้องได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นผู้ป่วยระยะสุดท้ายโดยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ 2 คน และต้องมีหนังสือแสดงเจตนาที่ได้ลงนามแล้ว<sup>56</sup>

<sup>47</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 4 paragraph 1.

<sup>48</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 4 paragraph 2.

<sup>49</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 3 “ผู้ตัดสินใจ” คือ บุคคลผู้เขียนหนังสือแสดงเจตนาในการเลือกการดูแลแบบประคับประคอง หรือการรักษาเพื่อยืดชีวิต.

<sup>50</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 5 paragraph 2.

<sup>51</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 5 last paragraph.

<sup>52</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 5.

<sup>53</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 7 paragraph 1, 2.

<sup>54</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 3 “การกู้ชีพโดยการทำให้หัวใจเต้นอีกครั้ง” หมายถึง การนำกระบวนกรปฐมพยาบาลตามหลักมาตรฐานหรือวิธีการรักษาฉุกเฉินอื่น ๆ มาใช้กับผู้ป่วยระยะสุดท้ายหรือผู้ป่วยซึ่งทราบกำหนดการมีชีวิตอยู่ของตนเองหรือผู้ป่วยที่ปราศจากสัญญาณชีพแล้ว ซึ่งรวมถึงการใส่ท่อช่วยหายใจ (endotracheal intubation) การปั๊มหัวใจ (chest compression) การฉีดยากู้ชีพ (injection of resuscitation drugs) การกระตุกหัวใจโดยใช้ไฟฟ้า (external defibrillation) การใช้เครื่องช่วยหัวใจเทียม (artificial cardiac pacing) การเป่าลมเข้าปาก (mouth-to-mouth ventilation) และการใช้เครื่องช่วยหายใจ (ventilator) ฯลฯ.

<sup>55</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 3 “การรักษาเพื่อยืดชีวิต” Life-sustaining treatment (LST) หมายถึง กระบวนการทางการแพทย์เพื่อรักษาสัญญาณชีพของผู้ป่วยระยะสุดท้ายเพื่อยืดการตายโดยไม่มีผลในการรักษาโรค.

<sup>56</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 7 paragraph 1, 2.

ในประเด็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายได้หวั่นในการแสดงเจตนาแทนผู้ป่วย ในกรณีผู้ป่วยไม่ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาที่จะใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาไว้ล่วงหน้า กฎหมายได้กำหนดว่า ในกรณีของผู้ป่วยระยะสุดท้ายซึ่งไม่ได้สติหรือไม่อาจแสดงเจตนาอย่างชัดเจนที่ยังไม่ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาดังกล่าวไว้ ญาติใกล้ชิดอาจลงนามให้ความยินยอมแทนได้ โดยความยินยอมของญาติใกล้ชิดต้องไม่ขัดแย้งกับการแสดงเจตนาของผู้ป่วยระยะสุดท้ายที่ไว้ก่อนที่ผู้ป่วยจะรู้สึกตัว หรือไม่สามารถแสดงเจตนาได้<sup>57</sup> ทั้งนี้ ความยินยอมของญาติใกล้ชิดอาจทำได้โดยบุคคลเพียงคนเดียว ในกรณีที่ไม่มีความเห็นเป็นเอกฉันท์ในหมู่ญาติใกล้ชิด โดยให้ยึดลำดับความสำคัญตามลำดับญาติ โดยกฎหมายได้หวั่นได้กำหนดลำดับความสำคัญของญาติใกล้ชิดไว้ดังนี้

- 1) คู่สมรส
- 2) บุตรและหลานที่บรรลุนิติภาวะแล้ว
- 3) บิดามารดา
- 4) พี่น้อง
- 5) ปู่ย่าตายาย
- 6) ทวด, เหลน หรือญาติลำดับชั้นที่สามที่ร่วมสายเลือดเดียวกัน (third-degree collateral relative by blood)

7) ญาติโดยการสมรสโดยตรงในลำดับชั้นแรก (first-degree direct relation by marriage)<sup>58</sup> โดยหากความยินยอมของญาติใกล้ชิดในลำดับต่ำกว่าขัดกับเจตนาของญาติใกล้ชิดในลำดับสูงกว่า ญาติใกล้ชิดในลำดับสูงกว่าต้องแสดงเจตนาเป็นลายลักษณ์อักษร ก่อนการไม่ใช้ การยุติ หรือการถอน การกู้ชีพโดยการทำให้หัวใจเต้นอีกครั้ง<sup>59</sup> หรือการรักษาเพื่อยืดชีวิต<sup>60</sup> สำหรับผู้ที่ไม่มีญาติใกล้ชิด

<sup>57</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 7 paragraph 3.

<sup>58</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 7 paragraph 4.

<sup>59</sup>“การกู้ชีพโดยการทำให้หัวใจเต้นอีกครั้ง” (Cardiopulmonary resuscitation (CPR)) หมายถึง การนำ กระบวนการปฐมพยาบาลตามหลักมาตรฐานหรือวิธีการรักษาฉุกเฉินอื่น ๆ มาใช้กับผู้ป่วยระยะสุดท้ายหรือผู้ป่วย ซึ่งทราบกำหนดการมีชีวิตอยู่ของตัวเองหรือผู้ป่วยที่ปราศจากสัญญาณชีพแล้ว ซึ่งรวมถึงการใส่ท่อช่วยหายใจ (endotracheal intubation) การปั๊มหัวใจ (chest compression) การฉีดยากู้ชีพ (injection of resuscitation drugs) การกระตุก หัวใจโดยใช้ไฟฟ้า (external defibrillation) การใช้เครื่องช่วยหัวใจเทียม (artificial cardiac pacing) การเป่าลม เข้าปาก (mouth-to-mouth ventilation) และการใช้เครื่องช่วยหายใจ (ventilator) ฯลฯ.

<sup>60</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 3 “การตัดสินใจรับการรักษาเพื่อยืดชีวิต” หมายถึง ทางเลือก ของผู้ป่วยระยะสุดท้ายในการรับการกู้ชีพโดยการทำให้หัวใจเต้นอีกครั้ง หรือการรักษาเพื่อยืดชีวิต และ Hospice Palliative Care Act, Article 7 paragraph 4.

ให้ความยินยอม คณะผู้ดูแลผู้ป่วยแบบประคับประคองจะเป็นผู้พิจารณา และจะมีการออกคำแนะนำของแพทย์<sup>61</sup> โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยระยะสุดท้ายให้แทน<sup>62</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 2015 ได้ผ่านกฎหมาย “Patient Autonomy Act” ซึ่งมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2018 โดยมีบทบัญญัติให้ผู้ป่วยสามารถปฏิเสธการรักษาตามความประสงค์ของตนได้โดยคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยระยะสุดท้าย (terminally ill), ผู้ป่วยในสภาพที่ไม่รู้สึกตัวที่ไม่สามารถกลับคืนภาวะปกติได้ (irreversibly comatose), ผู้ป่วยสภาพผักถาวร (permanent vegetative state), ผู้ป่วยที่ทรมาณจากสมองเสื่อมระยะสุดท้าย (suffering from terminal dementia) หรือ ผู้ป่วยที่เผชิญกับอาการและความเจ็บปวดจากโรคอื่นใดที่ยากจะรักษา (intractable symptoms and suffering)<sup>63</sup> ในการตัดสินใจโดยอิสระ และให้การรับรองสิทธิของผู้ป่วยที่จะได้รับการแจ้งข้อมูล, การมีเสรีภาพในการเลือกและตัดสินใจในการวินิจฉัยโรคและทางเลือกในการรักษาพยาบาลของตนเองผ่านการวางแผนการรักษาล่วงหน้าและหนังสือแสดงเจตนาล่วงหน้าในการรักษาพยาบาล หากผู้แสดงเจตนากลายเป็นผู้ป่วยประเภทใดในห้าประการดังกล่าวในภายหลัง<sup>64</sup> กฎหมายฉบับนี้ขยายความคุ้มครองจาก Hospice Palliative Care Act 2000 ที่ให้ความคุ้มครองกับผู้ป่วยระยะสุดท้าย (terminally ill) เท่านั้น แต่ Patient Autonomy Act มีผลใช้บังคับทั้งผู้ป่วยในสภาพที่ไม่รู้สึกตัวที่ไม่สามารถกลับคืนภาวะปกติได้, ผู้ป่วยสภาพผักถาวร, ผู้ป่วยที่ทรมาณจากสมองเสื่อมระยะสุดท้ายหรือผู้ป่วยที่เผชิญกับอาการและความเจ็บปวดจากโรคอื่นใดที่ยากจะรักษาด้วย

ในไต้หวัน ประเด็นเรื่องการรณุญาต (euthanasia) เริ่มเป็นที่ถกเถียงและได้รับความสนใจอย่างมากเนื่องมาจากกรณีของ Wang Xiao min นักเรียนมัธยมปลายและวาทกรของวงโยธวาทิตของโรงเรียน วัย 17 ปี ถูกแท็กชีนระหว่างทางไปโรงเรียนทำให้ต้องตกอยู่ในสภาพผักถาวรและมีชีวิตอยู่มานานครึ่งศตวรรษ และในที่สุดถึงแก่กรรมในปี ค.ศ. 2010 เมื่ออายุ 64 ปี เหตุการณ์นี้เป็นกรณีแรกที่ได้มีการยื่นขอการรณุญาตในไต้หวัน ด้วยภาระที่ต้องดูแลเธอจนตาย มารดาของ Wang เมื่อยังมีชีวิตอยู่ จึงขอให้ไต้หวันให้ความสนใจในประเด็นการรณุญาตมากขึ้น ส่งผลให้มีการตรา the Hospice Palliative Care Act อันเป็นก้าวแรกในการทำให้กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการปฏิเสธการรักษา (passive euthanasia) ได้เกิดขึ้น<sup>65</sup>

<sup>61</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 7 paragraph 3.

<sup>62</sup>Hospice Palliative Care Act, Article 7 last paragraph.

<sup>63</sup>Shao-Yi Cheng, Ching-Yu Chen, and Tai-Yuan Chiu, เรื่องเดิม, หน้า 293.

<sup>64</sup>Chun-Ying Cho, เรื่องเดิม, หน้า 286-287.

<sup>65</sup>Med Crave, Hospice & Palliative Medicine International Journal [Online], available URL: <https://medcraveonline.com/HPMIJ/HPMIJ-02-00108,2020> (June, 3).

นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 2016 Fu Da-jen อดีตโฆษกกีฬาชื่อดังวัย 84 ปีป่วยเป็นมะเร็งตับอ่อนได้เขียนจดหมายถึงประธานาธิบดีไต้หวันเพื่อสนับสนุนกฎหมายการุณยฆาต (active euthanasia) โดยกล่าวว่า “การออกกฎหมายเท่านั้นที่สามารถลดจำนวนคนที่ตายทั้งเป็น (living dead) จำนวนมากในไต้หวันได้” อย่างไรก็ตาม ในวันที่ 7 มิถุนายน 2018 เขาได้รับการช่วยเหลือการฆ่าตัวตายทางการแพทย์ (physician-assisted suicide) ในสวิตเซอร์แลนด์ โดยถือเป็นชาวไต้หวันคนแรกที่ตัดสินใจใช้สิทธิการตายกรณีนี้ และการตัดสินใจของเขาทำให้เกิดกระแสทั้งในไต้หวันและประเทศจีน<sup>66</sup> ทั้งนี้ในปี ค.ศ. 2016 จำนวนคนไต้หวันที่เลือกการดูแลแบบประคับประคองในปีก่อนที่จะเสียชีวิตนั้นเพิ่มขึ้นมากกว่า 30,000 รายเป็นครั้งแรก แนวโน้มดังกล่าวเห็นได้ชัดเจนโดยเฉพาะกรณีผู้ป่วยมะเร็งระยะสุดท้าย โดยสถิติเพิ่มขึ้นเกือบร้อยละ 50 เมื่อเปรียบเทียบกับห้าปีก่อนหน้า<sup>67</sup>

#### 4. ปัญหาการใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยระยะสุดท้ายตามกฎหมายสุขภาพแห่งชาติและข้อเสนอแนะ

จากการเปรียบเทียบกฎหมายสุขภาพแห่งชาติของประเทศไทยและไต้หวัน ผู้เขียนพบว่า มีหลักการที่คล้ายคลึงกันหลายประการ เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์ความสามารถ และรายละเอียดในการทำหนังสือแสดงเจตนา อย่างไรก็ตาม กฎหมายสุขภาพแห่งชาติของไทยนั้น ยังคงมีปัญหาบางประการที่ควรได้รับการแก้ไขโดยอาจใช้วิธีการเทียบเคียงกับกฎหมายไต้หวันได้ในบางส่วน โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการแสดงเจตนาแทนผู้ป่วย

<sup>66</sup>Zhang Di, *Why China Should Start Planning for Legal Euthanasia* [Online], available URL: <https://www.sixthtone.com/news/1003690/why-china-should-start-planning-for-legal-euthanasia>, 2020 (June, 3) และในปัจจุบันไต้หวันยังคงยอมรับเฉพาะกฎหมายเรื่องสิทธิในการปฏิเสธการรักษา (Right to refuse medical treatment) หรือ (passive euthanasia) เท่านั้น.

<sup>67</sup>แม้ว่า Patient Autonomy Act จะประสบความสำเร็จในการส่งเสริมให้คนไต้หวันทำพินัยกรรมชีวิตหรือการวางแผนตัดสินใจทางการแพทย์ล่วงหน้า แต่ปัญหาที่ยังคงเกิดขึ้น คือ สมาชิกในครอบครัวฝ่าฝืนความประสงค์ผู้ป่วยที่เลือกการดูแลแบบประคับประคองโดยเรียกร้องให้แพทย์ทำทุกทางเพื่อให้ผู้ป่วยมีชีวิตอยู่ได้ เนื่องจากกฎหมายไต้หวันไม่ได้กำหนดบทลงโทษใด ๆ กรณีการฝ่าฝืนเจตนาของผู้ป่วย และ Yiting Lin, *Asia's First 'Natural Death' Law, Will Taiwan be Ready?* [Online], available URL: <https://english.cw.com.tw/article/article.action?id=1975,2020> (June, 3).

#### 4.1 ปัญหาเกี่ยวกับผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการแสดงเจตนาแทนผู้ป่วย ในกรณีผู้ป่วยไม่ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาที่จะใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาไว้ล่วงหน้า

กฎกระทรวง พ.ศ. 2553 กำหนดว่า ในกรณีที่ผู้ป่วยทำพินัยกรรมชีวิตไว้ล่วงหน้า เมื่อวาระสุดท้ายของชีวิตใกล้จะมาถึงหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย หากผู้ป่วยไม่สามารถสื่อสารได้ ให้แพทย์อธิบายภาวะความเป็นไปของโรค และรายละเอียดของหนังสือแสดงเจตนาของผู้ป่วยให้แก่บุคคลที่ผู้ป่วยระบุชื่อในหนังสือแสดงเจตนาให้ทำหน้าที่อธิบายความประสงค์แท้จริงหรือแก่ญาติของผู้ป่วย ก่อนที่แพทย์จะดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาต่อไป และหากมีปัญหาใด ๆ ในการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนา ให้แพทย์ผู้ทำการรักษาปรึกษากับบุคคลดังกล่าว ในการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนา

อย่างไรก็ตาม พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ และกฎกระทรวง พ.ศ. 2553 ไม่ได้มีบทบัญญัติถึงกรณีที่ผู้ป่วยไม่ได้ทำพินัยกรรมชีวิต หรือหนังสือแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาไว้ล่วงหน้า จึงเกิดปัญหาว่าเมื่อผู้ป่วยไม่อยู่ในสถานะที่จะปฏิเสธการรักษาใด ๆ ด้วยตนเองได้แล้ว ในทางกฎหมาย บุคคลใดจะเป็นผู้ให้ความยินยอมในการปฏิเสธการรักษาแทนผู้ป่วย โดยในทางปฏิบัตินั้น<sup>68</sup> แพทย์จะสอบถามการตัดสินใจเพื่อขอความยินยอมจากญาติใกล้ชิด<sup>69</sup> แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ญาติใกล้ชิดมีความเห็นแตกต่างกันในการให้ความยินยอมในการปฏิเสธการรักษา โดยฝ่ายหนึ่งอยากให้ใช้เครื่องพยุงชีพผู้ป่วยต่อไปเพื่อให้ผู้ป่วยมีชีวิตอยู่ยาวนานที่สุด แต่อีกฝ่ายอาจเห็นว่าการใช้เครื่องพยุงชีพพันธุนาการผู้ป่วยต่อไปเป็นการก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานต่อผู้ป่วย จึงเกิดเป็นปัญหาว่าในกรณีเช่นนี้นักบุคคลใดจะเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายตัดสินใจแทนผู้ป่วยอย่างแท้จริง

ในประเด็นปัญหานี้หากพิจารณากฎหมายของไต้หวันในกรณีของผู้ป่วยระยะสุดท้ายซึ่งไม่ได้สติหรือไม่อาจแสดงเจตนาอย่างชัดเจนที่ยังไม่ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาไว้ ญาติใกล้ชิดอาจลงนามให้ความยินยอมแทนได้ แต่ความยินยอมของญาติใกล้ชิดต้องไม่ขัดแย้งกับการแสดงเจตนาของผู้ป่วยระยะท้ายที่ไว้ก่อนที่ผู้ป่วยจะไม่รู้สีกตัว หรือไม่สามารถแสดงเจตนาได้ โดยให้ยึดลำดับความสำคัญตามลำดับญาติ ได้แก่ คู่สมรส บุตรและหลานที่บรรลุนิติภาวะแล้ว บิดามารดา พี่น้อง ปู่ย่าตายาย ทวด, หลาน หรือญาติลำดับชั้นที่สามที่ร่วมสายเลือดเดียวกัน ญาติโดยการสมรสโดยตรงในลำดับชั้นแรก

<sup>68</sup>แสวง บุญเฉลิมวิภาส และเอนก ยมจินดา, กฎหมายการแพทย์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 156. และโปรดดู ความเห็นของ พญ.ศรีเวียง ไพโรจน์กุล, เรื่องเดิม, หน้า 55-60.

<sup>69</sup>นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าตามกฎหมายของประเทศไทย ญาติของผู้ป่วยไม่มีสิทธิในทางกฎหมายให้ความยินยอมหรือปฏิเสธการรักษาผู้ป่วย เพราะอาจส่งผลเป็นประจักษ์กับผู้ป่วยได้ แต่ผู้มีอำนาจตัดสินใจ คือ แพทย์ โดยคำนึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย โปรดดู นันทน อินทนนท์, เรื่องเดิม.

ตามลำดับ กรณีผู้ที่ไม่มีญาติใกล้ชิดให้ความยินยอม แพทย์จะออกคำแนะนำให้แทน โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยระยะสุดท้าย

จากกฎหมายของไต้หวัน เห็นได้ว่า มีการกำหนดลำดับความสำคัญของญาติเรียงตามลำดับตามความใกล้ชิดและความผูกพันทางสายเลือดเป็นผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยระยะสุดท้ายในขณะที่ผู้ป่วยไม่อาจให้ความยินยอมเองได้ ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาการกำหนดอำนาจตัดสินใจแทนผู้ป่วยเพื่อมิให้เกิดความขัดแย้งในครอบครัว ตลอดจนป้องกันการฟ้องร้องผู้ประกอบการวิชาชีพสาธารณสุขในกรณีที่ญาติของผู้ป่วยมีความเห็นต่างกันในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ไต้หวันและประเทศไทยต่างเป็นประเทศในเอเชียที่มีความเชื่อ ประเพณีวัฒนธรรม ให้ความสำคัญต่อคนใกล้ชิดในครอบครัว นับถือพุทธศาสนาเป็นศาสนาหลัก การนำเอาแนวทางการกำหนดบุคคลผู้มีอำนาจตัดสินใจ โดยยึดตามลำดับความใกล้ชิดต่อตัวผู้ป่วยและความผูกพันทางสายเลือด จึงน่าจะสอดคล้องกับบริบทวัฒนธรรมและสังคมไทย และอาจลดข้อขัดแย้งระหว่างญาติของผู้ป่วยในกรณีที่เห็นแตกต่างกันให้ยุติลงได้นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติของประเทศไทย ญาติใกล้ชิดหรือบุคคลในครอบครัวก็มักจะเป็นผู้ตัดสินใจเรื่องดังกล่าวแทนผู้ป่วย ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติในเรื่องนี้ของไต้หวัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย หรือออกประกาศสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติฉบับใหม่ เพื่อกำหนดลำดับญาติใกล้ชิดผู้มีอำนาจแสดงเจตนาตามกฎหมายแทนผู้ป่วยระยะสุดท้าย โดยอาจนำกฎหมายมรดกในเรื่องลำดับของทายาทโดยธรรมตามมาตรา 1629<sup>70</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณาเทียบเคียง เนื่องจากหากพิจารณาการเรียงลำดับทายาทโดยธรรมตามมาตรา 1629 จะเห็นได้ว่า เป็นการเรียงลำดับตามความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดสะท้อนภาพความเป็นจริงโดยทั่วไปในครอบครัวของสังคมไทย

<sup>70</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1629 บัญญัติว่า “ทายาทโดยธรรมมีหลัลำดับเท่าันั้น และภายใต้บังคับแห่งมาตรา 1630 วรรค 2 แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ผู้สืบสันดาน
- (2) บิดามารดา
- (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- (4) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน
- (5) ปู่ ย่า ตา ยาย
- (6) ลุง ป้า น้า อา

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรมภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635.”

## 4.2 ปัญหาการไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดชัดเจนกรณีการดูแลรักษาแบบประคับประคองโดยการลดระดับการรู้สึกตัวในระยะใกล้เสียชีวิต (Palliative Sedation)

การลดระดับการรู้สึกตัวในระยะใกล้เสียชีวิต (Palliative Sedation) คือ “การบำบัดโดยการให้ยาลดระดับความรู้สึกตัว หรือทำให้ไม่รู้สึกตัวแก่ผู้ป่วยระยะใกล้เสียชีวิตที่มีความทุกข์ทรมานอย่างรุนแรงหรือจัดการลำบาก และจัดการด้วยวิธีการอื่นไม่สำเร็จ”<sup>71</sup> การลดระดับการรู้สึกตัวในระยะใกล้เสียชีวิตด้วยเจตนาลดความเจ็บปวดทุกข์ทรมานผู้ป่วยเป็นสิ่งที่ถูกจริยธรรม<sup>72</sup>

แม้ประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2563 จะยอมรับการลดระดับการรู้สึกตัวในระยะใกล้เสียชีวิต ด้วยเจตนาลดความเจ็บปวดทุกข์ทรมานผู้ป่วยเป็นสิ่งที่ถูกจริยธรรม และชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่กฎหมายสุขภาพแห่งชาติก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อวางแนวทางการดูแลประคับประคองในรูปแบบนี้ ทั้ง ๆ ที่เป็นประเด็นที่มีความทับซ้อนทางจริยธรรม<sup>73</sup>

การขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการกำหนดการดูแลประคับประคองรูปแบบนี้อาจนำมาสู่ข้อขัดแย้งว่า การลดระดับการรู้สึกตัวในระยะใกล้เสียชีวิต เป็นการดูแลแบบประคับประคองรูปแบบหนึ่งตามประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2563 หรือเป็นการุณยฆาต (active euthanasia) รูปแบบหนึ่ง<sup>74</sup> ดังนั้น ควรออกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดการดูแลประคับประคองรูปแบบนี้ให้ชัดเจนเพื่อป้องกันข้อขัดแย้งในอนาคต

<sup>71</sup>โปรดดู ข้อ 43 ในเอกสารแนบท้าย ประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2563.

<sup>72</sup>โปรดดูเชิงอรรถที่ 19 และ 21 เอกสารแนบท้ายประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2563.

<sup>73</sup>การลดระดับการรู้สึกตัวในระยะใกล้เสียชีวิตยังคงเป็นเรื่องที่มีความขัดแย้งทางจริยธรรม การดูแลแบบประคับประคองในรูปแบบดังกล่าวมักใช้กับผู้ป่วยที่ใกล้เสียชีวิตที่ประสบความเจ็บปวดทรมานจากพยาธิสภาพและอาการของโรคอย่างรุนแรง และการให้ยาแก้ปวดชนิดรุนแรงไม่เป็นผล หรือไม่มีทางอื่นที่จะลดความทรมานของผู้ป่วยได้แล้วแพทย์ผู้ดูแลจึงให้ยานอนหลับชนิดเข้มข้นอย่างต่อเนื่องเพื่อลดระดับความรู้สึกตัวของผู้ป่วยลงลดความทุกข์ทรมานและช่วยให้ผู้ป่วยสงบลงได้ การหยุดให้อาหารและน้ำจึงเป็นทางเลือกหนึ่ง ในการลดระดับความรู้สึกตัวอย่างไรก็ตาม ผลทางอ้อมที่เกิดขึ้น คือ เมื่อลดระดับความรู้สึกตัวของผู้ป่วยถึงจุดหนึ่ง ผู้ป่วยจะขาดน้ำและอาหารและส่งผลให้ผู้ป่วยเสียชีวิตในที่สุด โปรดดู นพพล วิทย์วรพงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 26-27.

<sup>74</sup>เนื่องจากเจตนาของแพทย์ในการให้การดูแล Palliative Sedation เป็นเรื่องที่พิสุจน์ได้ยาก หากแพทย์มีเจตนาทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิตด้วย จะถือเป็นการุณยฆาตอย่างช้า (Slow Euthanasia) โปรดดู Bert Broeckert, “Palliative sedation, physician-assisted suicide, and euthanasia: “Same, same but different”?,” *The American Journal of Bioethics* 11, 6 (June 2011): 62-64 อ้างถึงใน นพพล วิทย์วรพงศ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 53-54.

## 5. บทส่งท้าย

แม้ว่าสิทธิปฏิเสธรักษาตามกฎหมายสุขภาพแห่งชาติของไทย จะมีพัฒนาการเติบโตจากเริ่มแรกที่มาตรา 12 พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติได้เกิดขึ้นและถูกนำเสนอต่อสังคมในรูปแบบของการทำพินัยกรรมชีวิต สืบกว่าปีที่สิทธิการปฏิเสธการรักษาเป็นที่รู้จักในสังคมไทยจนกระทั่งพัฒนาการล่าสุด คือ การมีค่านิยมที่ชัดเจนของ “การดูแลแบบประคับประคอง” ซึ่งช่วยส่งเสริมการพัฒนาระบบสาธารณสุขและองค์ความรู้ในการดูแลแบบประคับประคองผู้ป่วยระยะสุดท้ายให้แพร่ขยายมากขึ้น โดยรองรับการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้าย ตลอดจนผู้ป่วยเรื้อรัง รวมทั้งการเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุของประเทศ<sup>75</sup> อย่างไรก็ตาม สิทธิปฏิเสธรักษาตามมาตรา 12 พ.ร.บ. สุขภาพแห่งชาติ ยังคงไม่เป็นที่รับรู้ในวงกว้างของสังคมไทยเท่าใดนัก ข้อท้าทายประการสำคัญของวงการสาธารณสุขไทยในเรื่องนี้ คือ การประชาสัมพันธ์ให้คนไทยรับรู้โดยกว้างขวางถึงสิทธิปฏิเสธรักษาและประโยชน์ของพินัยกรรมชีวิต รวมถึงพัฒนาระบบจัดเก็บข้อมูลการทำหนังสือแสดงเจตนาดังกล่าวให้เป็นที่รับรู้ต่อผู้ให้บริการสาธารณสุข มิฉะนั้นหนังสือแสดงเจตนาที่ผู้ป่วยทำไว้ก็คงเสียเปล่า หากผู้ที่เกี่ยวข้องในการรักษาพยาบาลไม่ทราบว่าผู้ป่วยได้ทำพินัยกรรมชีวิตไว้ การนำระบบเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการประชาสัมพันธ์ ตลอดจนการจัดเก็บและแสดงผลกรณีที่ผู้ป่วยได้ทำพินัยกรรมชีวิตเป็นอีกหนึ่งแนวทางของได้หวั่นที่อาจนำมาเป็นแนวทางการพัฒนาระบบสาธารณสุขของประเทศไทย โดยได้หวั่นใช้วิธีการบันทึกข้อมูลหนังสือแสดงเจตนาไว้ในบัตรประจำตัวของสำนักงานประกันสุขภาพแห่งชาติ (IC Card)<sup>76</sup> ซึ่งมีขนาดเท่าบัตรประชาชน เมื่อผู้ป่วยเข้าใช้บริการต้องแสดงบัตรดังกล่าวนี้ต่อโรงพยาบาล ข้อมูลทางการแพทย์ทั้งหมดของผู้ป่วยรวมถึงข้อมูลในหนังสือแสดงเจตนา ก็จะถูกรับทราบจากผู้ให้บริการสาธารณสุขได้โดยง่าย การนำเอาแนวทางการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศเก็บข้อมูลสุขภาพดังกล่าวของได้หวั่น อาจนำมาใช้ร่วมกับแอปพลิเคชันที่มีข้อมูลสุขภาพที่แพร่หลายกับคนไทยโดยทั่วไป เช่น เป่าตัง หรือ หมอพร้อม จึงน่าจะเป็นอีกหนึ่งแนวทางที่ช่วยทำให้สิทธิปฏิเสธรักษาตามกฎหมายสุขภาพแห่งชาติของไทยเกิดการใช้งานในความเป็นจริงได้เพิ่มมากขึ้น

<sup>75</sup>Hfocus เจาะลึกระบบสุขภาพ, คกก.สุขภาพชาติเห็นชอบค่านิยม ‘การดูแลแบบประคับประคอง’ รองรับผู้ป่วยระยะสุดท้าย [Online], available URL: <https://www.hfocus.org/content/2019/11/18113>, 2563 (มิถุนายน, 3).

<sup>76</sup>Rong-Chi Chen, “The Spirit of Humanism in Terminal Care: Taiwan Experience,” *The Open Area Studies Journal* 2 (March 2009): 9.

### บรรณานุกรม

- จรัญ โฆษณานันท์. **สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559.
- นันทน อินทนนท์. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตายโดยสงบ.” บทบัณฑิตย 57, 4 (ธันวาคม 2544): 129-157.
- นพพล วิทย์วรพงศ์. **การตัดสินใจในระยะท้ายของชีวิตกับสังคมไทย: บทเรียนจากประสบการณ์ของต่างประเทศ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานการวิจัยแห่งชาติ, 2563.
- นิรมัย พิเศษ มั่นจิตร์. **กฎหมายว่าด้วยสิทธิของผู้ป่วยและการจัดทำบริการทางด้านสุขภาพ**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- บัณฑิต บุญกระตือ. “มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพชาติ พ.ศ. 2550 ในมุมมองทางมหาชน.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์**, 2557.
- ปิติพร จันทรทัต ณ ออยุธยา. **ตายอย่างมีศักดิ์ศรี**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานปฏิรูประบบสุขภาพแห่งชาติ, 2546.
- ยงยุทธ ภู่อดับกฤต. **การตายดี: สิทธิซึ่งทุกคนพึงได้รับกับปัญหาในทางปฏิบัติ** [Online]. Available URL: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13459.pdf>, 2563 (มิถุนายน, 3).
- รุ่งนรินทร์ ประดิษฐ์สุวรรณ. “การทำหนังสือแสดงเจตนาเกี่ยวกับการดูแลรักษาผู้ป่วยในระยะสุดท้ายของชีวิต (advance directives) และการดูแลรักษาผู้ป่วยแบบประคับประคอง (palliative care).” ใน **นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. **กฎหมายการแพทย์สมัยใหม่**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- \_\_\_\_\_. “สิทธิที่จะปฏิเสธการรักษา-สิทธิที่จะตาย.” **ศุลพาฬ** 56, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552): 56-58.
- ศรีเวียง ไพโรจน์กุล. “สิทธิปฏิเสธการรักษาในระยะท้ายของชีวิตกับปัญหาในทางปฏิบัติ.” ในงาน **วิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 24**. จัดโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร, 2562, หน้า 49.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และเอนก ยมจินดา. **กฎหมายการแพทย์**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. **หลักการมาตรา 12 ของ พ.ร.บ.สุขภาพแห่งชาติ คือ สิทธิที่จะขอตายตามธรรมชาติ** [Online]. Available URL: <file:///C:/Users/Administrator/Downloads/%E0%B8%AB%E0%B8%A5%E0%B8%B1%E0%B8%81%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%95%E0%B8%A3%E0%B8%B2%2012%E0%B8%82%E0%B8%AD%E0%B8%87%20%E0%B8%9E.%E0%B8%A3.%E0%B8%9A.%E0%B8%AA%E0%B8%B8%E0%B8%B8%E0%B8%82%E0%B8%A0%E0%B8%B2%E0%B8%9E%204%20%E0%B8%A1.%E0%B8%84.59.pdf>, 2563 (มิถุนายน, 3).

พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550.

กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553.

ประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2563.

ประกาศคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง นิยามปฏิบัติการ (Operational definition) ของคำที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง (Palliative care) สำหรับประเทศไทย พ.ศ. 2563.

Hfocus เจาะลึกระบบสุขภาพ, คกก.สุขภาพชาติเห็นชอบคำนิยาม ‘การดูแลแบบประคับประคอง’ รองรับผู้ป่วยระยะสุดท้าย [Online]. Available URL: <https://www.hfocus.org/content/2019/11/18113>, 2563 (มิถุนายน, 3).

Broekaert, Bert. “Palliative sedation, physician-assisted suicide, and euthanasia: “Same, same but different”?” **The American Journal of Bioethics** 11, 6 (June 2011): 62-64.

Chen, Rong-Chi. “The Spirit of Humanism in Terminal Care: Taiwan Experience.” **The Open Area Studies Journal** 2 (March 2009): 9.

Cheng, Shao-Yi, Ching-Yu Chen, and Tai-Yuan Chiu. “Advances of Hospice Palliative Care in Taiwan.” **The Korean Journal of Hospice and Palliative Care** 19, 4 (December 2016): 292.

Cho, Chun-Ying. “From cure to care: the development of hospice care in Taiwan.” **Hospice & Palliative Medicine International Journal** 2, 5 (2018): 286-287.

Di, Zhang. **Why China Should Start Planning for Legal Euthanasia** [Online]. Available URL: <https://www.sixthtone.com/news/1003690/why-china-should-start-planning-for-legal-euthanasia>, 2020 (June, 3).

Lin, Yiting. **Asia’s First ‘Natural Death’ Law, Will Taiwan be Ready?** [Online]. Available URL: <https://english.cw.com.tw/article/article.action?id=1975>, 2020 (June, 3).

Med Crave. **Hospice & Palliative Medicine International Journal** [Online]. Available URL: <https://medcraveonline.com/HPMIJ/HPMIJ-02-00108>, 2020 (June, 3).

- World Medical Association Declaration of Lisbon on The Rights of The Patient ค.ศ. 2005.
- World Medical Association. **WMA Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient** [Online]. Available URL: <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-lisbon-on-the-rights-of-the-patient/>, 2020 (June, 3).
- Zhang, Xiaomeng. **Taiwan Legal Research Guide** [Online]. Available URL: <https://www.nyulawglobal.org/globalex/Taiwan.html#iii3>, 2021 (May, 17).
- Hospice Palliative Care Act.



มติใหม่แห่งการพัฒนabatบัญญัติกฎหมาย  
เพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเล  
ภายใต้กิจกรรมการดำน้ำลึกในทะเลใต้

ดร.ณัชชา สุขะวัธนกุล  
ดร.ภาณุพงศ์ เฉลิมสิน



## มติใหม่แห่งการพัฒนากฎหมายเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเล ภายใต้กิจกรรมการดำน้ำลึกในทะเลใต้

The Fancy Development of Legal Regulation to Protect the Marine  
Environment toward the Activities of Scuba Diving in the South Sea

ดร.ณัชชา สุขะวรัตนกุล\*

Dr.Nutcha Sukhawattanakun

ดร.ภาณุพงศ์ เฉลิสิน\*\*

Dr.Panupong Chalermisin

### บทคัดย่อ

อุตสาหกรรมการท่องเที่ยวที่มีความแตกต่างกันในการท่องเที่ยวแต่ละประเภท ด้วยลักษณะของวัตถุประสงค์และความนิยมการท่องเที่ยวในแต่ละยุคสมัย อาทิเช่น การท่องเที่ยวเชิงอนุรักษ์ การท่องเที่ยวเชิงศาสนาและความเชื่อ และการท่องเที่ยวทางน้ำ ในบทความฉบับนี้มุ่งเน้นการพิจารณาแนวโน้มกฎหมายที่จะเข้ามากำกับอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวทางน้ำในส่วนของกิจกรรมการดำน้ำลึกและผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเนื่องจากปัญหาที่แฝงอยู่ในอุตสาหกรรมท่องเที่ยวการดำน้ำลึกในมิติของ

---

\*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตหาดใหญ่; น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; LL.M. in United State Legal Study, Golden Gate University of San Francisco, USA; Ph.D. in International Legal Studies, Golden Gate University of San Francisco, USA. E-mail: nutcha\_1990@hotmail.com

Lecturer in Law at Faculty of Law, Prince of Songkla University, Hat Yai Campus; LL.B at ChulaLongKorn University; LL.M. in United State Legal Study, Golden Gate University of San Francisco, USA; Ph.D. in international Legal Studies, Golden Gate University of San Francisco, USA.

\*\*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตหาดใหญ่; น.บ. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; LL.M. in United State Legal Study, Golden Gate University of San Francisco, USA; Ph.D. in International Legal Studies, Golden Gate University of San Francisco, USA. E-mail: panupong.ch@psu.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Prince of Songkla University, Hat Yai Campus; LL.B at Assumption University; LL.M. in United State Legal Study, Golden Gate University of San Francisco, USA; Ph.D. in International Legal Studies, Golden Gate University of San Francisco, USA.

วันที่รับบทความ (received) 26 เมษายน 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 1 มีนาคม 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 8 มีนาคม 2565.

สิ่งแวดล้อม ถือได้ว่าเป็นปัญหาใหญ่ในสายตาของประชาคมโลกและจากเวทีนานาชาติ แม้ว่าจะมีการพยายามหาช่องทางแก้ไขและได้รับการเยียวยาในระดับหนึ่งก็ตามจากช่องทางการณรงค์ รวมถึงการขอความร่วมมือและปลูกฝังจิตสำนึก

ในปัจจุบันประเทศไทยถือเป็นหนึ่งในจุดหมายปลายทางของการดำนํ้าลึก โดยเฉพาะอย่างยิ่งทะเลได้ทั้งสองฝั่งทะเลด้วยปัจจัยความสวยงามของธรรมชาติได้ทะเล ประกอบกับการใช้สื่อประชาสัมพันธ์ทางช่องทางออนไลน์ผ่านศิลปิน นักแสดง ทำให้กิจกรรมดำนํ้าลึกได้รับความนิยมและเข้าถึงได้ง่ายมากขึ้น ทั้งนี้ การบริหารจัดการท่องเที่ยวดำนํ้าลึกที่ภาครัฐได้ปรับใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการบรรเทาปัญหาดังกล่าวลง แต่ยังคงมีช่องว่างทางกฎหมายในเรื่องการตีความบทบัญญัติดังกล่าวกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริงอยู่บ่อยครั้ง และช่องว่างของกฎหมายไทยนี้เองเป็นเหตุให้เกิดจุดอ่อนที่นำไปสู่ปัญหาความลักลั่นของหน่วยงานที่จะเข้ามาบังคับใช้มาตรการทางกฎหมาย

ทั้งนี้ ประเทศไทยยังคงไม่มีการกำหนดให้ประเด็นความผิวน้ำลึกจากการท่องเที่ยวดำนํ้าลึกเป็นบทบัญญัติหรือมีบทลงโทษตามกฎหมายเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด คงมีแต่เพียงร่างพระราชบัญญัติในประเด็นใกล้เคียงซึ่งยังมิได้มีผลบังคับใช้ อาจกล่าวได้ว่าจากการศึกษาวิจัยพบว่า ในปัจจุบันนานาประเทศ รวมไปถึงองค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้พยายามผลักดันให้เกิดการแก้ไขปัญหาล้างสิ่งแวดล้อมทางทะเล การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันหรือการทำกลยุทธ์และนโยบายระหว่างหน่วยงานเพื่อจะแก้ไขประเด็นปัญหาดังกล่าว ผลลัพธ์ที่อาจคาดหวังได้ คือ บรรทัดฐานทางกฎหมายต่อการควบคุมและป้องปรามการทำผิดกฎหมายอันเป็นที่มาของผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมจากการดำนํ้า

เป็นความท้าทายอย่างยิ่งยวดของแต่ละหน่วยงานในการริเริ่มทบทวนบทบัญญัติซึ่งมีบังคับใช้อยู่และในการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวเข้ากับบทบัญญัติกับหน่วยงานอื่นอย่างมีประสิทธิภาพ หากมาตรการดังกล่าวมีความทับซ้อนกันและดุลยพินิจของแต่ละหน่วยงานยังคงสร้างความแตกต่างในมาตรฐานการตีความกฎหมายซึ่งควบคุมการท่องเที่ยวดำนํ้าลึก ในบทความฉบับนี้ผู้เขียนได้อธิบายถึงกฎหมาย รวมถึงแนวนโยบายที่น่าสนใจและเกี่ยวข้องกันกับปัญหาดังกล่าว ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการจุดประกายการอุดช่องว่างแห่งโอกาสในการทำลายสิ่งแวดล้อมทางทะเลไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ตลอดจนความคาดหวังในอนาคตต่อการจัดการอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดต่อปัญหาที่เกิดขึ้นไว้อยู่ในบทความฉบับนี้จากการนำตัวอย่างของกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการดำนํ้าลึกและสิ่งแวดล้อมในต่างประเทศมาเปรียบเทียบและปรับใช้ อีกทั้งหากแนวโน้มของการละเมิดต่อกฎหมายมีทิศทางที่ดีขึ้นอาจยังผลให้อัตราการท่องเที่ยวดำนํ้าลึกในทะเลได้สร้างรายได้ให้แก่ประเทศได้อย่างยั่งยืน

**คำสำคัญ:** อุตสาหกรรมท่องเที่ยวทางนํ้า, การดำนํ้าลึก, กฎหมายสิ่งแวดล้อมทางทะเล

### Abstract

Each type of tourism industry is differentiated by its purpose and popularity timely, for instance religious tourism, historical tourism, and water tourism. In this paper, we have focused on the legal trends that will be governed the scuba diving industry and its environmental impacts. In the eyes of the global society, the underlying concerns in scuba diving activities is, the environmental factor that can be regarded a big problem. Although efforts have been generated to find solution and degree of remediation through campaign channels, the cooperation and awareness is instilled.

At present, Thailand is one of the dream destinations for scuba diving especially the southern seas on both sides of the ocean. Scuba diving is becoming more popular and accessible because of beautiful nature under the sea and the use of social media to promote via online channels as well as other factors such as through artists and celebrities. The administrator relating to scuba diving tourism has adopted legal measures in order to mitigate the issue, but there are often legal gaps in interpreting the provisions to the actual situation. Further, there are weaknesses in Thai law that lead to problem of entities to take legal measures.

However, there is still no provision or specific penalty for any infraction deriving from scuba diving tourism. There may be only a drafted bill on similar issues which have not yet been effective. Recent statistic has shown that many countries including international organizations are trying to push forward solutions to marine environmental problems. The exchange of information, tactics, and policies to resolve the issue is expected, with the legal norm to restrict illicit scuba diving acts as a possible conclusion.

It is a big challenge for each related department to initiate reviews of the provisions that are in force and to effectively integrate them with other agencies. Whether such measures were to overlap, the discretion of each department would still make a difference to the standard of interpreting laws governing scuba diving tourism. This is a significant aspect of the legal gap that is causing indirect damage to the maritime environment. In addition to future aspirations for absolute management

of the issues raised in this article, the illustration of international scuba diving regulations and offshore environmental legislation from other nations is compared and applied. In addition, if we could improve the trend of legal violation toward the scuba activities, it might result in the deep-sea environment sustainable also generate income factor for the country in the long run.

**Keywords:** water -tourism industry, scuba diving, marine environmental law

## 1. บทนำ

*“Every time you dive, you hope you’ll see something new — some new species. Sometimes the ocean gives you a gift, sometimes it doesn’t”.* – James Cameron

ในปัจจุบันนี้การดำน้ำลึกเพื่อการสันทนาการและการท่องเที่ยว (Recreational Scuba Diving) กลับมาได้รับความนิยมอย่างมาก เนื่องจากการทำการตลาดและสื่อประชาสัมพันธ์ผ่านทางช่องทางโซเชียลมีเดีย รวมถึงมีศิลปินดารานักท่องเที่ยวทั่วไปหันมาทดลองและเปิดประสบการณ์การท่องเที่ยวทางน้ำรูปแบบใหม่ ๆ มากขึ้น เพื่อค้นหาแหล่งท่องเที่ยวในประเทศที่หลากหลายอันสืบเนื่องมาจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของโคโรนาไวรัสที่จำกัดเส้นทางการท่องเที่ยวลงเพื่อความปลอดภัยและสุขอนามัย รวมถึงสนับสนุนการท่องเที่ยวไทยและกระตุ้นเศรษฐกิจท้องถิ่นอีกด้วย

หากกล่าวถึงการท่องเที่ยวทางน้ำซึ่งเป็นหนึ่งในยุทธศาสตร์ชาติที่ได้รับการสนับสนุนและพัฒนาความเป็นเลิศอย่างต่อเนื่องโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงนี้ที่ประเทศไทยได้มีการผลักดันนโยบายเศรษฐกิจสีน้ำเงิน หรือ *Blue Economy* ให้เป็นไปตามแนวนโยบายของธนาคารโลก (World Bank) ที่ต้องการให้แต่ละชาติหันมาสร้างความมั่งคั่งเพิ่มจากพื้นที่ทางทะเลในประเทศของตน ประเทศไทยถือเป็นหนึ่งในจุดหมายปลายทางอันดับต้น ๆ เมื่อเทียบกับประเทศซึ่งมีแหล่งท่องเที่ยวทางทะเลอื่น ๆ เนื่องจากมีแหล่งดำน้ำและสถานที่สันทนาการทางทะเลที่สวยงามที่มีชื่อเสียงมากมาย รวมถึงค่าใช้จ่ายในการท่องเที่ยวทางน้ำมีราคาที่ไม่สูงมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำน้ำลึก (Scuba Diving) สำหรับแหล่งดำน้ำลึกที่มีชื่อเสียงของประเทศไทยอาจแบ่งประเภทตามลักษณะความลึกและประเภทของความน่าสนใจในทรัพยากรธรรมชาติได้น้ำได้ดังนี้

- 1) แหล่งดำน้ำในทะเลตื้นวันออก เช่น พัทยา หมู่เกาะมัน เกาะช้าง เป็นต้น
- 2) แหล่งดำน้ำระดับกลาง เป็นแหล่งดำน้ำที่อยู่ในแนวน้ำที่ลึกขึ้น ได้แก่ ชุมพร กระบี่ เกาะพีพี ตรัง กองหินริเชลิว เป็นต้น
- 3) แหล่งดำน้ำนานาชาติ<sup>1</sup> เป็นแหล่งดำน้ำที่อยู่ในแนวน้ำลึก ได้แก่ เกาะบอน เกาะตาชัย กองหินเรือใบ เกาะเต่า หมู่เกาะสิมิลัน หินม่วง หินแดง เกาะหลีเป๊ะ กองหินโลซิน เป็นต้น โดยมีนักท่องเที่ยวกลุ่มเป้าหมายมาจากหลากหลายภูมิภาคทั่วโลก อาทิเช่น ยุโรป แอฟริกาใต้ เอเชีย อังกฤษ เยอรมนี รัสเซีย ภูมิภาคเอเชีย เช่น ญี่ปุ่น ฮองกง ไต้หวัน จีน สหรัฐอเมริกาหรือ ออสเตรเลีย<sup>2</sup>

<sup>1</sup>แหล่งดำน้ำแต่ละระดับแบ่งแยกตามลักษณะทางภูมิศาสตร์และความลึก.

<sup>2</sup>Wrstc, *World Recreational Scuba Training Council Home Page* [Online], available URL: <http://www.wrstc.com/main>, 2020 (November, 9).



ภาพ 1 The Dive Sites of Thailand, Pocket Guide Dive Thailand Including the Mergui Archipelago

หากจะกล่าวถึงความสามารถเปรียบของประเทศไทยในส่วนของแหล่งดำน้ำที่ดึงดูดผู้เข้าใช้บริการจากทั่วทุกมุมโลดดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น กล่าวคือ มีการจัดรูปแบบโปรแกรมดำน้ำที่หลากหลายเหมาะสมกับทุกระดับประสบการณ์ของนักดำน้ำ กิจกรรมท่องเที่ยวดำน้ำลึกที่เข้าถึงง่ายไม่เคร่งครัดในเรื่องระเบียบปฏิบัติในการเข้าใช้บริการมากนัก มีความหลากหลายของแหล่งดำน้ำ อุณหภูมิของน้ำทะเลมีความเหมาะสมและทรัพยากรธรรมชาติใต้ทะเลที่อุดมสมบูรณ์ ด้านการบริการเองนั้นผู้ประกอบการธุรกิจท่องเที่ยวทางน้ำในประเทศไทยมีความเอาใจใส่ รวมทั้งอำนวยความสะดวกทุกอย่างให้แก่ผู้บริการซึ่งเป็นจุดสำคัญในการทำให้ธุรกิจการท่องเที่ยวทางน้ำของไทยมีความเติบโตอย่างต่อเนื่อง<sup>3</sup>

ในระยะหลังมานี้การปรับรูปแบบของการสร้างเม็ดเงินจากการท่องเที่ยวถูกจัดทำขึ้นให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ แผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ (5) ประเด็นการท่องเที่ยว (พ.ศ. 2561 - 2580) ในส่วนของแผนย่อยการท่องเที่ยวสำราญทางน้ำประเทศไทยนั้น มีนโยบายที่แข็งแกร่งในการผลักดันให้การท่องเที่ยวทางน้ำ<sup>4</sup> เป็นทางเลือกหนึ่งของการท่องเที่ยวไทยซึ่งถือเป็นแหล่งสร้างรายได้ใหม่

<sup>3</sup>Thaiways magazine, **Top Dive Sites in Thailand** [Online], available URL: [http://www.thaiwaysmagazine.com/thai\\_article/31\\_01\\_top\\_dive/top\\_dive.html](http://www.thaiwaysmagazine.com/thai_article/31_01_top_dive/top_dive.html), 2018 (November, 5).

<sup>4</sup>ยุทธศาสตร์ชาติ (5) ประเด็นการท่องเที่ยว (พ.ศ. 2561 - 2580).

โดยกรอบแนวความคิดจะคำนึงถึงความยั่งยืนของแหล่งท่องเที่ยวและการมีส่วนร่วมของชุมชนเป็นหลัก การท่องเที่ยวทางน้ำในภาพรวมจะครอบคลุมการท่องเที่ยวทางทะเลและชายฝั่ง รวมทั้งการท่องเที่ยวในลุ่มน้ำสำคัญ<sup>5</sup>

แผนพัฒนาการท่องเที่ยวทางทะเลจะต่อยอดการสนับสนุนการปรับปรุงและพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน สาธารณูปโภค และสิ่งอำนวยความสะดวกในการท่องเที่ยวให้ได้มาตรฐานสร้างสรรค์กิจกรรมการท่องเที่ยวที่หลากหลายเพื่อตอบสนองความต้องการของนักท่องเที่ยว รวมถึงการส่งเสริมการประชาสัมพันธ์ความพร้อมของอุตสาหกรรมท่องเที่ยวทางน้ำและกิจกรรมท่องเที่ยวต่อเนื่องในทุกรูปแบบ รวมทั้งการตลาดรูปแบบใหม่บนพื้นฐานของเทคโนโลยีและนวัตกรรมที่สอดคล้องกับพฤติกรรมความต้องการของนักท่องเที่ยวและธุรกิจสายการเดินทางร่วมกับแหล่งท่องเที่ยวเอง<sup>6</sup>

สำหรับความเกี่ยวข้องกับยุทธศาสตร์ชาติในการวิเคราะห์แนวทางแห่งกฎหมายกับกิจกรรมการดำน้ำลึก กล่าวคือ ในประเด็นการท่องเที่ยวกลุ่มรายได้ดีและการท่องเที่ยวเชิงคุณภาพ โดยแนวความคิดดังกล่าวเน้นการพัฒนากิจกรรมนิเวศน์ชุมชนที่นำไปสู่ความยั่งยืน (Affluent, Medical and Wellness Tourism) กล่าวได้ว่าการท่องเที่ยวทางทะเล (Maritime Recreation) ในภูมิภาคทะเลใต้ถือว่ามีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นแหล่งรายได้สำคัญอันเป็นจุดแข็งของระบบเศรษฐกิจในภาพรวมของภาค<sup>7</sup> การพัฒนากิจกรรมดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพจำต้องใช้มาตรการทางกฎหมายเข้ามาร่วมวางแผนทาง

ทั้งนี้ จากผลสำรวจปฏิเสธไม่ได้เลยว่าธุรกิจการท่องเที่ยวทางน้ำด้วยรูปแบบการจัดกิจกรรมและพฤติกรรมของนักท่องเที่ยวมีส่วนทำให้ทรัพยากรธรรมชาติทางทะเล อาทิเช่น บริเวณแนวปะการังเกิดความเสื่อมโทรมทั้งทางตรงและทางอ้อมโดยสาเหตุ เช่น เรือท่องเที่ยวทั้งสมอลงบนปะการัง นักท่องเที่ยวทิ้งขยะ นักดำน้ำจับหรือยื่นเหยียบปะการังขณะที่ดำน้ำ ทำให้ปะการังแตกหักเสียหาย การเข้าใกล้ปะการังและสัตว์ทะเลมากเกินไป คราบน้ำมันจากเรือรับส่งนักดำน้ำ หรือโรงแรมระบายน้ำเสียลงในบริเวณปะการังทำให้คุณภาพน้ำเสื่อมโทรม เป็นต้น ประเด็นทางสิ่งแวดล้อมจึงเป็นวิกฤตซึ่งต้องการกฎหมายเข้ามาบังคับใช้อย่างเคร่งครัด<sup>8</sup>

<sup>5</sup>Standard of Thailand Tourism in Diving Activity: 147: 2562 of Department of Tourism and Sport.

<sup>6</sup>บริษัท แบรินด์ เมริคซ์ รีเสิร์ช จำกัด, โครงการศึกษาสถานการณ์และแนวโน้มด้านการตลาดสำหรับการท่องเที่ยวกลุ่มดำน้ำ [Online], available URL: <http://www.atta.or.th/?p=3160>, 2020 (November, 9).

<sup>7</sup>สมศักดิ์ แจ่มอุลิตรัตน์, การท่องเที่ยวเชิงนิเวศน์ : โอกาสและข้อจำกัดในการพัฒนาศึกษาเฉพาะกรณีเกาะเต่านางยวนอำเภอพะงันจังหวัดสุราษฎร์ธานี (กรุงเทพมหานคร: ฐานข้อมูลวิทยานิพนธ์ไทย, 2561), หน้า 19-31

<sup>8</sup>D. Medio, R.F.G. Ormond and M. Pearson, "Effect of Briefings on Rates of Damage to Corals by Scuba Divers," *Biological Conservation* 79, 1 (January 2017): 91-95.

## 2. รูปแบบการท่องเที่ยวดำน้ำลึกและปัญหาที่เกี่ยวข้อง

กลุ่มนักท่องเที่ยวที่เข้ารับบริการท่องเที่ยวดำน้ำลึกในทะเลได้นั้นถือเป็นกลุ่มนักท่องเที่ยวคุณภาพที่มีกำลังการใช้จ่ายสูง รวมทั้งมีความพร้อมที่จะรับข้อเสนอจากผู้ประกอบการ ณ แหล่งท่องเที่ยวและกิจกรรมการท่องเที่ยวอื่น ๆ ปรากฏเป็นความเชื่อมโยงของเส้นทางการท่องเที่ยวทางทะเล ชายฝั่งและลุ่มน้ำสำคัญในพื้นที่ภาคใต้ ซึ่งช่วยส่งเสริมนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคมกฎหมายที่เข้มแข็งในประเด็นการควบคุมกิจกรรมการดำน้ำลึกจึงเป็นเครื่องมือสำคัญให้แผนการพัฒนาการท่องเที่ยวภาคใต้สำเร็จดังเป้าหมายของยุทธศาสตร์ชาติ<sup>9</sup> ได้อย่างมีนัยสำคัญ

การพิจารณาการท่องเที่ยวทางน้ำสามารถบูรณาการกรอบแนวคิดในการจำกัดการใช้ทรัพยากรทางทะเลเข้ากับรูปแบบการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับเศรษฐกิจชุมชน สังคมและวัฒนธรรมทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมถึงสุขภาวะของชุมชน ดังนี้เช่นเดียวกับการท่องเที่ยวรูปแบบอื่น ๆ ความพึงพอใจในกิจกรรมการดำน้ำลึกของนักท่องเที่ยวกับความยั่งยืนของสิ่งแวดล้อมทางทะเลในทะเลได้จำต้องได้รับการดูแลให้สมดุลโดยมาตรการทางกฎหมาย<sup>10</sup>

หากกล่าวถึงรูปแบบของการดำน้ำท่องเที่ยวอาจแบ่งอย่างกว้างออกได้เป็นสามรูปแบบ ได้แก่ การดำน้ำลึก (Scuba Diving), การดำน้ำแบบผิวน้ำ (Snorkeling) และ Sea Walkers จากการสำรวจพบว่า ในเวลาการดำน้ำ 30 นาที นักดำน้ำในหนึ่งรายมีโอกาสจะสัมผัสปะการังทำให้ปะการังเกิดการแตกหักได้ง่ายเมื่อเปรียบเทียบกับในบริเวณพื้นที่ซึ่งนักท่องเที่ยวไม่นิยมไปดำน้ำดูปะการัง ปริมาณปะการังมีชีวิตในบริเวณดังกล่าวจะเปลี่ยนแปลงเพิ่มขึ้นจากเดิมเล็กน้อย หรือบริเวณน้ำลึกซึ่งเป็นบริเวณที่มีนักท่องเที่ยวเป็นจำนวนมากในแต่ละวัน เช่น เกาะล้าน พัทยา พบว่า ขยะที่รวบรวมได้จากบริเวณปะการังส่วนมากเป็นขยะที่มาจากกิจกรรมการท่องเที่ยว เช่น เบ็ด ขวดเปียร์ กล้องถ่ายรูป ไฟฉาย รวมถึงปัญหาคราบน้ำมันที่มาจากเรือนำเที่ยวและปัญหาคุณภาพน้ำอีกด้วย<sup>11</sup>

<sup>9</sup>Panwad Wongthong and Nick Harvey, “Integrated Coastal Management and Sustainable Tourism: A Case Study of the Reef-Based SCUBA Dive Industry from Thailand,” *Ocean & Coastal Management* 95 (July 2014): 138-146.

<sup>10</sup>สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *สรุปผลการประชุมอนุกรรมการปฏิรูปการจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง* (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2554), หน้า 14-21.

<sup>11</sup>กิตติโชติ งามประสิทธิ์, “การถูกทำลายของปะการังจากการท่องเที่ยว และการฟื้นตัวในระยะสั้นบริเวณเกาะล้านและเกาะรีน จังหวัดชลบุรี,” (วิทยานิพนธ์วิทยาศาสตร์มหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2563) 46-57.



ภาพ 2 ภาพตัวอย่างการดำน้ำ Diving Thailand, PADI

หากวิเคราะห์ลงไปในระยะยาวนั้นจะพบว่า ธุรกิจการดำน้ำลึกในประเทศไทยไม่ว่าจะถูกดำเนินการโดยชาวต่างชาติหรือคนไทยเองจะหลีกเลี่ยงไม่ได้เลยในการนำเที่ยวดำน้ำลึกในอัตราที่มากเกินไปกว่าที่ธรรมชาติใต้น้ำจะรับไหว เมื่อพิจารณาถึงจำนวนและทักษะของนักดำน้ำท่องเที่ยว ข้อจำกัดของแหล่งดำน้ำและการป้องกันความปลอดภัยเป็นสิ่งที่ต้องมีความชัดเจนและหลักเกณฑ์ที่แข็งแกร่งในการควบคุมและกำหนดแนวนโยบาย แต่ในขณะนี้ประเทศไทยจะพิจารณาที่ผู้ประกอบการธุรกิจการดำน้ำลึกจะต้องดำเนินการตามมาตรฐานการประกอบการและความปลอดภัยในระดับสากลเป็นอย่างแรก หรือบรรทัดฐานของสมาพันธ์การดำน้ำต่าง ๆ เช่น PADI: Professional Association of Diving Instructors เป็นต้น ซึ่งเน้นหนักไปในเรื่องของวิธีการเรียนการสอนและความปลอดภัย<sup>12</sup>

ในทางกลับกันประเทศจุดหมายปลายทางในการท่องเที่ยวทางน้ำอื่น ๆ เช่น สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และฟิลิปปินส์ มีมาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบและควบคุมกิจกรรมดำน้ำในมิติอื่น ๆ ควบคู่กับมาตรฐานดังกล่าวไปด้วยอย่างเคร่งครัด<sup>13</sup> อีกทั้งธุรกิจท่องเที่ยวดำน้ำลึกในประเทศไทยยังมีมาตรการทางกฎหมายในเรื่องผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติทางทะเลที่จำกัดซึ่งดูเหมือนจะไม่เพียงพอต่อการส่งเสริมให้ทะเลได้เป็นแหล่งท่องเที่ยวดำน้ำลึกสีเขียวที่สามารถดำเนินการได้อย่าง

---

<sup>12</sup>Nithan Pholniwat, "Plead for the Government to Organize the Diving Business," *Thansathakij*, 9 May 2012, p. 6.

<sup>13</sup>Dive advisor, *Scuba Diving in the USA* [Online], available URL: <http://diveadvisor.com/unitedstates>, 2021 (January, 17).

ยั่งยืน (Sustainable Green) จึงจำเป็นต้องให้ความสำคัญและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นเพื่อ ค้นหาวิธีการปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยในการควบคุมตรวจสอบและปกป้องผลประโยชน์ของชาติโดยเฉพาะรายได้จากการท่องเที่ยว ผลประโยชน์ในท้องถิ่นความปลอดภัยสาธารณะและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมมากขึ้น ควบคู่ไปกับการประเด็นมาตรฐานความปลอดภัยในการดำน้ำลึก<sup>14</sup>

### 3. วิเคราะห์กฎหมายและสภาพปัญหา

บทความชิ้นนี้เป็นการศึกษากฎหมาย พระราชบัญญัติ และข้อจำกัดทางกฎหมาย รูปแบบของกฎหมายในต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และปัญหาในระดับชุมชนโดยเฉพาะพื้นที่ที่มีความเป็นไปได้และความเสี่ยงจะเกิดปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางสิ่งแวดล้อม เขตจังหวัดซึ่งมักปรากฏปัญหาสิ่งแวดล้อมทางทะเลถูกทำลายจากกิจกรรมการดำน้ำลึก กล่าวคือ เป็นพื้นที่แหล่งดำน้ำลึกที่ได้รับความนิยม อาทิเช่น ภายในจังหวัดพังงา จังหวัดภูเก็ต จังหวัดตรัง และจังหวัดสุราษฎร์ธานี จังหวัดกระบี่ จังหวัดระนอง และจังหวัดสตูล<sup>15</sup>

โดยขอบเขตพื้นที่ปัญหาที่จะนำมาวิเคราะห์และอภิปรายในบทความฉบับนี้ จะครอบคลุมถึงในทะเลภาคใต้ทั้งฝั่งทะเลอ่าวไทยและทะเลอันดามัน แม้ว่าจะมีองค์ประกอบที่แตกต่างกันบ้างในด้านสภาพภูมิศาสตร์และฤดูกาลท่องเที่ยว หากแต่มีประเด็นปัญหาอันเกิดจากคุณภาพของกิจกรรมท่องเที่ยว ดำน้ำลึกอันส่งผลต่อสิ่งแวดล้อมที่เหมือนกัน ยกตัวอย่างเช่น เกาะบอน เกาะต่าย เกาะริเซลิว เกาะราชา เกาะปิตะ สิมิลัน เกาะมุก เกาะแหวน เกาะรอก เกาะเต่า หินใบ หินม่วง หินแดง และเกาะหลีเป๊ะ ซึ่งเป็นพื้นที่ดำน้ำที่อยู่ในจังหวัดดังกล่าวข้างต้น

เพื่อเสนอกรอบสาระทางกฎหมายและ/หรือออกกฎหมายลำดับรองที่เหมาะสมนำไปสู่การทำให้เครื่องมือทางกฎหมายในการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติทางทะเลและชายฝั่งจากการท่องเที่ยวดำน้ำลึกนี้บรรลุเจตนารมณ์<sup>16</sup> การพิจารณาบทบาทหน้าที่ของบุคคลซึ่งมีส่วนกำหนดทิศทาง

<sup>14</sup>ETAT journal, การท่องเที่ยวประเภทดำน้ำลึก [online], available URL: <http://www.etatjournal.com/mobil/index.php/menu-read-tat/neby-2021/men-2021/menu-2021-apr-ju/64-22555-diving>, 2021 (January, 17).

<sup>15</sup>กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง, ความหลากหลายในแนวปะการัง [Online], available URL: [https://km.dmcr.go.th/th/c\\_3/d\\_922](https://km.dmcr.go.th/th/c_3/d_922), 2021 (January, 17).

<sup>16</sup>Mine Melody, แนะนำ 10 แหล่งดำน้ำ อ่าวไทย-อันดามัน ดูปะการัง ว่ายน้ำไปกับปลา [Online], available URL: <https://bestreview.asia/travel/gulf-of-thailand-and-andaman-for-dive-Sites/>, 2021 (January, 17).

ความสำเร็จของการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น ผู้ประกอบการธุรกิจดำน้ำหรือมัคทุเทศก์ ดำน้ำลึกโดยสังเขปเป็นประเด็นที่สำคัญ ปรากฏในพระราชบัญญัติธุรกิจดำน้ำและมัคทุเทศก์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559 ได้กำหนดบทบาทของผู้ประกอบการเริ่มตั้งแต่การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทให้ถูกต้องตามกฎหมายเพื่อบังคับผู้ประกอบการให้ดำเนินธุรกิจดำน้ำตามข้อบังคับของกฎหมายฉบับนี้ โดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เป็นต้น<sup>17</sup>

มาตรการดังกล่าวส่งเสริมให้สามารถติดตามหลักแหล่งของผู้ประกอบการเพื่อตรวจสอบรูปแบบ การทำธุรกิจ ความชำนาญในการให้บริการดำน้ำและในบางกรณีเพื่อการรับผิดชอบหรือถูกบังคับใช้กฎหมาย ร่วมกับผู้มีส่วนทำให้สิ่งแวดล้อมเสียหายจากการดำน้ำอีกด้วย ที่สำคัญก็คือหน้าที่ในการบริหารจัดการ นักท่องเที่ยว ตัวอย่างเช่น การกำหนดจำนวนนักท่องเที่ยวต่อหนึ่งกลุ่ม เพื่อไม่ให้มีนักดำน้ำจำนวนมาก เกินอันอาจกระทบต่อความสมบูรณ์ของทรัพยากรใต้ทะเล การจัดสรรนักท่องเที่ยวดำน้ำลึกตามความสามารถ เพื่อเป็นการดูแลได้อย่างทั่วถึง ไม่กระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างความสามารถในการลอยตัว มิให้ไปพัดหรือไปสัมผัสผิวดินปะการังและสิ่งมีชีวิตใต้ทะเล<sup>18</sup>

บทบาทหน้าที่ของมัคทุเทศก์ตามกรอบกฎหมายฉบับเดียวกันนี้กำหนดให้ต้องนำเที่ยวได้น้ำ ในเส้นทางที่กำหนดไว้ เพื่อไม่ให้กระทบกับสิ่งแวดล้อมใต้ทะเล การช่วยกำกับดูแลพฤติกรรมของ นักดำน้ำและการให้ข้อมูลแก่นักดำน้ำถึงประเภทสัตว์น้ำและแนวปะการังที่ชัดเจน เพื่อไม่เป็นการรบกวน สัตว์น้ำและระบบนิเวศน์ใต้ทะเล สุดท้าย คือ การสนับสนุนการควบคุมเรือดำน้ำเที่ยว เช่น การปล่อยน้ำมัน การทิ้งสมอ การจัดการขยะ เป็นต้น นอกเหนือจากนี้ หากพิจารณาในด้านของปัญหาอันเกิดจาก ตัวบทบัญญัติทางกฎหมายเอง ประกอบกับรัฐไม่มีการบริหารทรัพยากรหรือบุคคลที่มีประสิทธิภาพ เช่น เจ้าหน้าที่ไม่ได้ตีความกฎหมายอย่างครอบคลุม การบังคับใช้กฎหมายจึงไม่เนิ่นดังที่ได้กล่าวไปแล้ว

นอกเหนือจากนั้น จำนวนเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานต่าง ๆ ยังคงไม่เพียงพอ เช่น เจ้าหน้าที่ จากกรมอุทยานประจำการในท้องทะเลเขตต่าง ๆ ที่ช่วยสนับสนุนงานการควบคุมกิจกรรมดำน้ำลึก หลายครั้งบางจุดดำน้ำอยู่ไกลออกไปจากที่ตั้งหน่วยงาน หรือหน่วยลาดตระเวนซึ่งมีเจ้าหน้าที่ประจำ การเพียงสองคนต่อพื้นที่ อาจกล่าวได้ว่ารัฐมิได้จัดสรรเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบการกระทำความผิด อย่างเพียงพอ รวมถึงการเลือกปฏิบัติต่อการกระทำความผิดของนักดำน้ำและผู้ประกอบการ เป็นต้นว่า

---

<sup>17</sup>MThai, วิถีดำน้ำที่ปลอดภัย ความรุนแรง-ฟื้นฟู 20 ปี [Online], available URL: <http://travel.mthai.com/news/5563.html>, 2021 (June, 25).

<sup>18</sup>Reef Resilience, Tourism and Recreational Impacts [Online], available URL:<http://www.reefresilience.org/coral-reefs/stressors/local-stressors/coral-reefs-tourism-and-recreationalimpacts>, 2021 (July, 1).

เรือนักดำน้ำบางลำสามารถเข้าและออกเขตดำน้ำลึกอุทยานแห่งชาติโดยไม่เป็นไปตามเวลาที่อุทยานกำหนด หรือกรณีการตกหรือจับสัตว์ทะเลมาเป็นอาหาร เช่น ปลาหมึก ปลาปักเป้าและปลาข้างเหลือง หรือนักดำน้ำบางคนถูกประเมนให้มีความผิดในขณะที่บางคนไม่เข้าข่าย เป็นต้น<sup>19</sup>

มาตรการและข้อบังคับเบื้องต้นที่มีการขอความร่วมมือหรือรณรงค์กันจะเป็นข้อมูลซึ่งนักดำน้ำมือใหม่หรือนักท่องเที่ยวโดยทั่วไปจะได้รับทราบจากผู้ประกอบการนำเที่ยวอยู่แล้ว ในความเป็นจริงอาจไม่ได้มีการควบคุมพฤติกรรมของนักดำน้ำอย่างใกล้ชิดหรือดำเนินการลงโทษตามกฎหมายจากการฝ่าฝืนข้อคำเตือนดังกล่าว<sup>20</sup> ในภาพรวมของกิจกรรมการดำน้ำลึกจากการศึกษาและรวบรวมข้อมูล พบว่า ในปัจจุบันกฎหมายไทยซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองและดูแลรักษาอุทยานแห่งชาติ ตลอดจนการดูแลรักษาความปลอดภัยแก่นักท่องเที่ยว มีต้นทางในการออกและบังคับใช้จากการอาศัยอำนาจตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 ประกอบกับระเบียบกรมอุทยานแห่งชาติสัตว์ป่าและพันธุ์พืช ว่าด้วยการเข้าไปในอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2552 ข้อ 4 และข้อ 5 ออกตามความมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 และระเบียบกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืช ว่าด้วยการปฏิบัติการของพนักงานเจ้าหน้าที่ในเขตอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2549 ข้อ 4 (11) ออกตามความมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 สำหรับฉบับแก้ไขล่าสุดพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562<sup>21</sup> นับว่าเป็นกฎหมายฉบับหลักอันเกี่ยวข้องกับปัญหาวิจัยในพื้นที่อุทยานแห่งชาติทะเลใต้ซึ่งถูกใช้เป็นจุดดำน้ำลึก (Dive Site)

ทั้งนี้ ยังมีกฎหมาย กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวนอกเขตอุทยานแห่งชาติทางทะเลที่ถูกหยิบยกขึ้นกล่าวถึงและมีการบังคับใช้กับกิจกรรมการดำน้ำลึก เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. 2558<sup>22</sup> ร่างประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง มาตรการคุ้มครองทรัพยากรปะการังจากกิจกรรมท่องเที่ยวดำน้ำ<sup>23</sup> พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559<sup>24</sup> กฎกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา เรื่อง การอนุญาต

<sup>19</sup>Queenslands Government, **Register as an Inbound Tourism Operator** [Online], available URL: <http://www.qld.dov.au/law/laws-regulated-industries-andaccountability/>, 2021 (January 15).

<sup>20</sup>ธัญภรณ์ วงศ์อนันชัย, “จิตสำนึกของมัคคุเทศก์ต่อการนำเที่ยวเชิงอนุรักษ์ในระบบนิเวศแนวปะการัง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตศึกษาศาสตร์ (สิ่งแวดล้อมศึกษา), มหาวิทยาลัยมหิดล, 2558), หน้า 89 - 104.

<sup>21</sup>พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562.

<sup>22</sup>พระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. 2558.

<sup>23</sup>ร่างประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง มาตรการคุ้มครองทรัพยากรปะการังจากกิจกรรมท่องเที่ยวดำน้ำ.

<sup>24</sup>พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559.

ประกอบธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ. 2561<sup>25</sup> พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558<sup>26</sup> ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดเขตพื้นที่และมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535<sup>27</sup> เป็นต้น ดังอาจสรุปตามแผนภาพได้ดังนี้



<sup>25</sup>กฎกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา เรื่อง การอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ. 2561.

<sup>26</sup>พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558.

<sup>27</sup>ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม.....พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535.

หากแต่จากการวิเคราะห์สถานการณ์ปัจจุบันประกอบกับการพิจารณามาตรการทางกฎหมายเฉพาะเพื่อตรวจสอบและควบคุมธุรกิจดำนํ้าลึกทั้งหมด รวมทั้งกลยุทธ์ที่เหมาะสมในการจัดการกับประเด็นทางกฎหมาย ไม่ว่าในมิติของผู้ประกอบธุรกิจดำนํ้าส่วนบุคคลผู้รับบริการท่องเที่ยวหรือเจ้าหน้าที่ภาครัฐที่เกี่ยวข้อง พบว่า การผลักดันนโยบาย ข้อบังคับหรือมาตรการที่มีได้มีสถานะเป็นกฎหมายนั้น ยังไม่สัมฤทธิ์ผลเป็นภาพที่ชัดเจนเท่าที่ควร รวมถึงการบังคับใช้กฎหมายและการกำหนดโทษจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วก็ยังไม่ครอบคลุม ไม่ตอบโจทย์ เนื่องจากการที่แนวทางทางกฎหมายแต่ละส่วนกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับมาก ถูกตีความและบังคับใช้โดยบุคคลากรหลายหน่วยงานจึงทำให้บรรทัดฐานไม่เิงขาดประสิทธิผลในการบังคับใช้อย่างทั่วถึง<sup>28</sup>

**ตัวอย่างการตีความกฎหมายของแต่ละหน่วยงานที่แตกต่างกันแน่นอนว่าส่งผลในเชิงลบต่อการใช้อำนาจบังคับทางกฎหมายต่อผู้กระทำผิด** ตัวอย่างเช่น การควบคุมความผิดต่อสัตว์ทะเลจากกิจกรรมการดำน้ำลึกระหว่างหน่วยงานทางประมง กับหน่วยงานซึ่งดูแลในด้านทรัพยากรและสัตว์ป่าภายใต้พฤติกรรมอย่างเดียวกันต่อสัตว์ทะเล หรือชนิดของสัตว์ทะเลที่ควรได้รับความคุ้มครองเพราะมีน้อยอยู่แล้ว หน่วยงานหนึ่งตีความให้เป็นความผิด ในขณะที่อีกหน่วยงานหนึ่งพิจารณาว่าไม่เป็นความผิดจากกิจกรรมการดำน้ำลึก

อีกทั้งความแตกต่างระหว่างการจัดการพื้นที่ดำนํ้าระหว่างในเขตอุทยานกับนอกเขตอุทยาน กล่าวคือ หากมีข้อผิดพลาดหรือการกระทำความผิดจากกิจกรรมดำนํ้าลึกเกิดขึ้น จะอยู่ภายใต้การควบคุมและการกำกับดูแลของกรมอุทยานมีความผิดและบทลงโทษตามบทบัญญัติของกรมอุทยาน เช่น ความผิดในเรื่องการนำเข้ามาและใช้เครื่องมือตกที่มีสารอันตรายต่อปะการังในเขตอุทยานซึ่งกำลังเป็นประเด็นทางสังคมอยู่ในขณะนี้ถึงควมมีประสิทธิผลในการกำกับดูแลโดยเจ้าหน้าที่ภาครัฐต่อการบังคับใช้กฎหมายในข้อนี้ กล่าวคือ สามารถตรวจสอบได้ทั่วถึงนักดำนํ้าทุกคนหรือไม่ ใช้วิธีการสุ่มตรวจหรือทราบถึงชนิดของสารเคมีแต่ละชนิดซึ่งเป็นส่วนผสมในสารกันแดดดังกล่าวหรือไม่<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup>Manoj Shivilani, *A Literature Review of Sources and Effects of Non-extractive Stressors to Coral Reef Ecosystems* (Miami: Rosenstiel School of Atmospheric and Marine Science University of Miami, 2017), pp. 5-17.

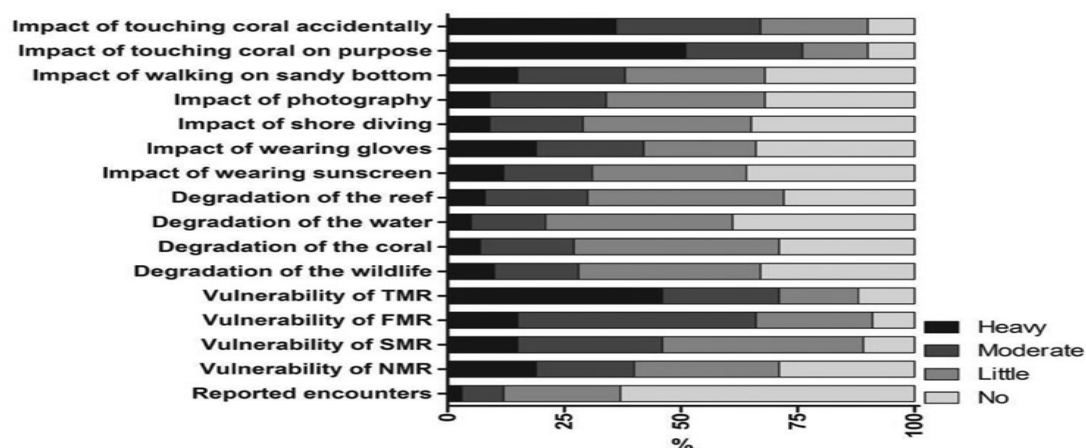
<sup>29</sup>Office of Ocean and Coastal Resource Management, *Definition & Classification System for Thailand* [Online], available URL: [http://pdf/helpfulresources/factsheets/mpa\\_classification\\_may2021.pdf](http://pdf/helpfulresources/factsheets/mpa_classification_may2021.pdf), 2021 (June, 28).

ราชกิจจานุเบกษาเผยแพร่ประกาศกรมอุทยานแห่งชาติสัตว์ป่าและพันธุ์พืช เรื่อง ห้ามนำและใช้ครีมกันแดดที่มีส่วนผสมของสารเคมีที่เป็นอันตรายต่อปะการังเข้าไปในอุทยานแห่งชาติ จากข้อมูลทางวิชาการ พบว่า สารเคมีหลายชนิดที่พบในครีมกันแดดมีส่วนทำให้ปะการังเสื่อมโทรมลง เนื่องจากสารเคมีเหล่านั้นทำลายตัวอ่อนปะการังขัดขวางระบบสืบพันธุ์และทำให้ปะการังฟอกขาว เพื่อเป็นการสงวนอนุรักษ์คุ้มครองดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติและป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายต่อปะการังและระบบนิเวศในอุทยานแห่งชาติอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ประกอบข้อ 6 ของระเบียบกรมอุทยานแห่งชาติสัตว์ป่าและพันธุ์พืช ว่าด้วยการเข้าไปในอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2563 และมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 จึงออกประกาศห้ามนำและใช้ครีมกันแดดที่มีส่วนผสมของสารเคมีที่เป็นอันตรายต่อปะการังเข้าไปในอุทยานแห่งชาติ หากผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดตามมาตรา 20 ประกอบมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทนั่นเอง

จากข้อสงสัยและอุปสรรคของกฎหมายประเทศไทยในการท่องเที่ยวทางน้ำซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญของปัญหา พบว่า **คุณภาพของทรัพยากรที่ใช้ในระบบธุรกิจการท่องเที่ยวทางทะเล** อาทิเช่น เรือโดยสารยังไม่ได้มาตรฐาน รวมถึงความไม่มีวินัยของผู้ประกอบการในการจอดเรือทิ้งสมอเรือ ทำลายปะการัง การปล่อยคราบน้ำมันและเรือโดยสารส่วนใหญ่ยังมีปัญหาการจัดการสิ่งปฏิกูล (Waste Devastating Management) ทำให้เกิดผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติใต้น้ำและสัตว์ทะเล ในด้านของผู้ประกอบการส่วนใหญ่มีความพยายามในการร่วมมือกันปฏิบัติตามระเบียบให้ได้มาตรฐาน แต่เนื่องจากการแข่งขันที่สูงในธุรกิจด้านนี้ด้านราคา ส่งผลให้ผู้ประกอบการบางรายไม่ดำเนินการตามมาตรฐานการท่องเที่ยวทางน้ำที่วางเอาไว้หรือเพิกเฉยต่อข้อบังคับต่าง ๆ อาทิเช่น การเหยียบทำลายปะการังและสัตว์ทะเล ทั้งโดยเจตนาและไม่เจตนา<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Reef Resilience, ผลกระทบด้านการท่องเที่ยวและนันทนาการ [Online], available URL: <https://reefresilience.org/th/stressors/local-stressors/coral-reefs-tourism-and-recreational-impacts/2018>, 2021 (January, 17).



ภาพ 3 Environmental Management, Effects of mechanical fracturing and experimental trampling on corals

นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ทั้งหลาย ผู้ที่ได้รับคำสั่งมอบหมายให้ปฏิบัติงานหน่วยรักษาความปลอดภัยทางทะเลในพื้นที่อุทยานแห่งชาติต่าง ๆ ซึ่งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม พ.ร.บ. อุทยานแห่งชาติ ความตามมาตรา 19 ผู้มีหน้าที่ควบคุมและสรุปบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ตามบทบัญญัติเรื่องผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 19 (3) หรือ (4) ล่อหรือนำสัตว์ป่าออกไปหรือกระทำให้เป็นอันตรายแก่สัตว์ป่าด้วยประการใด ๆ เหือดแห่งเฝ้าเสียหรือเป็นพิษ หรือมาตรา 19 (7) นำเครื่องมือสำหรับล่าสัตว์หรือจับสัตว์หรืออาวุธเข้าไปในเขตอุทยานทางทะเล<sup>32</sup> บทบัญญัติเหล่านี้จะถูกบังคับให้เป็นมาตรฐานได้ต่อเมื่อการปฏิบัติกรของเจ้าหน้าที่มีความสม่ำเสมอ เป็นกลางและทั่วถึง ดูแลไปถึงพฤติกรรมดังกล่าวทั้งหลายในทุกพื้นที่ที่มีกิจกรรมดำน้ำเกิดขึ้น มีการประสานงานกันระหว่างหน่วยงานให้อาจบังคับใช้ตามมาตรการนี้แม้ว่าจะไม่อยู่ในเขตดูแลของตน หรือในอนาคตอาจมีการปรับแก้ไขกฎหมายให้ใช้บทบัญญัติในลักษณะเดียวกัน

ตัวอย่างของปัญหาต่อมาในส่วนของกฎหมายซึ่งวางหลักในเรื่องทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งระบบนิเวศทางทะเลและชายฝั่งเขตอนุรักษ์ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าและเขตห้ามล่าสัตว์ป่าตามกฎหมายว่าด้วยการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าเขตป่าสงวนแห่งชาติตามกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติ เขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ

<sup>32</sup>Nomadic Matt, The Complete Guide to Diving in Thailand [Online], available URL: <http://www.nomadicmatt.com/travel-blogs/the-complete-guide-to-diving-in-Thailand>, 2020 (November, 10).

ที่รักษาพืชพันธุ์ หรือตามกฎหมายว่าด้วยการประมงและเขตพื้นที่คุ้มครองอย่างอื่นเพื่อสงวนและรักษาสภาพธรรมชาติตามที่มีกฎหมายกำหนดนั้นหมายความว่าความถึงอะไร ขอบเขตอยู่ที่ใดบ้าง

ควรมีการนำตัวอย่างการจัดพื้นที่ทางทะเลเพื่อการดำเนินการกิจกรรมดำนํ้าให้สัมพันธ์กับสภาพสิ่งแวดล้อมใต้ทะเลและการใช้ประโยชน์เหมือนอย่างหลักกฎหมายสากลในเรื่อง **Marine Protected Area** อันจะได้กล่าวถึงในส่วนถัดไป เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่อย่างถูกต้อง เข้าใจตรงกัน ทั้งนี้ อาจโดยการจัดกิจกรรมหรือการอบรมให้แก่เจ้าหน้าที่และหากเป็นไปได้ควรมีการเผยแพร่ข้อมูลส่วนนี้ให้แก่ผู้เกี่ยวข้องในธุรกิจดำนํ้าสนทนาและการและตัวนักดำนํ้าเองด้วย มาตรา 17 ในกรณีที่ปรากฏว่าบุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง<sup>33</sup> แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 จึงเป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาอีกด้วย หากแต่การนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้อาจเป็นการยากต่อการทำงานของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายข้อนี้ เพราะการจะวิเคราะห์ว่าพฤติกรรมใดอันเกิดจากกิจกรรมดำนํ้าเป็นความเสียหายร้ายแรงจะต้องมีการกำหนดโทษอย่างไร ก็ต้องอาศัยดุลพินิจและการตีความอยู่นั่นเอง

มาตรา 33 ซึ่งกำหนดให้ให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจัดให้มีมัคคุเทศก์เดินทางไปกับนักท่องเที่ยวตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดหรือมาตรา 95 ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล กฎกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา เรื่อง การอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ. 2561 และในด้านการจัดให้มีใบอนุญาตต่าง ๆ เช่น ใบรับรองการตรวจอุปกรณ์ดำนํ้า ใบรับรองการตรวจสภาพเรือหรือใบรับรองการตรวจคุณภาพการนำเที่ยวนี้นั้นตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ การหลีกเลี่ยงการเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมายเพื่อเป็นผู้ประกอบการซึ่งอยู่ในสารบบที่ตรวจสอบได้ ผลก็คือไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมของนักท่องเที่ยว อีกทั้งไม่สามารถกำหนดการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้นำเที่ยวและผู้ประกอบการ หรือติดตามให้เข้ามารับโทษทางกฎหมายได้<sup>34</sup>

ในส่วนของร่างประกาศกระทรวงฯ เรื่อง มาตรการคุ้มครองทรัพยากรปะการังจากกิจกรรมท่องเที่ยวดำนํ้า จะปรากฏมาตรการคุ้มครองทรัพยากรปะการังจากกิจกรรมท่องเที่ยวดำนํ้ากำหนดให้ผู้ประกอบกิจกรรมท่องเที่ยวดำนํ้าต้องจัดให้มีผู้ควบคุมการท่องเที่ยวดำนํ้าทำหน้าที่ในการกำกับ

<sup>33</sup>Department of Transport, Recreational Boat Registration [Online], available URL: <http://www.transport.wa.gov.au/imarine/recreational-boat-registration.asp>, 2020 (January, 7.)

<sup>34</sup>Department of Transport, **Recreational Boat Registration** [Online], available URL: <http://www.transport.wa.gov.au/imarine/recreational-boat-registration.asp>, 2020 (January, 7.)

ดูแลนักท่องเที่ยวเพื่อไม่ทำให้เกิดผลกระทบเกิดความเสียหายต่อแนวปะการังและกำหนดคุณสมบัติของผู้ควบคุมการท่องเที่ยวดำน้ำซึ่งได้แก่ มัคคุเทศก์ผู้นำการดำน้ำและครูสอนดำน้ำต้องผ่านการฝึกอบรมจากกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งจึงจะสามารถนำนักท่องเที่ยวเข้าไปในบริเวณแนวปะการังได้ ทั้งนี้ ตั้งแต่การจัดเตรียมอุปกรณ์การดำน้ำลึก การจัดเส้นทางดำน้ำและควบคุมพฤติกรรมของนักท่องเที่ยวเป็นสิ่งที่ทำได้ยากเมื่ออยู่ใต้น้ำ แม้ว่ามิบบัญญัติทางกฎหมายกำกับเอาไว้ ประกอบกับการไม่มีผลบังคับใช้ทางกฎหมายอีกด้วยเนื่องจากยังอยู่ในขั้นการพิจารณากฎหมาย<sup>35</sup>

ปัญหาที่สำคัญประการแรกของมบบัญญัติในส่วนนี้ คือ ไม่มีสภาพบังคับ แนวทางตีครบบ้วนแต่ไม่มีผู้ปฏิบัติตามหรือนำไปบังคับใช้ได้ ประการต่อมา คือ หากมีการบังคับใช้แล้ว การนำเที่ยวหรือการให้แนวทางดังว่าจะถูกต้องและเป็นไปตามกฎหมายมากนักน้อยเพียงใด เหตุเพราะในหลาย ๆ ครั้งผู้ประกอบการต้องการความพึงพอใจของลูกค้ามากกว่าความถูกต้องของกฎหมาย ทางด้านพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 อาจมีข้อให้จำต้องพิจารณาถึงมบบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมดำน้ำลึก อาทิเช่น มาตรา 64 ห้ามมิให้ผู้ใดมีไว้ในครอบครองซึ่งสัตว์น้ำหรือผลิตภัณฑ์สัตว์น้ำ<sup>36</sup> ในส่วนที่เจ้าหน้าที่ภาครัฐจะเข้ามากำกับดูแลในการล่อลวงหรือใหญ่หรือออกเรือหางยาวไปดำน้ำและบ่อยครั้งที่มีการแอบหรือลักลอบตกปลาหรือตกปลาหมึกเพื่อการสันทนการและความสนุกสนานในขณะที่หรือระหว่างกิจกรรมดำน้ำลึก โดยปราศจากการควบคุมและตรวจสอบที่เคร่งครัดจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง พฤติกรรมเหล่านี้อาจเป็นสาเหตุข้อหนึ่งที่ทำให้เกิดผลกระทบที่ละน้อยต่อระบบนิเวศได้

เมื่อปรากฏว่าบริเวณพื้นที่ใดมีสภาพธรรมชาติสมควรต้องอนุรักษ์ไว้ให้เป็นแหล่งที่อยู่หรือเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเพื่อความหลากหลายทางชีวภาพให้กรมอุทยานแห่งชาติสัตว์ป่าและพันธุ์พืชจัดการดูแล พืชพันธุ์สัตว์ป่า พันธุ์สัตว์น้ำ จากนั้นยะของบทความฉบับนี้ ปะการังและสัตว์น้ำในระบบนิเวศใต้น้ำควรได้รับการดูแลจากกิจกรรมการดำน้ำท่องเที่ยวด้วย ครอบคลุมถึงการพิจารณาว่าพฤติการณ์อย่างใดจะเป็นการรบกวนปะการังและสัตว์ทะเลบ้าง อย่างมาตรา 113 วาฬบรูด้า วาฬโอมูระ เต่ามะเฟือง และปลาลามาวาฬ ซึ่งล้วนแต่เป็นสัตว์ทะเลชนิดที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอยู่แล้ว หากแต่ในด้านกิจกรรมดำน้ำลึกการถูกรบกวนถ่ายภาพ ใช้แสงแฟลชรบกวนพยายามติดตามในระยะใกล้ซิดสัมผัสหรือให้อาหารสัตว์ทะเล เหล่านี้ควรถือเป็นสิ่งที่กฎหมายเข้ามากำกับดูแลหรือไม่ ด้วยเหตุที่

<sup>35</sup>Coolpin, *History of Diving in Thailand* [Online], available URL: <http://www.siamscubadiving.com/board/view.php?tid=1347>, 2020 (January, 20).

<sup>36</sup>Anolik Law Group, *Travel Law Faq* [Online], available URL: <http://travellaw.com/page/travel-law-faq>, 2019 (January, 6).

นักดำน้ำเองคาดหวังที่จะได้พบเจอสัตว์ชนิดดังกล่าวนี้ อาจต้องมีวิธีการนำกฎหมายที่มีอยู่แล้วมาพิจารณาหาวิธีการติดตามและกำกับดูแลอย่างใกล้ชิด<sup>37</sup>

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ความเสื่อมโทรมของทรัพยากรธรรมชาติทางทะเล จึงเกิดขึ้นเพราะขาดการพัฒนาปราศจากการตรวจสอบที่ต่อเนื่องและชัดเจน รวมถึงการที่นักดำน้ำมือใหม่ซึ่งขาดประสบการณ์ในการท่องเที่ยวดำน้ำลึกอย่างระมัดระวัง ซึ่งอาจเกิดจากการเรียนการสอนดำน้ำไม่ได้ให้ความสำคัญกับประเด็นดังกล่าวเท่าที่ควร อีกทั้งโรงเรียนดำน้ำทั่วภาคได้ผลิตนักเรียนดำน้ำออกมาเป็นจำนวนมาก การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติจึงอาจถูกละเลยไปบ้างในกิจกรรมการท่องเที่ยวดำน้ำลึกแต่ละครั้งหรือทำได้ไม่ทั่วถึงเพราะการนำเที่ยวดำน้ำลึกแต่ละครั้งสิ่งสำคัญที่สุดคือชีวิตและความปลอดภัยของนักท่องเที่ยวดำน้ำลึก การจะดูแลไปถึงเรื่องของทักษะการดำน้ำ อาทิเช่น การขาดทักษะในการทรงตัวในน้ำทำให้เกิดความเสียหายกับปะการังหรือการปลูกฝังจิตสำนึกและทัศนคติในการช่วยกันรักษาทรัพยากรธรรมชาติจึงลดระดับความสำคัญลงไป<sup>38</sup>

#### 4. กฎหมายและแนวนโยบายเรื่องมาตรฐานการดำน้ำในต่างประเทศ

มาตรการและบทบัญญัติกฎหมายของการดำน้ำลึกในต่างประเทศเกี่ยวกับมาตรฐานทั่วไปและข้อบังคับเรื่องสิ่งแวดล้อมจากการดำน้ำลึก ประเทศแรกที่ได้หยิบยกขึ้นมาคือ ประเทศออสเตรเลีย เนื่องจากในยุคแรก ๆ ของการท่องเที่ยวดำน้ำลึก The Great Barrier Reef ในประเทศนี้ถือเป็นแหล่งดำน้ำที่นักดำน้ำทั่วโลกให้ความสนใจเป็นอันดับต้น ๆ รัฐบาลกลางออสเตรเลียและรัฐต่าง ๆ ได้จัดให้มีมาตรฐานและกฎเกณฑ์มากมายเพื่อใช้เป็นแนวทางและควบคุมธุรกิจดำน้ำลึกโดยระบุข้อกำหนดขั้นต่ำในการฝึกอบรมการดำน้ำลึก ข้อกำหนดสำหรับการตรวจสอบนอกเหนือไปจากมาตรฐานในระดับรัฐยังมีข้อบังคับและหลักปฏิบัติเพื่อเป็นแนวทางและควบคุมกิจกรรมดำน้ำเพื่อการพักผ่อนหย่อนใจและธุรกิจที่ผู้เข้าร่วมดำน้ำต้องปฏิบัติตามคำแนะนำอย่างเคร่งครัด<sup>39</sup>

ในมิติของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมรัฐบาลออสเตรเลียได้รับรองมาตรฐานสากลของ MPA<sup>40</sup> และการจัดการสิ่งแวดล้อมทางทะเลโดย International Union สำหรับกลุ่มการอนุรักษ์ธรรมชาติ (IUCN)

<sup>37</sup>Faculty of Social Sciences, Srinakharinwirot University, **Walking Together** (Bangkok: Press Conference at Srinakharinwirot University, 2018), p. 14.

<sup>38</sup>สมชาย สารุมนัสพันธ์, “ความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มปลาในแนวปะการังและในแหล่งหญ้าทะเลบริเวณเกาะพังงา จังหวัดสุราษฎร์ธานี,” (วิทยานิพนธ์วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 21- 35.

<sup>39</sup>Queensland Government Gazette, Recreational Diving, Recreational Technical Diving and Snorkelling Code of Practice 2011.

<sup>40</sup>Australia’s marine protected areas.

MPAs ในประเทศออสเตรเลียเป็นที่รู้จักกันในชื่อ “ความมั่งคั่งร่วมกันทางทะเล” อีกทั้งมีการกำหนดเขตอุทยานแห่งชาติทางทะเล, เขตสันหนากการ, การคุ้มครองและอนุรักษ์ที่อยู่อาศัยเป็น Park Zones, Habitat Protection Zone (Coral Sea), Special Purpose Zones and Multiple Use Zone ไว้อย่างชัดเจน ในควีนส์แลนด์มีพระราชบัญญัติความปลอดภัยในกิจกรรมทางน้ำเพื่อการสันหนากการ พ.ศ. 2554 (SRWA) และระเบียบว่าด้วยความปลอดภัยในกิจกรรมทางน้ำเพื่อนันหนากการ พ.ศ. 2554<sup>41</sup>

ในขณะที่สหรัฐอเมริกาและแอฟริกาใต้<sup>42</sup> อุตสาหกรรมการฝึกอบรมและการรับรองนักดำน้ำเพื่อการสันหนากการได้รับการยกเว้นจากข้อบังคับทางสิ่งแวดล้อม เนื่องจากเป็นส่วนหนึ่งของอุตสาหกรรมที่มีการควบคุมในตนเอง เว้นแต่ในบางกรณีมีกฎหมายครอบคลุมกิจกรรมดำน้ำลึกซึ่งเกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมเป็นการเฉพาะ สำหรับสหรัฐอเมริกาข้อบังคับของรัฐบาลกลาง (มาตรฐาน - 29 CFR): 1910 จะว่าด้วยเรื่องมาตรฐานความปลอดภัยและอาชีวอนามัยส่วนย่อย การดำน้ำเชิงพาณิชย์ การดำน้ำแบบ SCUBA ข้อบังคับของรัฐบาลกลางมีข้อยกเว้นสำหรับการดำน้ำทางวิทยาศาสตร์ (Scientific Scuba Diving) และการค้นหาและช่วยเหลือ (Rescue Scuba Diving) ในบางรัฐซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายสิ่งแวดล้อมทางทะเล<sup>43</sup>

ประเทศแอฟริกาใต้เองมีข้อบังคับการดำน้ำตามพระราชบัญญัติอาชีวอนามัยและความปลอดภัย ซึ่งได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงาน ตามกฎระเบียบการดำน้ำของแอฟริกาใต้เน้นควบคุมการดำน้ำแบบมืออาชีพอธิบายโดยใช้เครื่องช่วยหายใจไม่ครอบคลุมถึงการดำน้ำในอุตสาหกรรมแร่ธาตุและพลังงานซึ่งมีกฎหมายด้านความปลอดภัยและผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมที่แตกต่างกัน ทั้งนี้โดยอาศัยกฎระเบียบการดำน้ำ Diving Regulations 2010 ซึ่งเป็นกฎระเบียบใหม่ถูกร่างขึ้นโดยข้อมูลจากคณะกรรมการที่ปรึกษาการดำน้ำซึ่งเป็นหน่วยงานที่ได้รับการแต่งตั้งจากข้อกำหนดของหน่วยงานกลางที่เกี่ยวข้อง<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup>P. Stuart-Sharkey and Lloyd F. Austin, **Federal Regulation of Scientific Diving: Two Scientific Divers' Perspective** [Online], available URL: <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=1152066>, 2021 (May, 15).

<sup>42</sup>Diving Regulations, **Occupational Health and Safety Act 85 of 1993 – Regulations and Notices – Government Notice R41** (South Africa: Ministry of Information, Marine and Oceanic Activities, 2019), pp. 11-12.[stamp.jsp?tp=&arnumber=1152066](https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=1152066), 2021 (May, 15).

<sup>43</sup>Mark B. Orams, “Feeding wildlife as a tourism attraction: a review of issues and impacts,” **Tourism Management** 23, 3 (June 2021): 281-293.

<sup>44</sup>Mark B. Orams, op. cit.

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งเป็นรากฐานของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินน้ำลึกของทั้งสามประเทศที่หยิบยกเป็นตัวอย่าง คือ เรื่องพื้นที่คุ้มครองทางทะเล (Marine Protected Area: MPA) โดยการประกาศนโยบาย **เพื่อปกป้องคุณค่าทางชีวภาพและสิ่งแวดล้อมทางทะเลในพื้นที่ที่มีการใช้งานที่แตกต่างกันเป็นพิเศษ** การประกาศ MPAs เป็นที่ยอมรับและใช้กันอย่างแพร่หลายในหลายประเทศ รวมถึงสามประเทศที่ได้กล่าวมาข้างต้น กิจกรรมสันหนนาการทางน้ำหลายอย่างอาศัยและในบางครั้งรบกวนทรัพยากรทางทะเลเป็นอย่างมากและการท่องเที่ยวทางทะเลซึ่งกำลังเติบโตในอัตราที่มีนัยสำคัญ รวมถึงการดำเนินน้ำลึกซึ่งเป็นกิจกรรมสันหนนาการอย่างหนึ่งซึ่งมีอัตราการขยายตัวมากขึ้นนั้น สำหรับในประเทศไทยควรจะต้องให้มีการแบ่งเขตพื้นที่การใช้งานทางทะเลที่ชัดเจนและกิจกรรมการดำเนินน้ำลึกเป็นหนึ่งในนั้น ดังนั้น ความสวนทางระหว่างการพักผ่อนหย่อนใจ การท่องเที่ยวและการอนุรักษ์อาจเกิดขึ้นในพื้นที่อนุรักษ์ทางทะเลได้บ่อยครั้ง<sup>45</sup>

กล่าวคือ โดยหลักเกณฑ์นี้มองว่ากิจกรรมของนักประดาน้ำจะส่งผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติใต้ทะเลทั้งทางตรงและทางอ้อมที่แน่นอนนักดำน้ำลึกอาจจำต้องสูญเสียความสะดวกสบายจากเครื่องมือต่าง ๆ หรือข้อจำกัดบางประการที่ไม่อนุญาตให้ทำในเขตดำน้ำลึกเพื่อการนันทนาการบางที่ไปบ้าง หรือถูกควบคุมพฤติกรรมบางอย่างบ้างเพื่อป้องกันผลกระทบทางชีวภาพอันอาจทำลายความสมดุลของระบบนิเวศใต้ทะเลในพื้นที่ ที่ได้จัดไว้สำหรับการดำน้ำอย่างมีนัยสำคัญสำหรับหลักกฎหมาย MPA เพื่อกำหนดการตอบสนองการจัดการที่เหมาะสมกลไกตลาดและการโฆษณาถึงกิจกรรมทางทะเลประเภทต่าง ๆ แม้มีการเปิดให้ดำเนินการได้อย่างเสรีแต่จะต้องไม่ส่งผลให้การคุ้มครองพื้นที่ทางทะเลบกพร่อง<sup>46</sup>

เพื่อให้มาตรการทางกฎหมายเหล่านั้นมีประสิทธิภาพหรือเท่าเทียมกันจำเป็นต้องมีการแทรกแซงของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง ในต่างประเทศพื้นที่ทางทะเลเกือบทั้งหมดที่เป็นจุดดำน้ำลึกจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของส่วนงานอุทยานแห่งชาติ (Marine National Park Reserve) เท่านั้น จึงบริหารจัดการได้โดยง่าย ซึ่งแตกต่างกับการจัดการพื้นที่ในประเทศไทยที่มีทั้งกรมอุทยาน กรมทรัพยากรธรรมชาติและชายฝั่ง บางครั้งพื้นที่ที่มีการทำประมงร่วมด้วยก็อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรมประมงด้วย หรือบางพื้นที่สาธารณะก็เป็นจุดดำน้ำซึ่งถูกบริหารงานโดยองค์การบริหารส่วนจังหวัด ส่วนตำบลทำให้ไม่สามารถจัดระบบการใช้ประโยชน์ทางทะเลชัดเจนได้อย่างในต่างประเทศ

---

<sup>45</sup>Australian Government, Department of Agriculture, Water and the Environment, **Australia's Network of Commonwealth Marine Reserves** [Online], available URL: [https://www.environment.gov.au/system/files/pages/2ed9e96f-d06b-460b-81de-8cd11f2ea66f/files/national-map\\_0.pdf](https://www.environment.gov.au/system/files/pages/2ed9e96f-d06b-460b-81de-8cd11f2ea66f/files/national-map_0.pdf), 2020 (June, 28).

<sup>46</sup>Ibid.

โดยทั่วไปแล้วการแบ่งเขตของ MPA จะแบ่งออกเป็นเขตการอนุรักษ์พันธุ์พืชและสัตว์ทะเล การอนุรักษ์ไว้เพื่อการศึกษาทางวิทยาศาสตร์นันทนาการ (การดำน้ำลึกรวมอยู่ในข้อนี้) และการอนุบาล การประมงในด้านการผลิตเชิงพาณิชย์อย่างที่ได้กล่าวไปแล้ว เป็นต้น การบริหารจัดการพื้นที่ทางทะเล โดยใช้หลัก MPA และกฎหมายที่เกี่ยวข้องสามารถตอบโจทย์ยุทธศาสตร์เศรษฐกิจทางน้ำ (Blue Economy) ที่ประเทศไทยต้องการจะพัฒนาตามหลักสากลของธนาคารโลกได้อย่างมีนัยสำคัญ

แนวทางดังกล่าวจะสนับสนุนการท่องเที่ยวทางน้ำอย่างเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมได้ในอีกทางหนึ่ง เพราะในแต่ละเขตจะมีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของคนที่จะเข้าสู่เขตดังกล่าวอย่างชัดเจน อะไรทำได้หรือไม่ได้ อาทิเช่น จะไม่มีการจับสัตว์น้ำหรือเก็บตัวอย่างพันธุ์พืชหรือสัตว์น้ำจากเขตการดำน้ำลึก สันทนาการ เป็นต้น มีการระบุอย่างเจาะจงว่าความสามารถในการดำน้ำลึกของนักดำน้ำก่อนเข้าสู่เขต นันทนาการต้องมีอยู่อย่างไຈจึงจะไม่เกิดผลกระทบต่อระบบนิเวศทางทะเลและความปลอดภัยของ นักดำน้ำเอง นอกจากนี้ประโยชน์ของการจัดระเบียบพื้นที่อนุรักษ์ทางทะเล คือ ทำให้ทราบถึงความแออัด ของแหล่งดำน้ำลึก ซึ่งอาจทำให้แหล่งดำน้ำเสื่อมโทรมมากเกินไปลดคุณค่าทางนิเวศวิทยาในทะเล ณ จุดดำน้ำบางแห่ง<sup>47</sup>

เมื่อพิจารณาถึงมาตรา 20 แห่ง พ.ร.บ. พื้นที่อนุรักษ์ทางทะเล ฯ เพื่อประโยชน์ในการสงวนการอนุรักษ์ และการฟื้นฟูทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งที่ให้องค์สภาพธรรมชาติและมีสภาพแวดล้อมและระบบนิเวศ ที่มีความสมบูรณ์ให้กำหนดให้พื้นที่ที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นพื้นที่คุ้มครองทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง เป็นต้นว่า พื้นที่ที่มีทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งอยู่ในสภาพสมบูรณ์อันสมควรสงวนไว้ให้อยู่ใน สภาพทางธรรมชาติเดิม พื้นที่ที่เป็นถิ่นที่อยู่อาศัยของสัตว์และพืชตามสภาพทางธรรมชาติที่สมบูรณ์ พื้นที่ที่มีความสำคัญด้านระบบนิเวศทางทะเลและชายฝั่งอันควรแก่การอนุรักษ์ พื้นที่ที่กำหนดให้เป็น พื้นที่คุ้มครองทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งตามวรรคหนึ่งต้องเป็นพื้นที่ที่มีได้อยู่ในเขตอนุรักษ์หรือ เขตที่ได้รับอนุญาตให้ทำการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำตามกฎหมายว่าด้วยการประมง การออกกฎกระทรวง ตามวรรคหนึ่งให้กำหนดมาตรการคุ้มครองตามมาตรา 23 และให้มีแผนที่แสดงแนวเขตพื้นที่คุ้มครอง ทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งแนบท้ายด้วย<sup>48</sup>

<sup>47</sup>Australian Government, Department of Agriculture, Water and the Environment, **Commonwealth Marine Reserves - Allowed Activities** [Online], available URL: <http://www.environment.gov.au/topics/marine/marine-reserves/overview/allowed-activities>, 2020 (June, 28).

<sup>48</sup>Ibid.

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องออกแบบและดำเนินการตามกลยุทธ์การจัดการซึ่งจะทำให้แน่ใจได้ว่ากิจกรรมดำนํ้าลึกในประเทศไทยจะเป็นการใช้ทรัพยากรใต้น้ำอย่างยั่งยืนเพราะการดำนํ้าลึกเป็นอุตสาหกรรมที่เติบโตอย่างรวดเร็วและมีความสำคัญแพร่หลายมากในขณะนี้ ซึ่งต้องอาศัยสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติที่มีคุณภาพและการจัดระบบจะช่วยลดความเสียหายต่อปะการังและสัตว์ทะเลได้ในระยะยาว อีกทั้งง่ายต่อการเข้าจัดการร่วมด้วยของเจ้าหน้าที่ภาครัฐอีกด้วย เพราะมีการแบ่งเขตพื้นที่และวัตถุประสงค์การใช้งานอย่างชัดเจนแล้ว จึงควรได้จัดให้พื้นที่ที่มีความอุดมสมบูรณ์ดังกล่าวและเป็นแหล่งกิจกรรมดำนํ้าเป็นพื้นที่คุ้มครองพิเศษตามแนวทางของต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น เกาะโลซิน ให้ชัดเจน เป็นต้น

โดยทั่วไปกฎข้อบังคับในการดำนํ้าเป็นข้อกำหนดซึ่งบังคับใช้ภายในอาณาเขตและน่านน้ำของแต่ละประเทศ กฎระเบียบการดำนํ้าโดยปกติจะไม่ได้ใช้ในน่านน้ำสากล แต่อุตสาหกรรมการดำนํ้าเชิงพาณิชย์เพื่อการสนั่นหาการที่ดำเนินการในน่านน้ำสากลซึ่งโดยทั่วไปเรียกว่าอุตสาหกรรมการดำนํ้านอกชายฝั่ง ในน่านน้ำเหล่านี้อุตสาหกรรมส่วนใหญ่ได้รับการควบคุมโดยการเป็นสมาชิกโดยสมัครใจขององค์กรต่าง ๆ เช่น สมาคมผู้รับเหมาทางทะเลระหว่างประเทศ (IMCA) สมาชิกขององค์กรเหล่านี้จำเป็นต้องมีเงื่อนไขในการเป็นสมาชิกเพื่อปฏิบัติตามหลักปฏิบัติซึ่งเป็นบรรทัดฐานกลางรวมถึงในบางเขตอำนาจศาลอาจมีการกำหนดข้อยกเว้นที่เฉพาะเจาะจงเอาไว้<sup>49</sup> จะเห็นได้ว่า การท่องเที่ยวดำนํ้าลึกเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับประเทศคู่แข่ง เช่น อินโดนีเซีย หรือมาเลเซีย การสร้างระบบกฎหมายควบคู่ไปกับการปลูกฝังจิตสำนึกในการอนุรักษ์เป็นสิ่งที่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของทรัพยากรธรรมชาติใต้ทะเลอันประเทศไทยจะต้องเร่งพัฒนาเพื่อสนับสนุนยุทธศาสตร์การท่องเที่ยวทางนํ้าของภาคใต้<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup>ภัทรดาลิน เย็นมันคง, “แนวทางการอนุรักษ์การกฎหมายไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ: ศึกษากรณีชนิดพันธุ์ต่างถิ่น,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562), หน้า 87- 105.

<sup>50</sup>Julie P. Hawkins and others, “Effects of Recreational Scuba Diving on Caribbean Coral and Fish Communities,” *Conservation Biology* 13, 4 (April 2020): 888-897.



ภาพ 4 Biological Conservation, The effects of trampling on corals along a gradient of human use

การจะบรรลุผลในเป้าหมายดังกล่าว สามารถทำได้โดยต้องดำเนินการให้ข้อมูลแก่นักดำน้ำ และคอยสอดส่องความเป็นไปของกิจกรรมการท่องเที่ยวทางน้ำในชุมชนได้อีกทางหนึ่ง ทางด้านผู้ประกอบการด้านการท่องเที่ยวทางน้ำก็จำเป็นต้องประกอบธุรกิจเชิงอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติได้ทะเล และต้องมีหลักฐานหรือสามารถตรวจสอบได้ กลุ่มผู้ประกอบการเรือประมง ลดการจอดเรือโดยละเอียด การยึดเรือไว้ด้วยการผูกทุ่นแต่ใช้การสมอลงในทะเลแทนทำให้เกิดความเสียหายกับแนวปะการังได้ทะเล และจำนวนของสัตว์น้ำที่ลดลงด้วย เพิ่มการให้ข้อมูลเครือข่ายหน่วยงานที่เกี่ยวข้องระหว่างกัน เช่น กรมประมงฯ กรมเจ้าท่าฯ กรมอุทยานฯ สำนักงานการท่องเที่ยวจังหวัดต่าง ๆ และเครือข่ายชุมชน เป็นต้น ทางด้านการจัดตั้งเครือข่ายความร่วมมือระหว่างชุมชนกับหน่วยงานภาครัฐ จัดตั้งเครือข่ายอาสาสมัครพิทักษ์ปะการัง เรืองมลพิษและขยะในทะเลเพื่อให้ข้อมูลการกระทำผิดในแนวปะการังให้กับเจ้าหน้าที่ของภาครัฐ

รวมถึงนโยบายทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติได้ทะเล อาทิเช่น กำหนดจุดดำน้ำใดที่ประสบปัญหาต้องการฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติได้ทะเลจากกลุ่มผู้เชี่ยวชาญ การสร้างแนวปะการังเทียม การซ่อมแซมปะการังที่แตกหักได้ทะเล การจำกัดจำนวนนักท่องเที่ยวในแต่ละจุดดำน้ำซึ่งเป็นประเด็นที่ต้องได้รับการควบคุมโดยเร่งด่วนโดยอาศัยมาตรการทางกฎหมาย ดังเช่น หมู่เกาะสิปาดันในประเทศมาเลเซีย การสร้างแหล่งดำน้ำใหม่เพื่อให้แหล่งดำน้ำที่มีอยู่เดิม

ได้รับการรบกวนน้อยลง การจัดจุดดำน้ำที่เหมาะสมกับนักดำน้ำมือใหม่โดยเฉพาะเพื่อมิให้ทักษะการดำน้ำเป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและจุดดำน้ำที่เหมาะสมกับนักดำน้ำที่มีประสบการณ์แตกต่างกัน เป็นต้น

## 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เป็นที่ทราบกันดีสำหรับวงการการท่องเที่ยวดำน้ำลึกว่า การดำน้ำลึกนั้นเป็นกิจกรรมที่เป็นอันตรายและมีความเสี่ยงสูงตามธรรมชาติเนื่องจากอาศัยเทคนิคพิเศษ นอกเหนือจากนั้น สำหรับการดำเนินการที่คู่ขนานระหว่างกิจกรรมการดำน้ำลึกกับกฎหมายเพื่อคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติได้น้ำและสิ่งแวดล้อมทางทะเล มาตรการทางกฎหมายที่เพียงพอจะช่วยยกระดับมาตรฐานอุตสาหกรรมการดำน้ำในประเทศไทยให้สูงขึ้น เชื่อถือได้และเป็นที่ไว้วางใจสำหรับนักดำน้ำทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติ รวมถึงเป็นสถานที่ดำน้ำที่โดดเด่นขึ้นไปอีกในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เรื่องความสมบูรณ์ของแหล่งดำน้ำอีกด้วย

หากจะวิเคราะห์เปรียบเทียบลึกลงไปในรายละเอียดของปัญหาข้อกฎหมายและอุปสรรคสำหรับกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันจะพบปัญหาที่สามารถจำแนกได้ดังนี้ เริ่มตั้งแต่ต้นทางของการดำน้ำลึก คือ ในด้านธุรกิจและผู้ประกอบการกิจกรรมดำน้ำ ใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยวทางน้ำ ซึ่งออกโดยกรมการท่องเที่ยว ฯ กำหนดให้ต้องรายงานการดำน้ำลึกของนักท่องเที่ยวและถูกควบคุมภายใต้ระเบียบนี้ อย่างไรก็ตามประการแรก คำจำกัดความที่ไม่ชัดเจนของธุรกิจการท่องเที่ยวที่ให้บริการธุรกิจดำน้ำลึก เป็นช่องว่างที่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำน้ำบางรายละเมิดได้ ปัจจุบันครูสอนดำน้ำอิสระและศูนย์ดำน้ำบางแห่งหลีกเลี่ยงการจดทะเบียนธุรกิจของตน ส่งผลให้ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย<sup>51</sup>

ประการต่อมา มาตรการเฉพาะที่ออกโดยกรมการท่องเที่ยวสำหรับธุรกิจดำน้ำลึกในส่วนของเทคนิคเพื่อความปลอดภัยและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจะใช้เฉพาะในกรณีที่สมัครใจเข้าร่วมเท่านั้น อีกทั้งยังไม่ใช้เครื่องมือทางกฎหมายที่มีผลบังคับใช้และบทลงโทษอย่างเต็มที่ หน่วยงานขาดมาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่เพื่อปกป้องทรัพยากรทางทะเลโดยละเอียด

---

<sup>51</sup> วราวุธ ชินทรเดช, การดำน้ำเชิงลึก [Online], available URL: <http://etatjournal.com/web/etat-journal/2017-apr-jun/441-22559-diving>, 2021 (January, 17).

ส่งผลให้ผู้ประกอบการดำน้ำบางรายไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ โดยเฉพาะการตรวจสอบสุขภาพและทักษะของนักเรียนหรือนักดำน้ำซึ่งส่งผลต่อการถูกทำลายของสิ่งแวดล้อมใต้ทะเล<sup>52</sup>

นอกจากนี้ แม้ว่าประเทศไทยมีการแบ่งเขตพื้นที่คุ้มครองและกำหนดมาตรการสำหรับพื้นที่อุทยานแห่งชาติตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ และพื้นที่แนวปะการังตามมติคณะรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม การจัดการนอกพื้นที่อุทยานแห่งชาติมีเพียงบางจังหวัดเท่านั้นที่มีการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวต่อพืชและสัตว์ทะเล ในขณะที่บางจังหวัดอยู่ภายใต้นโยบายของผู้ควบคุมท้องถิ่นและอาศัยดุลยพินิจเป็นหลัก ยิ่งไปกว่านั้นในกรณีของการคุ้มครองสัตว์ป่า สัตว์บางชนิด เช่น กระเบนราหูและม้าน้ำ ซึ่งเป็นสัตว์น้ำที่ได้รับความสนใจจากนักดำน้ำเป็นอย่างมากไม่อยู่ในรายชื่อสัตว์สงวนและไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 ดังนั้น จะไม่ได้รับการคุ้มครองจากกิจกรรมดำน้ำลึกภายในและภายนอกพื้นที่อุทยานแห่งชาติ ดังเช่นกรณีที่นักท่องเที่ยวชาวจีนทำการรื้อปะการังเพื่อถ่ายรูปม้าน้ำ เป็นต้น<sup>53</sup>

อุปสรรคสุดท้ายในเชิงกฎหมาย คือ การจำกัดจำนวนของนักดำน้ำสำหรับจุดดำน้ำในอุทยานและพื้นที่ดำน้ำนอกอุทยานแห่งชาติไม่ปรากฏข้อจำกัดทางกฎหมายและคำแนะนำในการควบคุมจำนวนนักดำน้ำ เนื่องจากเป็นประเด็นที่ละเอียดอ่อนเพราะสัมพันธ์กับความเติบโตของธุรกิจการท่องเที่ยวดำน้ำลึก เมื่อเปรียบเทียบขนาดพื้นที่จุดดำน้ำทั้งหมดประมาณ 200 แห่ง จำนวนนักดำน้ำท่องเที่ยวมีมากและการจัดการไม่ดีพอ จะเห็นได้ว่า มีการขึ้นเกาะและเข้าพื้นที่ดำน้ำลึกที่มากเกินไปในช่วงเวลาเดียวกัน ซึ่งทำให้เกิดปัญหากับทรัพยากรทางทะเล ดังเช่นที่เกาะเต่าและหมู่เกาะสิมิลันประสบปัญหาอยู่ในระยะที่ผ่านมา<sup>54</sup>

จะเห็นได้ว่า มีปัญหาที่เกิดจากช่องว่างทางกฎหมายเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง เหตุที่การปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีอยู่ไม่เพียงพอและความเสียหายยังคงเกิดขึ้นเสมอ เกิดขึ้นจากการปรับปรุงดังกล่าวไม่ครอบคลุมไปถึงรากเหง้าปัญหากฎหมายที่แท้จริง ไม่เพิ่มเติมที่ถูกจุดและไม่บูรณาการให้เป็นมาตรฐานเดียวกันระหว่างหน่วยงาน ประการแรก ระบบการเข้าสู่อุทยานแห่งชาติ แม้จะมีการปรับปรุงกฎหมายฉบับนี้ตามกฎหมายแต่ยังไม่มีการจัดให้มีการเพิ่มข้อบังคับที่เกี่ยวข้องเพื่อการดำน้ำทั้งการดำน้ำลึกและการดำน้ำตื้นถึงจำนวนนักท่องเที่ยว อีกทั้งนอกพื้นที่อุทยานธุรกิจดำน้ำ

<sup>52</sup>บำรุงศักดิ์ ฉัตรอนันท์เวช, คู่มือการดำน้ำดูปะการังอย่างรับผิดชอบ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอนุรักษ์ทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง, 2561), หน้า 51- 57.

<sup>53</sup>Panwad Wongthong and Nick Harvey, op. cit.

<sup>54</sup>Sorada Tapsuwan and John Asafu-Adjaye, “Estimating the Economic Benefit of SCUBA Diving in the Similan Islands, Thailand,” *Coastal Management Journal* 36, 5 (October 2018): 431-442.

จะได้รับการบริหารและตรวจสอบโดยรัฐบาลท้องถิ่นในด้านสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ แต่ไม่มีข้อบังคับเฉพาะที่ต้องขอใบอนุญาตการจดทะเบียนธุรกิจการท่องเที่ยวทำให้ควบคุมได้ยาก<sup>55</sup> จึงยากแก่การบังคับใช้กฎหมายและการกำหนดโทษต่อนักดำน้ำโดยตรง

ประเด็นข้างต้นมีความสัมพันธ์ต่อเนื่องกับความหมายและขอบเขตของการให้บริการธุรกิจการท่องเที่ยวดำน้ำลึก ช่องว่างนี้อาจก่อให้เกิดการละเมิดโดยโรงเรียนสอนดำน้ำ ครูสอนดำน้ำอิสระ และศูนย์ดำน้ำบางแห่งเพราะปฏิเสธที่จะลงทะเบียนใบอนุญาตก่อนที่จะดำเนินธุรกิจ เพื่อหลีกเลี่ยงการตกอยู่ภายใต้ नियามของคำว่าธุรกิจการท่องเที่ยว และทำให้ผู้ประกอบการไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามมาตรการของกฎหมายแม้จะมีการปรับปรุงกฎหมายแต่บังคับใช้ไปไม่ถึงจึงไม่บังเกิดผล

ตัวอย่างประการสุดท้าย มีเพียงพื้นที่บางส่วนที่อยู่ภายใต้การควบคุมของกรมอุทยานแห่งชาติ ข้อบังคับเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับสถานที่ดำน้ำลึกและการคุ้มครองสัตว์หรือแม้แต่ประเด็นร้อนล่าสุด อย่างการควบคุมการนำเข้ามาและใช้ครีมกันแดดที่มีสารอันตรายต่อปะการังในเขตอุทยานยังถูกจำกัดการบังคับใช้โดยพื้นที่ความรับผิดชอบ แม้ว่าจะมีแผนในการแบ่งเขตพื้นที่ปะการังและมาตรการคุ้มครอง แต่ก็ยังเป็นเพียงนโยบายที่ไม่มีการลงโทษทางกฎหมาย การเก็บปะการัง การทอดสมอในแนวปะการัง การจับปลาสวยงามหรือการปล่อยของเสียลงสู่ทะเลเป็นข้อต้องห้ามด้วยกฎหมาย แต่กลับไม่ครอบคลุมถึงการให้อาหารปลาและการทำร้ายสัตว์ทะเลขณะดำน้ำจึงไม่ปรากฏบทลงโทษที่ชัดเจน<sup>56</sup> และโดยศักยภาพทางองค์ความรู้และจำนวนกำลังคนที่จำกัดของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

นโยบายที่กล่าวมาข้างต้นจะไม่สามารถถูกผลักดันให้สำเร็จเป็นแนวปฏิบัติที่เคร่งครัดได้เลย หากปราศจากเครื่องมือทางกฎหมายเข้ามาสนับสนุน ขณะนี้แม้มีความพยายามจะดำเนินการปรับปรุงระเบียบข้อบังคับบ้างแต่กระบวนการยังคงอยู่ในระหว่างการเป็นร่างพระราชบัญญัติฯ เท่านั้น อีกทั้งผู้ออกกฎหมายและบังคับใช้ยังรวมตัวอยู่ในหน่วยงานกลางซึ่งเข้าถึงกิจกรรมการดำน้ำลึกในพื้นที่จริงได้ยาก จึงควรให้มีการเพิ่มเติมกฎหมายลำดับรองให้หน่วยงานภาครัฐส่วนท้องถิ่นได้อาศัยอำนาจตีความและบังคับใช้ได้อีกทางหนึ่งเพื่อความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงสร้างกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนในพื้นที่และผู้ประกอบการธุรกิจดำน้ำลึกเพื่อให้เกิดความรู้และความเข้าใจต่อการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย และเพื่อประสานประโยชน์ระหว่างผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายอย่างยั่งยืน

<sup>55</sup>Nithan Pholnivat, op. cit.

<sup>56</sup>Marinegiscenter, *Diversity in Coral Reef* [Online], available URL: [http://marinegiscenter.dmcg.go.th/km/coral\\_doc8/#.VYKgYfmqkqo](http://marinegiscenter.dmcg.go.th/km/coral_doc8/#.VYKgYfmqkqo), 2020 (June, 25).

จะเห็นได้ว่า ข้อบังคับและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการดำเนินน้ำลึกมีความกระจัดกระจายไปอยู่ในบทบัญญัติหลายฉบับ ถูกบังคับใช้และตีความโดยหลายหน่วยงาน หลายองค์กร หลายกระทรวง ทำให้เกิดความลักลั่นในการปรับใช้และไม่ส่งผลดีต่อการทำความเข้าใจกับผู้อยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวดำน้ำลึก เช่น ผู้ประกอบการธุรกิจท่องเที่ยวดำน้ำ และผู้รับบริการเอง รวมถึงเจ้าหน้าที่ภาครัฐอาจทำให้เกิดการปฏิบัติงานที่ทับซ้อน

จึงควรมีการรวมศูนย์หรือปรับแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องขึ้นใหม่เพื่อให้สอดคล้องต่อการทำความเข้าใจ การบังคับใช้และการกำหนดบทลงโทษหากมีการฝ่าฝืน และที่สำคัญอย่างยิ่งควรมีการกระจายอำนาจไปสู่องค์กรส่วนท้องถิ่นให้สามารถตีความและบังคับใช้กฎหมายลำดับรองได้ เนื่องจากสถานที่ดำน้ำลึกในทะเลแต่ละจุดมีความแตกต่างกันด้วยสภาพภูมิศาสตร์ ความหลากหลายของทรัพยากรและความแตกต่างของกลุ่มนักท่องเที่ยวทางน้ำ จึงไม่อาจใช้มาตรฐานทางกฎหมายที่ตายตัว ปราศจากความยืดหยุ่นแบบเดียวกันได้

ประการสุดท้าย ข้อเสนอแนะในการมีกฎหมายเฉพาะควรมีโครงสร้างและลักษณะพิเศษประการแรกในการปฏิรูปกฎหมายชายฝั่งและทรัพยากรทางทะเล เพิ่มข้อบังคับให้การดำน้ำลึกต้อง **ได้รับการฝึกอบรมเพื่อการอนุรักษ์**โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อนที่จะเข้าดำน้ำในอุทยานแห่งชาติ นอกเหนือจากนั้น ต้องจำแนกประเภทของพื้นที่อนุรักษ์ทางทะเล (MPA) และให้ครอบคลุมทุกพื้นที่ที่การดำน้ำลึกไปถึง ปรับปรุงกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งมีชีวิตทางทะเลและสัตว์น้ำที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมการดำน้ำลึกโดยอาจนำตัวอย่างการจัดการประเด็นนี้จากประเทศออสเตรเลียที่มีการบังคับใช้กับพื้นที่ The Great Barrier Reef เป็นต้น **ต้องจัดการประเด็นธุรกิจดำน้ำลึก**ให้ต้องมีใบอนุญาตกิจกรรมเชิงพาณิชย์ที่ออกโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ดังมาตรการตัวอย่างในรัฐควีนส์แลนด์ ประเทศออสเตรเลีย หรือในประเทศฟิลิปปินส์เพื่อบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจดำน้ำลึกทุกรายอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายโดยไม่มีข้อยกเว้น

การห้ามทอดสมอและปล่อยของเสียจะต้องกำหนดเป็นข้อห้ามพิเศษเกี่ยวกับกิจกรรมทางน้ำที่มีผลบังคับใช้ทางกฎหมายโดยอาจกำหนดเป็นบทเพิ่มเติมหรือออกเป็นกฎหมายเฉพาะฉบับย่อย เพราะส่งผลโดยตรงต่อปะการังและพันธุ์ปลาในกิจกรรมการดำน้ำลึกที่ต้องถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด ร่างพระราชบัญญัติความผิดจากกิจกรรมดำน้ำลึกได้รับการจัดทำขึ้นเป็นเวลาหลายปีแล้ว อาจไม่เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมทางทะเลและกิจกรรมดำน้ำลึกในปัจจุบัน อีกทั้งเป็นเพียงร่างนโยบายและยังไม่ได้รับสถานะทางกฎหมายจึงไม่มีการบังคับใช้การลงโทษทางกฎหมาย ควรปรับปรุงให้ทันสมัยและเร่งผลักดันให้ได้ออกมาบังคับใช้ เพื่อแม้ว่าข้อบัญญัติต่าง ๆ จะต้องถูกบังคับใช้โดยหน่วยงานท้องถิ่นเพื่อให้ดูแลได้อย่างทั่วถึง หน่วยงานดังกล่าวจะต้องสามารถอ้างอิงและรักษาบรรทัดฐาน

การบังคับใช้กฎหมายให้ได้เหมือนกันในทุกพื้นที่ดำนํ้าลึกทั่วประเทศ เพื่อประโยชน์ของความสมบูรณ์แหล่งทรัพยากรธรรมชาติได้ทะเลซึ่งจะดึงดูดนักดำน้ำเข้ามาท่องเที่ยวได้อย่างต่อเนื่อง ประการสำคัญข้อสุดท้าย คือ ตัวนักดำน้ำเองและอีกฝ่าย คือ เจ้าหน้าที่ภาครัฐควรศึกษาถ้อยความของกฎหมายให้เข้าใจอย่างชัดเจน เพื่อให้ทราบขีดจำกัดพฤติกรรมการดำน้ำลึกของตนเอง การตีความและการบังคับใช้กฎหมายให้เอื้อต่อการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมใต้ทะเลจากการดำน้ำลึก

### บรรณานุกรม

- กิตติโชติ งามประสิทธิ์. “การถูกทำลายของปะการังจากการท่องเที่ยว และการฟื้นตัวในระยะสั้นบริเวณ เกาะล้านและเกาะรีน จังหวัดชลบุรี.” วิทยานิพนธ์วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2563.
- กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง. **ความหลากหลายในแนวปะการัง** [Online]. Available URL: [https://km.dmcr.go.th/th/c\\_3/d\\_922](https://km.dmcr.go.th/th/c_3/d_922), 2021 (January, 17).
- ชัยภรณ์ วงศ์อนิษฐ์. “จิตสำนึกของมัคคุเทศก์ต่อการนำเที่ยวเชิงอนุรักษ์ในระบบนิเวศแนวปะการัง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตศึกษาศาสตร์ (สิ่งแวดล้อมศึกษา), มหาวิทยาลัยมหิดล, 2558.
- บริษัท แบรนต์ เมทริกซ์ รีเสิร์ช จำกัด. **โครงการศึกษาสถานการณ์และแนวโน้มด้านการตลาดสำหรับการท่องเที่ยวกลุ่มดำน้ำ** [Online]. Available URL: <http://www.atta.or.th/?p=3160>, 2020 (November, 9).
- บำรุงศักดิ์ ฉัตรอนันท์เวช. **คู่มือการดำน้ำดูปะการังอย่างรับผิดชอบ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักอนุรักษ์ทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง, 2561), หน้า 51- 57.
- ภัทรดาณีน ยืนมั่นคง. “แนวทางการอนุรักษ์ทรัพยากรกฎหมายไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ: ศึกษากรณีชนิดพันธุ์ต่างถิ่น.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562.
- วรารุช ชินทรเดช. **การดำน้ำเชิงลึก** [Online]. Available URL: <http://etatjournal.com/web/etat-journal/2017-apr-jun/441-22559-diving>, 2021 (January, 17).
- สมชาย สาธมนัสพันธ์. “ความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มปลาในแนวปะการังและในแหล่งหญ้าทะเลบริเวณเกาะพะงัน จังหวัดสุราษฎร์ธานี.” วิทยานิพนธ์วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- สมศักดิ์ แจ่มอุลิตรัตน์. **การท่องเที่ยวเชิงนิเวศ: โอกาสและข้อจำกัดในการพัฒนาศึกษาเฉพาะกรณี เกาะเต่า-นางยวน อำเภอพะงัน จังหวัดสุราษฎร์ธานี**. กรุงเทพมหานคร: ฐานข้อมูลวิทยานิพนธ์ไทย, 2561.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **สรุปผลการประชุมอนุกรรมการปฏิรูปการจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2554.
- Anolik Law Group. **Travel Law Faq** [Online]. Available URL: <http://travellaw.com/page/travel-law-faq>, 2019 (January 6).

- Australian Government. Department of Agriculture. Water and the Environment. **Australia's Network of Commonwealth Marine Reserves** [Online]. Available URL: [https://www.environment.gov.au/system/files/pages/2ed9e96f-d06b-460b-81de-8cd-11f2ea66f/files/national-map\\_0.pdf](https://www.environment.gov.au/system/files/pages/2ed9e96f-d06b-460b-81de-8cd-11f2ea66f/files/national-map_0.pdf), 2020 (June, 28).
- \_\_\_\_\_. Department of Agriculture. Water and the Environment. **Commonwealth Marine Reserves - Allowed Activities** [Online]. Available URL: <http://www.environment.gov.au/topics/marine/marine-reserves/overview/allowed-activities>, 2020 (June, 28).
- Coolpin. **History of Diving in Thailand** [Online]. Available URL: <http://www.siamscubadiving.com/board/view.php?tid=1347>, 2020 (January 20).
- Department of Transport. **Recreational Boat Registration** [Online]. Available URL: <http://www.transport.wa.gov.au/imagine/recreational-boat-registration.asp>, 2020 (January 7).
- Dictionary. **Definition of Diving Area** [Online]. Available URL: <http://dictionary.reference.com/browse/divingArea>, 2021 (January 6).
- Dive advisor. **Scuba Diving in the USA** [Online]. Available URL: <http://diveadvisor.com/united-states>, 2021 (January, 17).
- Diving Regulations. **Occupational Health and Safety Act 85 of 1993 – Regulations and Notices – Government Notice R41**. South Africa: Ministry of Information, Marine and Oceanic Activities, 2019.
- ETAT journal. **การท่องเที่ยวประเภทดำน้ำลึก** [Online]. Available URL: <http://www.etatjournal.com/mobile/index.php/menu-read-tat/menu-2021/menu-2021-apr-ju/64-22555-diving>, 2021 (January, 17).
- Faculty of Social Sciences. Srinakharinwirot University. **Walking Together**. Bangkok: Press Conference at Srinakharinwirot University, 2018.
- Hawkins, Julie P. and others, “Effects of Recreational Scuba Diving on Caribbean Coral and Fish Communities.” **Conservation Biology** 13, 4 (April 2020): 888-897.
- Marinegiscenter. **Diversity in Coral Reef** [Online]. Available URL: [http://marinegiscenter.dmcg.go.th/km/coral\\_doc8/#.VYKgYfmqqko](http://marinegiscenter.dmcg.go.th/km/coral_doc8/#.VYKgYfmqqko), 2020 (June, 25).

- Medio, D., R.F.G. Ormond and M. Pearson. "Effect of Briefings on Rates of Damage to Corals by Scuba Divers." **Biological Conservation** 79, 1 (January 2017): 91–95.
- Mine Melody. **แนะนำ 10 แหล่งดำน้ำ อ่าวไทย-อันดามัน ดูปะการัง วายน้ำไปกับปลา** [Online]. Available URL: <https://bestreview.asia/travel/gulf-of-thailand-and-andaman-for-dive-sites/>, 2021 (January, 17).
- MThai, **วิกฤติปะการังฟอกขาว ความรุนแรง - ฟิ้นฟูนาน 20 ปี** [Online], available URL: <http://travel.mthai.com/news/5563.html>, 2021 (June, 25).
- Nomadic Matt. **The Complete Guide to Diving in Thailand** [Online]. Available URL: <http://www.nomadicmatt.com/travel-blogs/the-complete-guide-to-diving-in-Thailand>, 2020 (November, 10).
- Office of Ocean and Coastal Resource Management. **Definition & Classification System for Thailand** [Online]. Available URL: [http://pdf/helpfulresources/factsheets/mpa\\_classification\\_may2021.pdf](http://pdf.helpfulresources/factsheets/mpa_classification_may2021.pdf), 2021 (June, 28).
- Orams, Mark B. "Feeding wildlife as a tourism attraction: a review of issues and impacts." **Tourism Management** 23, 3 (June 2021): 281-293.
- Pholnivat, Nithan. "Plead for the Government to Organize the Diving Business." **Thansathakij**, 9 May 2012, p. 6.
- Queenlands Government. **Register as an Inbound Tourism Operator** [Online]. Available URL: <http://www.qld.gov.au/law/laws-regulated-industries-andaccountability/>, 2021 (January 15).
- Reef Resilience. **ผลกระทบด้านการท่องเที่ยวและนันทนาการ** [Online]. Available URL: <https://reefresilience.org/th/stressors/local-stressors/coral-reefs-tourism-and-recreational-impacts/2018>, 2021 (January, 17).
- \_\_\_\_\_. **Tourism and Recreational Impacts** [Online]. Available URL: <http://www.reefresilience.org/coral-reefs/stressors/local-stressors/coral-reefs-tourism-and-recreationalimpacts>, 2021 (July, 1).
- Shivlani, Manoj. **A Literature Review of Sources and Effects of Non-extractive Stressorsto Coral Reef Ecosystems**. Miami: Rosenstiel School of Atmospheric and Marine Science University of Miami, 2017.

- Stuart-Sharkey, P. and Lloyd F. Austin. **Federal Regulation of Scientific Diving: Two Scientific Divers' Perspective** [Online]. Available URL: <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=1152066>, 2021 (May, 15).
- Tapsuwan, Sorada and John Asafu-Adjaye. "Estimating the Economic Benefit of SCUBA Diving in the Similan Islands, Thailand." **Coastal Management Journal** 36, 5 (October 2018): 431-442.
- Thaiways magazine. **Top Dive Sites in Thailand** [Online]. Available URL: [http://www.thaiwaysmagazine.com/thai\\_article/31\\_01\\_top\\_dive/top\\_dive.html](http://www.thaiwaysmagazine.com/thai_article/31_01_top_dive/top_dive.html), 2018 (November, 5).
- Wongthong, Panwad and Nick Harvey. "Integrated Coastal Management and Sustainable Tourism: A Case Study of the Reef-Based SCUBA Dive Industry from Thailand." **Ocean & Coastal Management** 95 (July 2014): 138-146.
- Wrstc. **World Recreational Scuba Training Council Home Page** [Online]. Available URL: <http://www.wrstc.com/main.php>, 2020 (November, 9).
- พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558.
- พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559.
- พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535.
- พระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. 2558.
- พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562.
- กฎกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา เรื่อง การอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ. 2561.



การดำเนินการเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ  
ของประเทศไทย ศึกษากรณีการประชุมรัฐภาคี  
กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลง  
สภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26

ฐิติรัตน์ ยะอนันต์



การดำเนินการเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของประเทศไทย ศึกษากรณีการประชุม  
รัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26  
Climate Change Action of Thailand: Case Study of the 26<sup>th</sup>  
session of the Conference of the Parties (COP26) of the United Nations  
Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)

ฐิติรัตน์ ยะอนันต์\*

Thitirat Yaanan

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันปัญหาเรื่องการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เป็นปัญหาที่ทวีความรุนแรงเป็นอย่างมาก และเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อประเทศต่าง ๆ บนโลก แทบทุกประเทศได้หันกลับมาให้ความสำคัญกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เนื่องจากผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมที่แต่ละประเทศต่างได้เผชิญ การแก้ปัญหาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นเรื่องยาก เนื่องจากมีลักษณะเป็นปัญหามลพิษข้ามพรมแดนและต้องอาศัยการบริหารจัดการอย่างบูรณาการของการใช้อำนาจอรัฐ

ในบทความนี้จะพิจารณาให้เห็นถึงความสำคัญของปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ การบริหารจัดการปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของประเทศไทยในปัจจุบัน และกล่าวถึงผลสรุปของการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26

---

\*อาจารย์ประจำคณะศิลปศาสตร์และวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์; น.บ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.ม. สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: y.thitirat23@gmail.com

Lecturer in Law at Faculty of Liberal Arts and Management Science, Kasetsart University; LL.B. Thammasat University; LL.M. in Natural Resources and Environmental Law Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 29 มีนาคม 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 16 พฤษภาคม 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 24 พฤษภาคม 2565.

ที่เกิดขึ้น เพื่อนำมาเป็นข้อมูลพื้นฐานในการสร้างความเข้าใจ เพื่อเป็นแนวทางในการบริหารจัดการ และแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของประเทศไทย

**คำสำคัญ:** การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ, กฎหมายระหว่างประเทศ, กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

### Abstract

Nowadays, many countries pay more attention to climate change as it directly affects the eco-system and global environment. Solving problems from climate change is complicated as it is a transboundary environmental issue. The collaboration among countries and the integrated management of the state powers are needed to deal with this global challenge.

This article examined the importance of climate change and the management of climate change issues in Thailand today. This article discussed outcomes of the 26<sup>th</sup> session of the Conference of the Parties (COP26) of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC). The outcomes were used as a primary information to develop a better understanding, and also as a management guideline for practitioners to resolve climate change problems in Thailand.

**Keywords:** climate change, international law, UNFCCC

## 1. บทนำ

ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกต่างเผชิญกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในรูปแบบที่ต่างกันไป ปัญหาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศในปัจจุบันมีลักษณะที่ทวีความรุนแรงขึ้น อุณหภูมิของโลกกำลังร้อนขึ้น เพราะการปล่อยมลพิษของเชื้อเพลิงฟอสซิล เช่น ถ่านหิน น้ำมัน และแก๊ส และทุกกิจกรรมจากการกระทำของมนุษย์ การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเกิดขึ้นในระดับที่ส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตของประชากร กระทั่งต่อเศรษฐกิจและสังคม ปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศในปัจจุบันได้ถูกนำกลับมาถกเถียงและให้ความสำคัญอย่างยิ่ง หลักฐานชิ้นหนึ่งที่สำคัญคือ รายงานโดยคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Intergovernmental Panel on Climate Change: IPCC) ได้ทำการเผยแพร่รายงานการประเมินครั้งที่ 6 (The Sixth Assessment Report : AR6) ว่าด้วยความเข้าใจเชิงกายภาพของระบบภูมิอากาศและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เมื่อศึกษาในรายงานการประเมินดังกล่าวจะพบข้อเท็จจริงโดยสรุปที่ว่า อิทธิพลจากการกระทำของมนุษย์ทำให้บรรยากาศ มหาสมุทร และพื้นดินอุ่นขึ้น มีการเปลี่ยนแปลงอย่างกว้างขวางและรวดเร็วในชั้นบรรยากาศ มหาสมุทร น้ำแข็งบนโลก และชีวมณฑล<sup>1</sup>

จากรายงานที่สำคัญข้างต้นจะพบว่า คณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้แจ้งเตือนต่อมนุษยชาติว่า ในปัจจุบันนี้ปัญหาวิกฤตการณ์เกี่ยวกับเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้เข้าสู่ปัญหาในระดับสีแดง ซึ่งมีความหมายว่า ความอันตรายและร้ายแรงของปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศนั้น มาถึงจุดที่เป็นระดับสัญญาณฉุกเฉินต่อมนุษยชาติ วิกฤตการณ์เกี่ยวกับเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศถือเป็นเรื่องของความอยู่รอด ปัจจุบันสังคมโลกกำลังเผชิญสภาวะฉุกเฉินด้านสภาพภูมิอากาศ (Climate Emergency) และในรายงาน The Working Group I contribution to the IPCC Sixth Assessment Report: The Physical Science Basis เป็นส่วนแรกของรายงานการประเมินครั้งที่ 6 (The Sixth Assessment Report หรือ AR6) ปรากฏหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อันเป็นผลจากการวิจัยกว่า 14,000 ฉบับ ที่ได้รับการยืนยันจากนักวิทยาศาสตร์ร่วม 200 คนทั่วโลกระบุว่า ภายในปี 2030 อุณหภูมิโลกโดยเฉลี่ยจะสูงขึ้นเกิน 1.5 องศาเซลเซียสเหนือระดับก่อนยุคอุตสาหกรรม ซึ่งอุณหภูมิ 1.5 องศาเซลเซียสที่เพิ่มขึ้นนี้เป็นการเพิ่มแบบในอัตราที่เรียกว่า เพิ่มขึ้นเร็วอย่างผิดปกติและรวดเร็วในระดับที่เร็วกว่าที่ผู้เชี่ยวชาญเคยคาดการณ์ไว้ถึง 10 ปี การเพิ่มขึ้นของ

<sup>1</sup>The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), **Summary for Policymakers**. In: **Climate Change 2021** [Online], available URL: [https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_WGI\\_SPM.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM.pdf), 2021 (October, 16).

อุณหภูมิภายในระยะเวลาอันรวดเร็วนี้ย่อมจะนำมาซึ่งผลกระทบต่อนุษยชาติ ผลกระทบนี้จะรุนแรงและจะส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศทั้งหมดของโลก ตัวอย่างของการเปลี่ยนแปลง เช่น กรณีของภูมิอากาศสุดขั้ว (Climate extremes) ที่ทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อย ๆ ตามการเพิ่มขึ้นของอุณหภูมิที่สูงขึ้น และในปัจจุบันก็ได้ปรากฏให้เห็นภูมิอากาศสุดขั้วกระจายไปในแทบทุกประเทศบนโลก ซึ่งเป็นสภาพอากาศสุดขั้วรุนแรงที่ไม่เคยมีมาก่อนในประวัติศาสตร์และนำมาซึ่งความเสียหายที่ชัดเจนและเป็นบริเวณกว้าง<sup>2</sup>

ในปัจจุบันประเด็นเรื่องเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศถูกผลักดันให้ขึ้นมาเป็นปัญหาสิ่งแวดล้อมอันดับต้น ๆ ที่ในเวทีความร่วมมือระหว่างประเทศได้ให้ความสนใจ ในเวทีระดับประเทศองค์กรเอกชนและภาคประชาสังคมต่าง ๆ ได้แสดงออกถึงความคาดหวังต่อการประชุมการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศแห่งสหประชาชาติปี 2564 (the 26<sup>th</sup> session of the Conference of the Parties (COP26) of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)) ซึ่งจัดขึ้นที่เมืองกลาสโกว์สหราชอาณาจักรในช่วงวันที่ 31 ตุลาคม 2564 ถึงวันที่ 12 พฤศจิกายน 2564

การประชุม COP26 มีความสำคัญเนื่องจากประการแรก การประชุม COP26 ถือเป็นการประชุมด้านสภาพภูมิอากาศที่สำคัญที่สุดนับตั้งแต่การประชุม Conference of the Parties สมัยที่ 21 (COP21) ณ กรุงปารีส ซึ่งนำไปสู่ความตกลงปารีส (Paris Agreement) ที่มีข้อตกลงร่วมกันว่าการที่ประเทศที่เข้าร่วมได้ตั้งเป้าจำกัดการเพิ่มอุณหภูมิโลกให้ต่ำกว่า 2 องศาเซลเซียส โดยจะพยายามจำกัดไม่ให้เพิ่มขึ้นเกิน 1.5 องศาเซลเซียสเมื่อเทียบกับระดับในช่วงก่อนยุคอุตสาหกรรม (ค.ศ. 1850-1900) แต่ความคืบหน้าที่ชัดเจนและรูปธรรมของดำเนินการนั้นยังไม่เกิดขึ้นชัดเจนนัก ดังนั้น การประชุม COP26 จึงเป็นการประชุมเพื่อติดตามผลที่เป็นรูปธรรมจากการประชุม COP21

ประการที่สอง COP26 เป็นการประชุมที่ทุกประเทศภายใต้ UNFCCC จะเข้าร่วมการเจรจาและในการประชุมครั้งนี้ทุกประเทศจะให้คำมั่นที่จะดำเนินการเพื่อให้เป้าหมายการจำกัดอุณหภูมิเป็นไปตามที่ตั้งไว้ โดยการประชุมถูกคาดหวังและให้ความสนใจเป็นอย่างมากในระดับเวทีโลก เนื่องจากในสถานการณ์ในปัจจุบันที่แต่ละประเทศเผชิญกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศประกอบหลักฐานอันเป็นประจักษ์ถึงผลกระทบอันร้ายแรง<sup>3</sup> ที่กำลังจะเกิดขึ้นตามรายงานของคณะกรรมการ

<sup>2</sup>Ibid., p. 11.

<sup>3</sup>เนตรธิดา บุนนาค, รายงาน IPCC ล่าสุด เตือนว่า อุณหภูมิโลกที่สูงขึ้น จะทำให้เกิดสภาพอากาศสุดขั้วรุนแรงที่ “ไม่เคยมีมาก่อนในประวัติศาสตร์” [Online], available URL: <https://www.sdgmovement.com/2021/08/10/ipcc-sixth-assessment-report-climate-extreme/>, 2564 (ตุลาคม, 17).

ระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ การประชุม COP26 ครั้งนี้จะเป็นตัวกำหนดทิศทางในการขับเคลื่อนปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในระดับเวทีโลก ว่าประเทศต่าง ๆ จะมีทิศทางและความชัดเจน ตลอดจนมีความจริงจังมากเพียงใดต่อการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ

ประการสุดท้าย ในประเด็นผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศต่อประเทศไทย ก่อนการประชุม COP26 คือ ก่อนการประชุม COP26 ปรากฏหลักฐานว่าประเทศไทยจะเป็นประเทศที่ได้รับผลกระทบรุนแรงจากปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในลำดับต้น ๆ ของโลก กล่าวคือ มีการจัดอันดับให้ประเทศไทยเป็นประเทศที่ได้รับผลกระทบมากที่สุด 10 อันดับแรกจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ<sup>4</sup> หลักฐานที่น่าสนใจนี้เป็นข้อมูลรายงานโดยธนาคารพัฒนาเอเชีย ในหัวข้อภัยพิบัติจากสภาพภูมิอากาศที่เกี่ยวข้องกับเอเชียแปซิฟิก ซึ่งระบุว่าพื้นที่เอเชียตะวันออกเฉียงใต้เป็นพื้นที่ที่มีความอ่อนไหวต่อการเกิดภัยพิบัติทางธรรมชาติและจะมีลักษณะของการเกิดที่มีความถี่และระดับความรุนแรงที่สูงขึ้นครอบคลุมระยะเวลาที่ยาวนานและครอบคลุมพื้นที่เป็นบริเวณกว้าง<sup>5</sup> ประกอบกับดัชนีความเสี่ยงด้านสภาพภูมิอากาศของโลกในปี พ.ศ. 2563 ระบุว่าในระยะเวลา 20 ปี คือ พ.ศ. 2541 ถึง 2561 ประเทศในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้จะได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศมากที่สุด 10 อันดับแรกของโลก<sup>6</sup> โดยการวิเคราะห์ว่า ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้จะเป็นพื้นที่ที่จะได้รับผลกระทบมาก เนื่องจากพฤติกรรม การตั้งถิ่นที่อยู่อาศัยที่อยู่ใกล้ชายฝั่ง ตลอดจนการดำเนินชีวิตของประชาชนมีลักษณะที่ผูกพันกับการเกษตรกรรมพึ่งพาสิ่งแวดล้อมและหากพิจารณาการเกิดของภัยพิบัติในภูมิภาค ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มีลักษณะของปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการตั้งรกราก เช่น ปัญหาเกี่ยวกับอุทกภัย ปัญหาการเพิ่มขึ้นของระดับน้ำทะเล ตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรถ่านหิน (Coal) เพื่อนำมาเป็นพลังงานหลักในการขับเคลื่อนภาคอุตสาหกรรม และการพัฒนาด้านต่าง ๆ ประเทศที่กำลังพัฒนามักจะมีการใช้เชื้อเพลิงประเภทฟอสซิล เช่น น้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ และถ่านหินเป็นแหล่งพลังงานสำคัญในการขับเคลื่อนและพัฒนาเศรษฐกิจ ซึ่งปัจจัยทั้งหลายเหล่านี้มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศทั้งสิ้น

<sup>4</sup>กรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, **สนั่น!! ก่อนการประชุม COP26 ไทยถูกจัดอันดับเป็นประเทศที่ได้รับผลกระทบมากที่สุด 10 อันดับแรก** [Online], available URL: <https://actionforclimate.deqp.go.th/news/2790/#>, 2564 (ตุลาคม, 17).

<sup>5</sup>Vinod Thomas, Jose Ramon G. Albert, and Rosa T. Perez, **Climate-Related Disasters in Asia and the Pacific, 2013** [Online], available URL: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/30323/ewp-358.pdf>, 2021 (October, 19).

<sup>6</sup>David Eckstein, Vera Künzel, Laura Schäfer, **Global Climate Risk Index 2021** [Online], available URL: <https://www.germanwatch.org/en/19777>, 2021 (October, 19).

โดยเมื่อพิจารณากรณีประเทศไทยตามข้อมูลดัชนีความเสี่ยงด้านสภาพภูมิอากาศของโลกในปี พ.ศ. 2563 ประเทศไทยอยู่ในอันดับที่ 9 ของโลก จากประเทศทั้งหมดที่จะได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศซึ่งนับเป็นอันดับของความเสี่ยงที่สูงมาก<sup>7</sup> เมื่อเปรียบเทียบการเตรียมพร้อมและรับมือ ตลอดจนการวางแผนเพื่อปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของภาครัฐของประเทศไทย ด้วยความสำคัญที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้การประชุมสมัชชาประเทศภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26 จึงเป็นการประชุมในเวทีระหว่างประเทศว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่มีความน่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง และการประชุม COP26 จะส่งผลกระทบต่อแนวทางการรับมือและการกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในระดับโลกและจะส่งผลกระทบต่อประเทศไทยด้วยเช่นกัน

กรณีประเทศไทยได้มีการให้ความสำคัญกับการรับมือต่อประเด็นการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศทั้งในระดับระหว่างประเทศ ประเทศไทยได้มีการเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาหลายฉบับ ได้แก่ พิธีสารมอนทรีออลว่าด้วยสารทำลายชั้นบรรยากาศโอโซน กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พิธีสารเกียวโต และความตกลงปารีส การที่ประเทศไทยเข้าผูกพันตามพันธกรณีดังกล่าวข้างต้น ส่งผลให้เกิดภาระและหน้าที่ในการดำเนินการของประเทศที่จะต้องมีการสร้างระบบและกลไกภายใต้กฎหมายภายใน ในการรับมือกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศตามหลักทฤษฎีซึ่งตามทฤษฎีทวินิยม (Dualism) รัฐแต่ละรัฐจะต้องดำเนินการออกกฎหมายภายในของรัฐตนเพื่อให้กฎหมายภายในของรัฐมีความสอดคล้องกับข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งรัฐได้แสดงเจตจำนงว่าจะผูกพันและปฏิบัติตาม เรียกว่า การอนุวัติการ ตามทฤษฎีทวินิยม รัฐจะต้องมีกระบวนการแปลง (Transformation) หรือการยอมรับ (Adoption) หรือการอนุวัติการ (Implementation) กฎหมายระหว่างประเทศให้กลายเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในประเทศก่อน เพื่อนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ผูกพันภายในรัฐ<sup>8</sup> ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นปัญหาที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ประเทศไทยจึงควรเร่งดำเนินการออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นการเฉพาะเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศมาใช้บังคับเพื่อเป็นการบรรเทาปัญหาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่ประเทศไทยจะต้องเผชิญในอนาคต

---

<sup>7</sup>Ibid.

<sup>8</sup>วีรพัฒน์ ปริยวงศ์, การใช้อำนาจอธิปไตยสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ: หนังสือสัญญาบางประเภท อันต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา [Online], available URL: <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1214, 2565> (มกราคม, 5).

สรุปประเด็นที่ผู้เขียนจะนำเสนอในบทความฉบับนี้ คือ การพิจารณากรณีการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26 ว่าในการประชุมที่สำคัญนี้ได้สร้างผลลัพธ์และพัฒนาการต่อการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในประเด็นใดบ้าง และในปัจจุบันการที่ประเทศไทยยังไม่มีมาตรการกฎหมายว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในระดับพระราชบัญญัติขึ้นใช้บังคับนั้น ได้ส่งผลทำให้การแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศยังขาดความชัดเจนและเป็นรูปธรรม ดังนั้นแล้ว ภายหลังจากบริบทการประชุม COP26 ที่จบลง จะกล่าวถึงประเด็นที่ว่า ประเทศไทยควรมีแนวทางในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศอย่างไร

## 2. แนวคิดเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

ในเบื้องต้นผู้เขียนขอทำความเข้าใจเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดยเริ่มต้นในการพิจารณาจากบทนิยามของ คำว่า การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ คืออะไร โดยพิจารณาตามกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change: UNFCCC) มาตรา 1 อนุมาตรา 2 ซึ่งหมายถึง การเปลี่ยนแปลงรูปแบบสภาวะอากาศและรูปแบบความแปรปรวนของสภาวะอากาศในระยะยาว อันเป็นผลจากกิจกรรมของมนุษย์ซึ่งก่อให้เกิดซึ่งการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบของบรรยากาศของโลกโดยตรงหรือโดยอ้อม และที่เพิ่มเติมจากความแปรปรวนของของสภาวะอากาศทางธรรมชาติที่สังเกตเห็นได้ในช่วงระยะเวลาเดียวกัน<sup>9</sup>

ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นปัญหาที่หลายประเทศทั่วโลกให้ความสำคัญและถือว่าเป็นภัยต่อการอยู่รอดของมนุษยชาติ ความรุนแรงของปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้ส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของผู้คนในทุกพื้นที่ทั่วโลก และถือเป็นปัญหาที่กระทบต่ออนาคตของมนุษยชาติ<sup>10</sup> ในปัจจุบันไม่มีประเทศใดตั้งคำถามว่า ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ เพราะทุกประเทศต่างได้รับผลกระทบจากปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศทั้งสิ้น เมื่อพิจารณาต่อไปถึงลักษณะของปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศจะพบว่า การเปลี่ยนแปลง

<sup>9</sup>“United Nations Framework Convention on Climate Change,” May 9, 1992, United Nations, pt. 7.

<sup>10</sup>World Commission on Environment and Development, **Our Common Future** (Oxford: Oxford University Press, 1987), p. 13.

สภาพภูมิอากาศมีลักษณะเป็นปัญหาสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน ซึ่งหมายถึง การที่ได้กำหนดเขตแดนของรัฐแต่ละรัฐซึ่งอาจเป็นพรมแดนตามธรรมชาติหรือพรมแดนตามแผนที่ในทางสิ่งแวดล้อมและทรัพยากร การกำหนดเขตแดนของรัฐและความรับผิดชอบของรัฐภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐไม่อาจครอบคลุมในเรื่องของการจัดการปัญหาสิ่งแวดล้อมดังกล่าวได้

ความหมายโดยรวมของปัญหาสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน คือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมในรัฐใดรัฐหนึ่งแต่ผลกระทบที่เกิดขึ้นอาจส่งผลกระทบต่ออีกรัฐหนึ่งหรือรัฐอื่น ๆ ซึ่งความเสียหายหรือปัญหาสิ่งแวดล้อมที่มีลักษณะข้ามพรมแดน เช่น ทรัพยากรน้ำ อากาศ พื้นดิน น้ำมันรั่วไหลลงทะเลต่างเป็นปัญหาที่ต้องอาศัยกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเข้ามาเป็นเครื่องมือหนึ่งในการแก้ไขปัญหา ประเด็นที่สำคัญของปัญหาสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน คือ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นระหว่างรัฐสองรัฐหรือมากกว่านั้น ซึ่งอาจพัฒนาการเป็นปัญหาความขัดแย้งในทางระหว่างประเทศและเนื่องจากปัญหาสิ่งแวดล้อมมีลักษณะที่มีความสัมพันธ์กันไม่สามารถแยกขาดออกจากกันได้ มีลักษณะสัมพันธ์กันและจำเป็นต้องอาศัยการบูรณาการในการแก้ปัญหาเมื่อเกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมขึ้น ณ ที่ใดที่หนึ่ง ทำ्यที่สุดย่อมส่งผลกระทบต่อพื้นที่อื่น ๆ ที่อยู่ใกล้หรือห่างออกไปด้วย การที่ปัญหาสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนนั้นไม่อาจอาศัยเพียงการจัดการภายในมิติการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐใดรัฐหนึ่ง จึงเกิดการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมขึ้น

ทั้งนี้ ขอยกยความเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ที่มาของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ เกิดจากภูมิหลังของการที่กฎหมายสิ่งแวดล้อมเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ในช่วงเริ่มต้นประชาสังคมโลกได้พัฒนาด้านเศรษฐกิจอย่างสุดโต่ง จนนำมาสู่ปัญหาการทำลายสิ่งแวดล้อม จนทำให้มนุษย์ดำรงอยู่ในสังคมที่สิ่งแวดล้อมที่เสื่อมโทรมอย่างหนัก ทำยสุดมนุษยชาติก็หันกลับมาคำนึงถึงประเด็นเรื่องของการที่มนุษยชาติควรที่จะมีสิทธิที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี จึงเกิดความร่วมมือในทางระหว่างประเทศ ผ่านการประชุมสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเพื่อสร้างการผลักดัน การพัฒนาสังคมและเศรษฐกิจควบคู่ไปกับการพัฒนาสิ่งแวดล้อม ตลอดจนการสร้างหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนขึ้นเป็นแกนกลางของการพัฒนาให้มนุษย์และสิ่งแวดล้อมสามารถดำรงอยู่ร่วมกัน

จุดเริ่มต้น คือ การตระหนักเรื่องสิทธิด้านสิ่งแวดล้อม การบัญญัติหลักการพื้นฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีที่มาจากเอกสารระหว่างประเทศที่มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องจากการประชุมในเวทีระหว่างประเทศ การประชุมครั้งแรกเกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1972 ถือเป็นการประชุมครั้งสำคัญอย่างยิ่ง คือ การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ (United Nations Conference on Human Environment: UNCHE) ที่มีการจัดขึ้นที่กรุงสต็อกโฮล์ม ประเทศสวีเดน ผลจากการประชุมสร้างพัฒนาการที่สำคัญต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ การสร้างปฎิญา

การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ (Stockholm Declaration) เป็นปณิญาสาเกตว่าด้วยสิ่งแวดล้อมโลกซึ่งประกอบด้วย หลักการ 26 ข้อ และนำไปสู่การสร้างโครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Environment Programme: UNEP)<sup>11</sup>

ต่อมาการประชุมเมื่อปี ค.ศ. 1992 คือ การประชุมองค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาที่ยั่งยืน (United Nations Conference on Environment and Development - UNCED) ณ นครริโอเดอจาเนโร ประเทศบราซิล ซึ่งส่งผลที่สำคัญการประชุม ๓ ก่อให้เกิดเอกสารกฎหมายระหว่างประเทศจำนวน 6 ฉบับ แต่ละฉบับก่อให้เกิดหลักการทางสิ่งแวดล้อมสากลที่ทุกประเทศทั่วโลกนำไปปฏิบัติหรือรับรองเป็นกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมภายในรัฐ โดยเมื่อพิจารณารายละเอียดเอกสารทั้ง 6 ฉบับ เอกสารทั้ง 6 ฉบับยังก่อให้เกิดการรับรองสิทธิสิ่งแวดล้อมเป็นการเฉพาะ ทำให้สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมถูกบัญญัติแยกออกมาจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจน จึงนับได้ว่าการประชุมระหว่างประเทศทั้งสองครั้งได้ก่อให้เกิดการตกผลึกของหลักการพื้นฐานและการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยสรุปวิวัฒนาการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศจึงเป็นแนวคิดที่มีความเกี่ยวพันในด้านการพัฒนาเศรษฐกิจ พัฒนามนุษย์ และการพัฒนาอย่างยั่งยืน<sup>12</sup>

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมจึงถือเป็นเครื่องมือประเภทหนึ่งที่มีประสิทธิภาพทางกลไกในการจัดการแก้ปัญหาสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะปัญหาสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน ตัวอย่างเช่น ปัญหาหมอกควัน ปัญหากรณีแม่น้ำระหว่างประเทศ และที่สำคัญที่กล่าวในบทความฉบับนี้ คือ กรณีการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศมีลักษณะที่เป็นปัญหาเชิงบูรณาการในการจัดการแก้ปัญหา จำเป็นต้องอาศัยกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเข้ามาเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการ

ในเรื่องการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศนั้น เป็นปัญหาที่แก้ไขได้ยาก เพราะเป็นปัญหาที่มีลักษณะที่เชื่อมโยงไปถึงเรื่องอำนาจทางการเมือง เศรษฐกิจ ที่ใช้จำนวนเงินมหาศาลในการแก้ไขปัญหา และยังมีผลกระทบต่อประชาชนในสังคมอย่างเป็นบริเวณกว้าง มักจะเชื่อมโยงพัวพันกับประเด็นต่าง ๆ ประเด็นการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศนั้น มีการพยายามศึกษาและแสวงหาทางออกเป็นระยะเวลานาน ขอยกตัวอย่างความเห็นของนักวิชาการ อนันต์ คงเครือพันธ์ และคณะ

<sup>11</sup>ปวริศร เลิศธรรมเทวี, สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมกับรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559), หน้า 2.

<sup>12</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 60-62.

ได้แสดงความเห็นไว้ว่า สภาพของปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นปัญหาที่ไม่อาจแก้ไขได้โดยง่าย โดยใช้เพียงอำนาจรัฐฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่มีการส่งผลกระทบต่อทุกภาคส่วนของรัฐภายใน วิธีการใดวิธีการหนึ่งยังไม่อาจแก้ไขและรับมือกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้ ดังนั้น การแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นปัญหาที่จะต้องใช้การบูรณาการ การลงมือทำอย่างต่อเนื่อง ตลอดจนการประสานงานระหว่างกันของหลายภาคส่วน ไม่ว่าจะเป็นภาคนโยบาย ภาคผู้ผลิต ภาคผู้ประกอบการ ภาคผู้บริโภค และภาคประชาชน การแก้ไขปัญหานี้จำเป็นต้องมีเครื่องมือ คือ มาตรการทางกฎหมายเพื่อเชื่อมโยงการใช้อำนาจของทุกภาคส่วน ในลักษณะการจัดการปัญหาอย่างบูรณาการนโยบายระหว่างประเทศ นโยบายภายในของรัฐต้องเกิดขึ้นน่าจะต้องนำไปสู่การลงมือปฏิบัติอย่างแท้จริง<sup>13</sup>

ช่วงเริ่มต้นของความเป็มาของการเกิดขึ้นของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับอากาศและชั้นบรรยากาศ (Air and Atmosphere) ที่พัฒนาต่อเนื่องมาเชื่อมโยงกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในภายหลัง หากพิจารณาความเป็นมาที่ยาวนาน เริ่มต้นตั้งแต่ช่วงของยุคการปฏิวัติอุตสาหกรรมปัญหามลพิษทางอากาศเป็นปัญหาหลักที่โลกได้เผชิญมาและส่งผลกระทบในระยะยาวต่อสุขภาพของมนุษย์และระบบนิเวศกรณีปัญหาเกี่ยวกับมลพิษทางอากาศทวีความรุนแรงมากขึ้น ในกรณีการเกิดขึ้นของมลพิษทางอากาศที่มีลักษณะข้ามพรมแดน เช่น คดีตัวอย่างที่สำคัญที่เรียกว่า คดี Trail Smelter Arbitration ซึ่งเป็นคดีที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นหมุดหมายสำคัญเกี่ยวกับการพิจารณาและการตระหนักถึงปัญหาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่มีลักษณะข้ามพรมแดน ตัวอย่างของมลพิษทางอากาศที่เกิดขึ้นแม้ว่าจะมีความเป็นมาที่ยาวนานแต่จุดหนึ่งที่สำคัญ คือ การเกิดขึ้นด้วยฝีมือและกิจกรรมของมนุษย์<sup>14</sup> ตัวอย่างเช่น การเผาไหม้ของซากฟอสซิล เช่น น้ำมันและถ่านหิน ที่ก่อให้เกิดสารคาร์บอนไดออกไซด์ ซัลเฟอร์ไดออกไซด์ ที่กลายมาเป็นฝนกรดอันส่งผลกระทบในระยะยาวต่อการทำให้ชั้นบรรยากาศโอโซนที่คอยปกคลุมบรรยากาศของโลกถูกทำลาย และท้ายสุดเกิดผลกระทบในสิ่งที่เรียกว่า ภาวะเรือนกระจก (Greenhouse effect) ซึ่งมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของโลก

ทั้งนี้ ประเด็นปัญหาที่สำคัญอย่างยิ่ง คือ ปัญหาการลดลงของชั้นบรรยากาศที่เรียกว่าโอโซน (Ozone) จากการศึกษาของนักวิทยาศาสตร์ในช่วงที่เริ่มค้นพบว่าชั้นบรรยากาศโอโซนของโลกมีปริมาณ

<sup>13</sup>อนันต์ คงศรีอัมรินทร์ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง การศึกษาสาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2562), หน้า 24-26.

<sup>14</sup>กอบกุล ราชะนาคร, กฎหมายกับการจัดการทรัพยากรในลุ่มแม่น้ำโขง (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2540), หน้า 4.

ลดลงเนื่องจากการกระทำของมนุษย์ เริ่มมาตั้งแต่ยุคสมัยของการปฏิวัติอุตสาหกรรม และหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ว่า การลดของชั้นบรรยากาศโอโซนส่งผลต่ออุณหภูมิที่สูงขึ้นของโลก ทำให้ในทางระหว่างประเทศเริ่มมีการให้ความสำคัญต่อประเด็นเรื่องของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศค่อนข้างจริงจังและมีลักษณะที่เป็นรูปธรรมมากขึ้น ท้ายที่สุดจึงนำมาสู่การผลักดันในเวทีระหว่างประเทศเพื่อกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการจัดการมลพิษทางอากาศที่มีลักษณะระหว่างพรมแดนและนำมาสู่การลงมืออย่างจริงจังในการจัดการปัญหามลพิษทางอากาศในระดับระหว่างประเทศ ส่งผลให้เกิดจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ข้อตกลงในระดับภูมิภาค และกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศขึ้นมาและพัฒนาขยายต่อเนื่องมาเป็นเรื่องประเด็นกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโดยเฉพาะในเวลาต่อมา

### 3. พันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

#### 3.1 ข้อพิจารณาทั่วไปเกี่ยวกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

ในปัจจุบันเครื่องมือในเวทีระหว่างประเทศที่เลือกขึ้นมาใช้ในการบริหารจัดการและแก้ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ คือ กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ นับตั้งแต่ช่วงคริสต์ศักราช 1980 เป็นต้นมา งานวิจัยของนักวิทยาศาสตร์ได้แสดงหลักฐานที่น่าเชื่อถือให้เห็นความเชื่อมโยงของภาวะเรือนกระจก (Greenhouse effect) ว่าเป็นปรากฏการณ์ที่มีความสัมพันธ์โดยตรงต่อการทำลายของชั้นบรรยากาศของโลก ผลของการปล่อยก๊าซเรือนกระจกขึ้นสู่ชั้นบรรยากาศส่งผลให้อุณหภูมิของโลกสูงขึ้น เมื่ออุณหภูมิสูงขึ้นเรื่อย ๆ ส่งผลกระทบอย่างยิ่งต่อระบบนิเวศของโลก โดยเหตุความรุนแรงของสภาวะปัญหา ตลอดจนการค้นพบรอยร้าวของชั้นบรรยากาศโอโซน ทั้งนี้ ปัญหาเรื่องของภาวะเรือนกระจกนำมาสู่ภาวะโลกร้อนการแปรปรวนของระบบนิเวศ ซึ่งส่งผลกระทบต่อชีวิตของมนุษย์ในทุกพื้นที่ ท้ายที่สุดส่งผลต่อการผลักดันในเวทีระหว่างประเทศที่ได้ร่วมกันผลักดันกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดยเฉพาะ เพื่อเป็นเครื่องมือประการหนึ่งในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่ทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อย ๆ

ประเด็นความเชื่อมโยงของความสัมพันธ์ของพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่กล่าวถึงในบทความนี้ จะกล่าวถึงพันธกรณีที่สำคัญจำนวน 4 ฉบับ ได้แก่ ฉบับแรก พิธีสารมอนทรีออลว่าด้วยสารทำลายชั้นบรรยากาศโอโซน (Montreal Protocol on Substances That Deplete the Ozone Layer) ฉบับที่สอง กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (UNFCCC) ฉบับที่สาม พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) ฉบับที่สี่ ความตกลงปารีส (Paris Agreement)

พันธกรณีระหว่างประเทศฯ ทั้ง 4 ฉบับนี้ มีความสัมพันธ์ในลักษณะพัฒนาการทางกฎหมายที่มีความต่อเนื่อง แม้มีลักษณะชื่อเรียกที่แตกต่างกัน เมื่อพิจารณาหลักการและทฤษฎีสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศพบว่า จุดร่วมของเอกสารทั้ง 4 ฉบับ ถูกบัญญัติในลักษณะเป็นบทบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศที่มีสภาพบังคับ (Hard Law)<sup>15</sup> การสร้างขึ้นเพื่อเป้าประสงค์สูงสุดในการสร้างความร่วมมือในทางระหว่างประเทศเพื่อแก้ไขปัญหาที่การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศให้สามารถเกิดผลได้จริงแต่ในรายละเอียดเนื้อหา วิธีการ มาตรการรับมือของกฎหมายแต่ละฉบับมีรายละเอียดที่ต่างกัน

พิจารณาความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องของพันธกรณีระหว่างประเทศฯ ทั้ง 4 ฉบับ กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงทางสภาพภูมิอากาศ (UNFCCC) เป็นอนุสัญญาที่ยืนยันแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรักษาก๊าซเรือนกระจกในบรรยากาศให้อยู่ในระดับที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชั้นบรรยากาศของโลกภายใต้พิธีสารมอนทรีออล (Montreal Protocol on Substances That Deplete the Ozone Layer) โดยมีพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) เป็นเอกสารต่อทำกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (UNFCCC) ซึ่งมีเนื้อหาที่กำหนดพันธกรณีของประเทศให้ลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก และความตกลงปารีส (Paris Agreement) เป็นความตกลงตามกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (UNFCCC) ซึ่งเป็นส่วนขยายและเพิ่มเติม (Supplementary Agreement) ต่อจาก พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol)

พัฒนาการของการเกิดขึ้นของเอกสารทั้ง 4 ฉบับ เป็นไปตามลำดับดังต่อไปนี้ ฉบับแรก พิธีสารมอนทรีออลว่าด้วยสารทำลายชั้นบรรยากาศโอโซน (Montreal Protocol on Substances That Deplete the Ozone Layer) เป็นพิธีสารฉบับแรกที่สร้างความตระหนักรู้เพื่อควบคุมยับยั้งและรณรงค์ให้ลดการผลิตและการใช้สารทำลายชั้นบรรยากาศโอโซน ส่งผลให้เกิดการให้ความสนใจต่อเรื่องอุณหภูมิของโลกที่เพิ่มสูงขึ้น สร้างความตระหนักให้มนุษยชาติเริ่มใส่ใจในประเด็นเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ อีกทั้งมีการกล่าวถึงพิธีสารฉบับนี้ว่าเป็นตัวอย่างการร่วมมือกันระหว่างประเทศในการแก้ไขปัญหาในเวทีระหว่างประเทศ

ฉบับที่สอง กฎหมายที่ถือเป็นหมุดหมายที่สำคัญในการจัดการปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ คือ การจัดตั้งคณะกรรมการเจรจาระหว่างรัฐ (Intergovernmental on Climate Change) จัดทำกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change: UNFCCC) เพื่อใช้บังคับภายใต้กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติได้สร้างกลไกสำคัญ คือ การสร้างการประชุมสมัชชาประเทศภาคีอนุสัญญา

<sup>15</sup>ปวีตร เลิศธรรมเทวี, เรื่องเดิม, หน้า 6.

สหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (COP) เป็นองค์กรสูงสุดที่สร้างขึ้นโดยกรอบอนุสัญญา ฯ ความสำคัญของการประชุม ฯ เพื่อทำงานที่พิจารณาตัดสินใจและมีมติที่สำคัญในการดำเนินนโยบายตามวัตถุประสงค์ของกรอบอนุสัญญาให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด มีการจัดประชุมประจำปีทุก ๆ ปี ภาระหน้าที่สำคัญในการติดตามประเมินตรวจสอบการอนุวัติการตามกฎหมาย และการส่งเสริมแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่างรัฐภาคี<sup>16</sup>

ความสำคัญของกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ คือ ถือเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่สร้างผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศให้แก่รัฐภาคีแห่งกรอบอนุสัญญา ฯ ที่จะต้องมีการดำเนินการในฐานะรัฐภาคี เพื่อแก้ไขหรือบรรเทาผลกระทบอันเกิดจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ในมาตรา 2 ได้กำหนดวัตถุประสงค์เรื่องการรักษาระดับความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจกในบรรยากาศให้คงที่ในระดับที่ปลอดภัยจากการแทรกแซงของมนุษย์ที่เป็นอันตรายต่อระบบสภาวะอากาศ การควบคุมให้คงที่ซึ่งระดับดังกล่าวต้องมีการกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนเพื่อให้ระบบนิเวศสามารถปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้อย่างเหมาะสมโดยไม่ถูกคุกคามต่อกระบวนการผลิตของโลก และยังคงกล่าวถึงการพัฒนาของแต่ละประเทศต้องดำเนินไปอย่างยั่งยืน<sup>17</sup> ข้อสังเกต คือ ภายใต้กรอบอนุสัญญานับนี้ ได้กำหนดในลักษณะที่เป็นกรอบแนวทางในการแก้ไขปัญหาและการกำหนดมาตรการป้องกันที่มีความเหมาะสมและเป็นที่ยอมรับของรัฐภาคีสมาชิกแห่งสหประชาชาติเท่านั้น

เมื่อกลไกตามกรอบอนุสัญญา ฯ และการประชุม COP ครั้งที่ 1 พบว่า กรอบอนุสัญญา ฯ จำเป็นต้องออกวิธีการทางกฎหมายเพื่อให้การดำเนินการตามพันธกรณีบรรลุเป้าหมาย ต่อมาในการประชุม COP ครั้งที่ 3 ได้มีมติในที่ประชุมในการรับรองพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ คือ เอกสารฉบับที่สาม คือ พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) พิธีสารฉบับสำคัญในการกล่าวถึงประเด็นปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศภาคีในกลุ่มภาคผนวกที่ 1 ของกรอบอนุสัญญา ฯ พิธีสารเกียวโตเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Legal Binding) ในมาตรา 3 กำหนดพันธกรณีในการลดปริมาณก๊าซเรือนกระจกของประเทศภาคีในภาคผนวกที่ 1 และประเด็นที่น่าสนใจในมาตรา 12 ของพิธีสารเกียวโตกล่าวถึง กลไกพัฒนาที่สะอาดซึ่งสร้างหน้าที่ให้กับประเทศที่อยู่ในภาคผนวกที่ 1 สามารถมีส่วนร่วมในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกภายใต้การดำเนินการในกลไกการพัฒนาที่สะอาด ส่วนภาคีนอกภาคผนวก

<sup>16</sup>อนันต์ คงเครือพันธุ์ และคณะ, เรื่องเดิม, หน้า 8-11.

<sup>17</sup>“United Nations Framework Convention on Climate Change,” May 9, 1992, United Nations, pt. 9.

มีหน้าที่ในการที่จะต้องจัดทำรายงานแห่งชาติและการมีส่วนร่วมในการดำเนินการทั้งเรื่องของการปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ การลดก๊าซเรือนกระจกตามศักยภาพของประเทศนั้น ๆ

อีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญในพิธีสารเกียวโต ได้มีการกำหนดให้การประชุมสมัชชาประเทศภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (COP) แต่ละครั้งให้มีการจัดประชุมประเทศภาคีของพิธีสารเกียวโต (CMP) พร้อมด้วย จึงสรุปได้ว่าทั้งกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและพิธีสารเกียวโต กำหนดให้มีกลไกการดำเนินงานที่สำคัญ คือ ใช้รูปแบบการจัดประชุมสมัชชาประเทศภาคีที่จะมีการดำเนินการจัดขึ้นทุกปี เพื่อกำหนดทิศทางการเจรจาหาข้อตกลงร่วมกันในกลุ่มประเทศภาคีสมาชิกเพื่อเป้าประสงค์สูงสุดร่วมกันในการหาแนวทางที่มีประสิทธิภาพสูงสุดในการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ในการประชุมจะมีการให้พยายามร่วมกันหาแนวทาง แต่ผลลัพธ์ยังไม่เป็นที่น่าพึงพอใจในการควบคุมปริมาณก๊าซเรือนกระจกของโลก

ต่อมาในการประชุม COP ครั้งที่ 21 แล้วเป็นการประชุมสมัชชารัฐภาคีพิธีสารเกียวโต (CMP) สมัยที่ 11 จึงมีการจัดทำความตกลงขึ้นมาใหม่ คือ เอกสารฉบับที่ 4 ความตกลงปารีส (Paris Agreement) มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 4 พฤศจิกายน 2559 มีจำนวนภาคีสมาชิกมากกว่า 170 ประเทศที่มีการให้สัตยาบันรับรองความตกลงปารีส เมื่อพิจารณาความตกลงปารีสจะพบว่า มีลักษณะการยกระดับการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ คือ การเสริมสร้างความร่วมมือระดับโลกเพื่อรับมือกับภัยคุกคามที่จะเกิดขึ้นในประเด็นการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดยนำเอาบริบทของการพัฒนาที่ยั่งยืนและการจัดความยากจนเข้ามาใช้โดยมีการกำหนดเป้าหมายการคงระดับการเพิ่มขึ้นของอุณหภูมิโดยเฉลี่ยของโลกให้อยู่ในระดับต่ำกว่า 2 องศาเซลเซียสเมื่อเทียบกับอุณหภูมิโลกในยุคก่อนปฏิวัติอุตสาหกรรม ในประเด็นทิศทางเชิงบวกเกี่ยวกับความตกลงปารีส คือ การผสมผสานมาตรการใหม่ขึ้นมาโดยนำมาตรการเดิมที่เคยใช้ในกรอบอนุสัญญาฯ และพิธีสารเกียวโตมาผสมผสานเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการรับมือการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ได้แก่ การดำเนินงานด้านการลดก๊าซเรือนกระจก การปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ความร่วมมือในการรับมือกับความสูญเสียและความเสียหาย การดำเนินการเพื่อสนับสนุนทางการเงินเทคโนโลยี การเสริมสร้างศักยภาพที่มีลักษณะค่อนข้างยืดหยุ่นโดยคำนึงถึงปัจจัยขีดความสามารถของรัฐภาคีแต่ละรัฐ และที่เป็นจุดเด่นของความตกลงปารีส คือ กรณีสการสร้างเครื่องมือใหม่ การกำหนดให้มีกองทุนที่มีจำนวนมหาศาลในการดำเนินการรับมือการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ<sup>18</sup>

<sup>18</sup>อนันต์ คงเครือพันธุ์ และคณะ, เรื่องเดิม, หน้า 12-19.

### 3.2 รายละเอียดของพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ลำดับที่ 1 พิธีสารมอนทรีออลว่าด้วยสารทำลายชั้นบรรยากาศโอโซน (Montreal Protocol on Substances That Deplete the Ozone Layer)

พิธีสารมอนทรีออล คือ สนธิสัญญาสากลที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อควบคุมยับยั้งและรณรงค์ให้ทำการลดการผลิตและการใช้สารทำลายชั้นบรรยากาศโอโซน เพื่อรักษาระดับชั้นบรรยากาศโอโซนที่เริ่มจะสูญสลายไปในวันที่ 16 กันยายน ค.ศ. 1987 ได้มีการลงนามในข้อกำหนดที่เรียกว่า พิธีสารมอนทรีออล ณ นครมอนทรีออล ประเทศแคนาดา มีจำนวน 47 ประเทศได้ให้คำสัตยาบันด้วยการลดและเลิกใช้สารทำลายชั้นโอโซน ซึ่งได้แก่ สารคลอโรฟลูออโรคาร์บอน (CFCs) และสารฮาโลน (Halon) ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในปี พ.ศ. 2532 พิธีสารมอนทรีออลมีความสำคัญในเรื่องของการกำหนดการเลิกใช้สาร CFCs ให้เกิดขึ้นให้ได้ และจากข้อมูลพบว่า หลังปี ค.ศ. 2000 สำหรับประเทศที่ผลิตสารกลุ่มนี้จะเลิกผลิต โดยเปลี่ยนไปใช้กับสารกลุ่มอื่น ๆ ที่มีอันตรายน้อยกว่ามาทดแทน โดยมีเป้าหมายให้การทำลายชั้นโอโซนลดลง

สำหรับบทบาทประเทศไทย ที่มีตัวอย่างของการดำเนินการที่สอดคล้องกับพิธีสารมอนทรีออล เช่น การที่หน่วยงานต่าง ๆ ได้แก่ กรมโรงงานอุตสาหกรรม กระทรวงอุตสาหกรรมได้ห้ามใช้สารในกลุ่ม CFF-11, CFC-12 และควบคุมการนำเข้าของสารที่ทำลายชั้นโอโซนในปี 2541 ส่วน CFC-113, CFC-114, CFC-115 เมทิลคลอโรฟอร์ม และสารฮาโลน กำหนดให้เลิกใช้ในปี พ.ศ. 2541 โดยการดำเนินการมีการใช้วิธีจัดการสัมมนาและประชาสัมพันธ์เผยแพร่ความรู้แก่ทุกภาคส่วน อีกทั้งมีการสร้างความเข้าใจในเรื่องของสารทดแทนในอุตสาหกรรมต่าง ๆ และวิธีการที่ภาครัฐได้ใช้มาตรการการลดภาษีการนำเข้าของสารทดแทน รวมทั้งให้การสนับสนุนอุตสาหกรรมใหม่ที่ต้องไม่ใช่สารเคมีที่มีผลต่อการทำลายชั้นโอโซน

### ลำดับที่ 2 กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change: UNFCCC)

การที่โลกต้องเผชิญกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่รุนแรงมากขึ้นจากการเพิ่มขึ้นของปริมาณก๊าซเรือนกระจกเนื่องจากการดำเนินกิจกรรมของมนุษย์ ได้เป็นแรงผลักดันให้นานาประเทศหันมาสนใจและตระหนักถึงผลกระทบและความเสียหายในด้านต่าง ๆ ที่จะตามมา โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Environment Programme: UNEP) ร่วมกับองค์การอุตุนิยมวิทยาโลก (World Meteorological Organization: WMO) ได้จัดตั้งคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Intergovernmental Panel on Climate Change: IPCC) ขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1988 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับประเด็น

การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และเพื่อเตรียมมาตรการและกลยุทธ์ที่เป็นไปได้ในการบริหารจัดการที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดยในปี ค.ศ. 1990 IPCC ได้จัดทำรายงานที่มีข้อสรุปยืนยันว่ากิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ส่งผลกระทบต่อสภาพภูมิอากาศจริง ประกอบกับในปีนั้นได้มีการจัดการประชุม Second World Climate Conference ขึ้น<sup>19</sup>

การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติระดับโลกที่ต้องการความร่วมมือระหว่างประเทศ จำเป็นต้องอาศัยการมีส่วนร่วมและการแก้ปัญหาร่วมกันระหว่างประเทศที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ตามหลักการความรับผิดชอบร่วมกันในระดับที่แตกต่างตามขีดความสามารถ (Common but differentiated responsibility and respective capability) และเป็นไปตามความสามารถและสภาพเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ ปรากฏในมาตรา 3 ของกรอบอนุสัญญา ฯ วัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญานี้ เพื่อรักษาระดับความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจกในบรรยากาศให้คงที่ในระดับที่ไม่เป็นอันตรายต่อระบบสถานะอากาศ มีการกำหนดว่าวัตถุประสงค์ตามอนุสัญญานี้ ควรจะต้องบรรลุภายในระยะเวลาที่เหมาะสมเพื่อให้ระบบนิเวศปรับตัวเข้ากับการเปลี่ยนแปลงสภาพอากาศอย่างเป็นธรรมชาติ และเพื่อป้องกันผลกระทบที่รุนแรงต่อการผลิตอาหาร ตลอดจนเป็นการส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจที่ยั่งยืน<sup>20</sup>

กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สรุปสาระสำคัญ คือ ประเด็นของความพยายามในการที่จะคงระดับความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจกในชั้นบรรยากาศ เพื่อป้องกันอันตรายจากกิจกรรมของมนุษย์ที่อาจส่งผลกระทบเข้ามาในระบบภูมิอากาศ

การดำเนินงานภายใต้อนุสัญญา ฯ แบ่งประเทศภาคีออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ ประเทศในกลุ่มภาคผนวกที่ 1 และประเทศนอกกลุ่มภาคผนวกที่ 1 โดยประเทศในกลุ่มภาคผนวกที่ 1 ประกอบด้วยประเทศพัฒนาแล้ว (Industrialized Countries) และประเทศที่อยู่ในระหว่างการเปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจ (Countries with Economies in Transition) ส่วนประเทศในกลุ่มนอกภาคผนวกที่ 1 ประกอบด้วยประเทศกำลังพัฒนาต่าง ๆ โดยพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา ฯ ที่กำหนดให้ประเทศภาคีทั้งปวงคำนึงถึงความรับผิดชอบร่วมกันต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโดยมีระดับความรับผิดชอบของแต่ละประเทศภาคีที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของการพัฒนาประเทศและภูมิภาค ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับรายละเอียดภายใน UNFCCC บางประการ ได้แก่

<sup>19</sup>สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน, กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติ (UNFCCC) [Online], available URL: <http://www.eppo.go.th/index.php/th/plan-policy/climatechange/unitednation/unfccc>, 2565 (มกราคม, 5).

<sup>20</sup>“United Nations Framework Convention on Climate Change,” May 9, 1992, United Nations, pt. 9-10.

ประการที่ 1 การจัดทำรายงานแห่งชาติ (National Communication) ซึ่งถือเป็นประเด็นสำคัญของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (UNFCCC) โดยประเทศภาคีทุกประเทศจะต้องจัดทำบัญชีรายการปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ขั้นตอนการดำเนินงานต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ และข้อมูลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องโดยใช้วิธีการเปรียบเทียบกับประเทศอื่นได้ ซึ่งจะต้องไปตกลงกันในการประชุมประเทศภาคีอนุสัญญาฯ และข้อมูลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องโดยใช้วิธีการเปรียบเทียบกับประเทศอื่นได้ ซึ่งจะต้องไปตกลงกันในการประชุมประเทศภาคีอนุสัญญาฯ

ประการที่ 2 กำหนดรูปแบบปฏิบัติ เผยแพร่ และปรับปรุงตามแผนระดับประเทศและระดับภูมิภาคอย่างเหมาะสม โดยมีมาตรการเพื่อบรรเทาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่เกิดขึ้นจากการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากแหล่งกำเนิดอันเกิดจากการกระทำของมนุษย์ และการกำจัดโดยการกักเก็บก๊าซเรือนกระจกทั้งปวง พร้อมทั้งมาตรการต่าง ๆ ที่ช่วยให้มีการปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

ประการที่ 3 ส่งเสริมการจัดการแบบยั่งยืน รวมทั้งส่งเสริมและร่วมมือในการอนุรักษ์และการขยายแหล่งรองรับและเก็บกักก๊าซเรือนกระจกที่ไม่ได้อยู่ภายใต้พิธีสารมอนทรีออลตามความเหมาะสม รวมทั้งชีวมวล ป่าไม้ และมหาสมุทร ตลอดจนระบบนิเวศบนบก ชายฝั่ง ทะเล และอื่น ๆ

ประการที่ 4 การส่งเสริมและร่วมมือในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี สังคม เศรษฐกิจ รวมถึงการพัฒนาระบบฐานข้อมูลเกี่ยวกับระบบภูมิอากาศ โดยมุ่งเสริมสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับสาเหตุ ผลกระทบ ขนาดความรุนแรง และระยะเวลาของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

ประการที่ 5 ส่งเสริมและร่วมมือในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี สังคม เศรษฐกิจและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับระบบภูมิอากาศและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

ประการที่ 6 ส่งเสริมและร่วมมือในการให้การศึกษา การฝึกอบรม และสร้างจิตสำนึกกับประชาชนเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชน

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (UNFCCC) มีเป้าหมายหลัก คือ การกำหนดวัตถุประสงค์ในการรักษาเสถียรภาพความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจกในชั้นบรรยากาศให้อยู่ในระดับคงที่ การลดก๊าซเรือนกระจกเป็นหลักการที่รัฐภาคีสมาชิกต้องดำเนินการปรากฏในมาตรา 4 ของกรอบอนุสัญญา<sup>21</sup> และหลักการสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ภายใต้ UNFCCC มีลักษณะที่สอดคล้องกับแนวคิดในการบริหารจัดการตามหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ ให้ความสำคัญต่อการสร้างความรับผิดชอบร่วมกันของภาคีสมาชิกบนพื้นฐานความรับผิดชอบร่วมกันในระดับที่แตกต่างกันตามศักยภาพของประเทศที่เป็นภาคี โดยหากความร่วมมือ

<sup>21</sup>Ibid., p. 10.

เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติแล้วย่อมสามารถไปสู่เป้าหมายสูงสุดที่ว่า มนุษยชาติจะมีสิทธิอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี และตามหลักเรื่องความยุติธรรมระหว่างรุ่น (Intergenerational Equity) เพื่อประโยชน์ของมนุษยชาติ ทั้งในปัจจุบันและอนาคต

### ลำดับที่ 3 พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol)<sup>22</sup>

ในช่วงเริ่มต้นของการเจรจาเพื่อให้เกิดพิธีสารเกียวโต สหภาพยุโรปมีบทบาทในการเจรจากับประเทศกำลังพัฒนา และประเทศในกลุ่ม 77 (G77)<sup>23</sup> สำคัญของพิธีสารเกียวโต การนำกลไกการตลาดมาใช้เพื่อสนับสนุนให้ประเทศในกลุ่มภาคผนวกที่ 1 บรรลุเป้าหมายตามพันธกรณีในการลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจก 3 รูปแบบ คือ รูปแบบที่ 1 กลไกการดำเนินการร่วมกัน (Joint Implementation) ระหว่างประเทศในกลุ่มภาคผนวกที่ 1 และประเทศนอกภาคผนวกที่ 1 รูปแบบที่ 2 กลไกการพัฒนาที่สะอาด (Clean Development Mechanism: CDM) รูปแบบที่ 3 กลไกการซื้อขายสิทธิการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Emission Trading) คือ กลไกที่ให้มีการซื้อคาร์บอนเครดิต (Certified Emission Reduction: CERs) จากประเทศกลุ่มนอกภาคผนวกที่ 1 ที่ได้จากการทำโครงการการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่ผ่านการรับรองจากคณะกรรมการบริหารโครงการกลไกการพัฒนาที่สะอาด (CDM Executive Board) แล้ว เพื่อนำไปหักลบปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศ

ประเด็นที่ส่งผลกระทบต่อผลสัมฤทธิ์ในกรณีพิธีสารเกียวโต คือ มีประเทศที่ลงนามในอนุสัญญาแต่ยังไม่มีการให้สัตยาบัน ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสหรัฐอเมริกาโดยประเทศออสเตรเลียได้แสดงเจตนารมณ์ว่าการรักษาสิ่งแวดล้อมต้องไม่กระทบต่อพัฒนาการทางเศรษฐกิจโดยรวมจึงแสดงเจตนาไม่ลงนามในพิธีสารเกียวโต แสดงให้เห็นว่าประเทศออสเตรเลียเลือกให้ความสำคัญต่อการขับเคลื่อนด้านการพัฒนาเศรษฐกิจมากกว่าการแก้ไขปัญหาในประเด็นการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากในเวทีระหว่างประเทศกับการแสดงท่าทีที่ไม่ให้ความร่วมมือในพิธีสารเกียวโต กล่าวคือ การปฏิเสธลงนามในพิธีสารของสหรัฐอเมริกานั้น ทำให้สถานการณ์ของพิธีสารเกียวโตเป็นที่วิตกกังวลอย่างมาก เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่า การดำเนินการของพิธีสารเกียวโตจะไม่อาจเกิดผล หากประเทศที่มีการปล่อยก๊าซเรือนกระจก

<sup>22</sup>สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน, พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) [Online], available URL: <http://www.eppo.go.th/index.php/th/plan-policy/climatechange/unitednation/kyotocol-protocol/kyotocol-protocol#>, 2565 (มกราคม, 5).

<sup>23</sup>สัญญา อูทัย, “บทบาทของสหภาพยุโรปต่อปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโลก,” วารสารยุโรปศึกษา 18, 1 (มิถุนายน 2552): 82-83.

ในอันดับต้น ๆ ของโลก อย่างประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปฏิเสธในการให้ความร่วมมือในการผูกพันตามความตกลงของพิธีสารแล้ว การปฏิบัติตามพิธีสารเกียวโตเพื่อให้เกิดผลสำเร็จตามที่ตั้งเป้าหมายไว้จึงเป็นไปได้ยาก ทั้งนี้ สาเหตุที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ลงนามในพิธีสารฉบับนี้ เพราะรัฐสภาสหรัฐ (United States Congress) หรือสภาองเกรสให้เหตุผลว่า การปฏิบัติตามพิธีสารเกียวโตจะกระทบอุตสาหกรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา

#### ลำดับที่ 4 ความตกลงปารีส (Paris Agreement)<sup>24</sup>

ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้ สำหรับฝ่ายที่สนับสนุนความตกลงปารีสอาจมองว่าความตกลงปารีสถือเป็นก้าวสำคัญของการดำเนินการด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในประเด็นความร่วมมือระหว่างประเทศ แต่ฝ่ายที่วิพากษ์อาจมองว่าไม่ได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงที่เป็นรูปธรรมมากนัก อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของผู้เขียนมองว่า ความตกลงปารีสยังคงถือเป็นก้าวสำคัญของการผลักดันประเด็นการลดก๊าซเรือนกระจกให้เป็นกลไกหลักของการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ อีกทั้งความตกลงปารีสถือเป็นการประชุมระหว่างประเทศที่แสดงออกถึงการไม่ลดละความพยายามของมนุษยชาติที่จะร่วมมือกันในการแก้ไขปัญหาเรื่องการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

เมื่อวันที่ 22 เมษายน 2559 ในพิธีลงนามความตกลงอย่างเป็นทางการ ประเทศไทยได้ร่วมลงนามกับประเทศต่าง ๆ จำนวนมากกว่า 180 ประเทศด้วย เมื่อวันที่ 21 กันยายน 2559 ตัวแทนของประเทศไทย ได้เข้าร่วมการประชุมสมัชชาสหประชาชาติสมัยสามัญ สมัยที่ 71 ที่นครนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา โดยได้มอบสัตยาบันสารเข้าเป็นภาคีความตกลงปารีส

ข้อสังเกตที่ผู้เขียนขอลำถึงเกี่ยวกับความตกลงปารีส คือ ความน่าสนใจในการกำหนดทิศทาง การขับเคลื่อนและเรียกร้องภายใต้การประชุม และได้นำไปสู่เป้าหมายในความตกลงปารีสที่ไม่เคยมีมาก่อน เนื่องจากในการเจรจาครั้งนี้เกิดการรวมกลุ่มกันของกลุ่มประเทศที่เป็นเกาะขนาดเล็ก รวมตัวกันภายใต้ชื่อ Vulnerable Twenty (V20) ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่มีโอกาสได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศสูงที่สุด 20 อันดับของโลกได้รวมตัวกันและเรียกร้องและสร้างความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในข้อตกลงปารีส ในประเด็นการตกลงที่ว่า รัฐทุกรัฐที่ลงนามในความตกลงปารีสจะร่วมกันในการที่จะต้องจำกัดการเพิ่มขึ้นของอุณหภูมิเฉลี่ยผิวโลกไม่ให้เกินไปกว่า 1.5 องศาเซลเซียส เมื่อเทียบกับยุคก่อนที่จะมีการปฏิวัติอุตสาหกรรม หรือเมื่อ 200 กว่าปีก่อน ซึ่งนับเป็น

<sup>24</sup>UNFCCC Sites and platforms, **Key aspects of the Paris Agreement** [Online], available URL: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement/key-aspects-of-the-paris-agreement>, 2021 (October, 21).

การเรียกร้องจากกลุ่มขนาดเล็กที่ได้ส่งผลกระทบที่ยิ่งใหญ่ต่อเวทีการประชุมเกี่ยวกับสภาพภูมิอากาศ เพราะเรื่องการจำกัดจำนวนอนุหมุมิที่แม้อาจดูเป็นตัวเลขอนุหมุมิที่ไม่สูง แต่การเปลี่ยนแปลงของอนุหมุมิดังกล่าวสามารถนำมาซึ่งความเปลี่ยนแปลงต่อชะตากรรมของมนุษยชาติและระบบนิเวศได้อย่างใหญ่หลวง

จากการศึกษาในรายละเอียดของความตกลงปารีส ปรากฏสาระสำคัญดังต่อไปนี้

ประการแรก ประเทศต่าง ๆ ตั้งเป้าหมายร่วมกันขึ้นพื้นฐานที่จะรักษาการเพิ่มขึ้นของอนุหมุมิเฉลี่ยของโลกให้ต่ำกว่า 2 องศาเซลเซียส และในขณะเดียวกัน กำหนดเป้าหมายที่สูงขึ้นไว้ควบคู่กันว่าจะพยายามรักษาการเพิ่มขึ้นของอนุหมุมิเฉลี่ยของโลกให้น้อยลงไปอีกจนถึงต่ำกว่า 1.5 องศาเซลเซียส หากสามารถกระทำได้ โดยการดำเนินการดังกล่าวจะยึดหลักความเป็นธรรม (Equity) และหลักความรับผิดชอบร่วมกันในระดับที่แตกต่างของประเทศพัฒนาแล้ว และประเทศกำลังพัฒนาด้วย โดยคำนึงถึงศักยภาพของแต่ละประเทศตามสมภาวะการณของประเทศที่แตกต่างกัน (Common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances)

ประการที่สอง ความตกลงปารีสครอบคลุมการดำเนินการในประเด็นต่าง ๆ ได้แก่ 1) การลดก๊าซเรือนกระจก 2) การปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ 3) การเพิ่มความสามารถในการฟื้นตัวจากผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ 4) ความโปร่งใสของการดำเนินการ และ 5) การให้การสนับสนุนในด้านต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงทางการเงิน โดยรัฐภาคีต้องมีข้อเสนอในการดำเนินการโดยทำรายงานของประเทศของตน (Nationally determined contribution (NDC)) ทุก ๆ 5 ปี<sup>25</sup>

ในส่วนของประเทศไทย รัฐบาลไทยได้กำหนดเป้าหมายการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกลงร้อยละ 20 – 25 ภายในปี ค.ศ. 2030 จากการศึกษาพบว่า ข้อมูลของประเทศไทยที่ได้ให้ความผูกพันไว้โดยกำหนดการตั้งเป้าหมายลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามความตกลงปารีสให้ได้ 11-20% ในภาคพลังงานและขนส่ง และจะขยับขึ้นเป็น 20% ทุกภาคส่วนในปี ค.ศ. 2030 ซึ่งสามารถผลักดันให้ได้ถึง 25% หากมีการสนับสนุนทางเทคโนโลยี<sup>26</sup>

<sup>25</sup>ธีรชัย เกื้อเกตุ, “ความตกลงปารีส: โครงสร้างใหม่ทางกฎหมายในการจัดการกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ,” วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 6, 2 (กรกฎาคม – ธันวาคม 2560): 36-37.

<sup>26</sup>สำนักข่าวสิ่งแวดล้อม, ไทยร้อนขึ้นแล้ว 1.5 เซลเซียส เตรียมคลอต พ.ร.บ. โลกร้อนอีก 2 ปี [Online], available URL: <https://greennews.agency/?p=21881&fbclid=IwAR2Zhjn1LoefuNhc4Mnf2XMgpBkV3jhurmsqHxfxKqODwojqK0bY0VfTaZQ, 2565> (มกราคม, 7).

#### 4. ศึกษากรณีการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26

ในบทความนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงความสำคัญของการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26 (Climate Change Conference of the Parties: COP26) โดยความสำคัญของการประชุมนี้เป็นการประชุมของรัฐภาคีอนุสัญญา และเวทีการประชุมว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศระดับโลกที่มีระยะเวลาความต่อเนื่องของการจัดงานที่ยาวนาน คือ การเจรจาและตกลงในเวทีระหว่างประเทศในประเด็นการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ซึ่งได้เริ่มจัดการประชุมมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1994 และได้จัดต่อเนื่องมาทุก ๆ ปี โดยแทบทุกประเทศในโลกจะเข้าร่วมการประชุมสุดยอดด้านสภาพอากาศโลก (COP) และมีการดำเนินการต่อเนื่องเรื่อยมาจนมาถึงปี 2021 ซึ่งควรจะเป็นการประชุมสุดยอดประจำปี ครั้งที่ 27 แต่เนื่องจากการระบาดของโควิด-19 จึงส่งผลให้การจัดการประชุมไม่สามารถเกิดขึ้นได้ และได้มีการจัดงานประชุมขึ้นในปี 2021 เป็นการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26 (COP26)

สำหรับการประชุม COP26 มีความสัมพันธ์กับพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่ได้กล่าวไปในบทที่ 3 คือ ประเด็นการที่การประชุม COP เป็นกลไกของการดำเนินการภายใต้กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (UNFCCC) การประชุม COP เป็นการประชุมที่มีความสำคัญในบริบทความร่วมมือระหว่างประเทศ ถือว่าแต่ละประเทศภาคีสมาชิกจะมาร่วมมือกันในการมาประชุมเพื่อพยายามแสวงหาแนวทางในการแก้ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ซึ่งเป็นปัญหาที่มีสถานะที่รุนแรงและกระทบต่อการดำรงชีวิตของมนุษยชาติ โดยการประชุมจะใช้รูปแบบความร่วมมือระหว่างประเทศ ในการสร้างข้อตกลงร่วมกันระหว่างรัฐภาคีในการสร้างกลไกการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ จึงสรุปได้ว่า การดำเนินการตามกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ มีกลไกที่สำคัญ คือ การประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (COP)

ความสำคัญของเวทีการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (COP) ที่มีจำนวนการเข้าร่วมของภาคีรัฐสมาชิกเป็นจำนวนมากสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของประเด็นผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่ประเทศต่าง ๆ ได้รับ ตลอดจนปัจจัยความเชื่อมโยงของการใช้อำนาจทางการเมืองของประเทศมหาอำนาจในการควบคุมทิศทางและความเป็นไปของนโยบายการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดยหากเน้นพิจารณาไปในรายละเอียดของการประชุม COP แต่ละครั้ง จะพบว่าไม่ใช่การประชุมเรื่องของสิ่งแวดล้อม

การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเพียงอย่างเดียว เวทีการประชุมที่สำคัญนี้จะพบเรื่องของการต่อรองการใช้อำนาจทางการเมือง กลุ่มอำนาจ ภูมิศาสตร์ การต่อรองผลประโยชน์ของกลุ่มทุน ไปจนถึงกลไกทางการเงินและการธนาคารเข้ามามีผลในการกำหนดทิศทางการดำเนินนโยบายของรัฐบาลแต่ละรัฐที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

สำหรับในประเด็นทั่วไปเกี่ยวกับการประชุม COP นั้น มีประเด็นที่น่าสนใจ ได้แก่ ประเด็นที่ 1 การประชุม COP แต่ละครั้งตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ในส่วนท่าทีของผู้นำประเทศต่าง ๆ ที่แสดงออกในการประชุมมักจะเป็นประเด็นที่น่าสนใจและควรติดตาม กล่าวคือ ถือเป็นหลักฐานของความจริงจังในการดำเนินนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมว่า ผู้นำของแต่ละประเทศที่เป็นผู้แทนของรัฐบาลจะรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของรัฐของตน โดยใช้ประโยชน์จากสิ่งแวดล้อมเพื่อตักตวงผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจให้กับประเทศของตนหรือจะเลือกดำเนินนโยบายที่ให้ความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และเป็นการแสดงออกว่าผู้นำของแต่ละประเทศนั้นมีความจริงจังที่จะดำเนินนโยบายให้เป็นไปตามแนวคิดโลกใบเดียว (Only One Earth) ที่เป็นแนวคิดพื้นฐานของการประชุมกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเพื่อปกป้องและรักษาสีเขียวของโลกในฐานะสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ โดยสรุปการประชุม COP ถือเป็นเวทีที่จะวัดทัศนคติของผู้นำหรือตัวแทนของแต่ละประเทศที่เข้าร่วมประชุมว่าจะละเว้นผลประโยชน์ของชาติของตนเอาไว้บางส่วนเพื่อประคับประคองและร่วมมือกันในการบรรเทาและแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศบ้างหรือไม่

ประการที่ 2 ข้อตกลงที่จะเกิดขึ้นหลังจากการประชุม COP ในแต่ละครั้งจะนำมาซึ่งแนวทางปฏิบัติการด้านการจัดการเรื่องของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ซึ่งจะเรียกร้อง ผูกพัน และชี้แนะให้รัฐภาคีสมาชิกที่เข้าร่วมประชุมจะต้องถือปฏิบัติตาม แม้ว่าโดยส่วนใหญ่ข้อกำหนด ข้อตกลงที่เกิดจากการประชุม COP จะไม่มีลักษณะของการผูกพันแบบเคร่งครัดตามกฎหมาย (Non-Legally Binding Agreements) เพราะส่วนมากมักเป็นความตกลงที่เรียกร้องให้ปฏิบัติตามในรูปแบบของความสมัครใจของรัฐบาล (Volunteering) แต่ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่ที่ยึดถือกัน ผลจากการประชุม COP ข้อกำหนด ข้อตกลงที่เกิดจากการประชุม มักถือเป็นแผนแม่บทที่สำคัญในการขับเคลื่อน และการบริหารจัดการเกี่ยวกับประเด็นความเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ที่รัฐภาคีสมาชิกต่างยึดถือและพยายามปฏิบัติตาม

ลำดับถัดมา ผู้เขียนขอกล่าวถึงข้อขัดข้องและปัญหาบางประการที่พบในการประชุม COP26 ครั้งนี้ โดยพบว่า ผลการประชุมที่เรียกว่าข้อตกลงกลาสโกว์ (Glasgow Climate Pact) ได้บรรลุข้อตกลงเพื่อควบคุมปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เช่น การผลักดันให้มีการลดการใช้ถ่านหิน (Phase down coal) การกำหนดเป้าหมายในการจำกัดอุณหภูมิโลกไม่ให้สูงขึ้นเกิน 1.5 องศาเซลเซียส

ซึ่งเป็นไปตามเป้าหมายการควบคุมอุณหภูมิไม่ให้เพิ่มขึ้นเกิน 1.5 องศาเซลเซียส ที่ตั้งไว้ในข้อตกลงปารีส ปี ค.ศ. 2015 อีกทั้งกำหนดให้ 197 ประเทศ ทำการรายงานความคืบหน้าการยื่นแผนระดับชาติใหม่ภายในปี พ.ศ.2565 ซึ่งถือว่าเร็วกว่าที่ตกลงกันในความตกลงปารีสถึง 3 ปี และท้ายสุดการที่ประชุมฯ เน้นย้ำเรื่องของว่าภายใต้ข้อตกลงระดับโลกฉบับนี้ มุ่งหวังให้รัฐภาคีเร่งดำเนินการเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพอากาศให้เกิดขึ้นจริงภายในทศวรรษนี้

อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงกลาสโกว์ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ในเรื่องของการใช้เทคนิคของถ้อยคำที่บัญญัติใน ข้อตกลงฯ ว่ามีลักษณะของการประนีประนอมที่ค่อนข้างสูงมาก ๆ เช่น การประนีประนอมเรื่องถ่านหิน (Coal)<sup>27</sup> ปรากฏจุดเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ คือ เรื่องของการแก้ไขและใช้ถ้อยคำที่อ่อนลงจากร่างข้อตกลงที่ได้เผยแพร่ก่อนหน้านี้ ทำให้ร่างสุดท้ายของเอกสารร่างข้อตกลงฯ ที่นำมาใช้ในวันสุดท้ายของการประชุม คือ วันที่ 13 พฤศจิกายน 2021 มีการแก้ไขข้อความจากคำว่า ยุติการใช้ถ่านหิน (Phase out) ได้ถูกแก้ไขเป็นคำว่า ลดการใช้ถ่านหิน (Phase down) แทน ซึ่งประเด็นนี้ นำมาซึ่งเสียงวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เพราะเป็นการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของผลข้อตกลงฯ และจะส่งผลในทางปฏิบัติต่อรัฐภาคีเกี่ยวกับการใช้ถ่านหินที่จะเป็นอุปสรรคต่อการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

เรื่องของการยุติการใช้ถ่านหินนั้นมีความสำคัญที่หลายภาคส่วนพยายามที่จะผลักดันให้เกิดขึ้น เพราะการเผาไหม้ถ่านหินสร้างผลกระทบแก่สุขภาพของมนุษย์และได้ก่อให้เกิดความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง เนื่องจากการเผาไหม้ของถ่านหินสกปรกมากกว่าก๊าซและน้ำมัน การเผาไหม้ถ่านหินจะปล่อยคาร์บอนไดออกไซด์ซึ่งเป็นก๊าซที่ไม่มีสีและมีคุณสมบัติดูดกลืนความร้อนให้เข้าไปสะสมในชั้นบรรยากาศซึ่งนำไปสู่ภาวะโลกร้อน หนึ่งในสามของการปล่อยคาร์บอนไดออกไซด์ทั้งหมดมาจากการเผาไหม้ถ่านหินและโรงไฟฟ้าถ่านหินเป็นแหล่งกำเนิดที่ใหญ่ที่สุดสรุปแล้วการใช้ถ่านหินจึงเป็นตัวเลือกที่สำคัญที่ส่งผลให้การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศขยายขอบเขตความรุนแรงขึ้น บทสรุปในประเด็นถ่านหินของการประชุมในครั้งนี้ แตกต่างจากเป้าหมายที่มีการโฆษณาในช่วงต้นของการประชุม COP26 ว่า จะต้องทำให้เกิดการยุติการใช้ถ่านหินให้เกิดขึ้นให้ได้ ดังนั้น ภายหลังจากการประชุมจึงปรากฏความผิดหวังต่อทิศทางของการประชุมครั้งนี้ค่อนข้างมาก ทั้งจากประธานผู้จัดงานประชุม COP26 นายอาลอค ชาร์มา (Alok Sharma) และจากประเทศกลุ่มเปราะบางที่จะได้รับผลกระทบอย่างสูงจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เช่น กลุ่มประเทศหมู่เกาะขนาดเล็กทั่วโลก เป็นต้น

<sup>27</sup>ธรา บัวคำศรี, เปลี่ยนผ่านพลังงาน ปลดระวาง “ถ่านหิน” สู่ปลอดก๊าซเรือนกระจก [Online], available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/social/972751>, 2565 (มกราคม, 5).

นอกจากนี้ ปรากฏข้อขัดข้องและปัญหาอื่น ๆ ในประเด็นความคืบหน้าเชิงนโยบายที่ชัดเจนจากบทสรุปที่ได้จากการประชุม COP26 เมื่อเปรียบเทียบกับจากการประชุม COP ก่อนหน้านี้ การประชุม COP26 อาจถูกวิพากษ์ได้ว่า ในประเด็นปัญหาหลัก ๆ ประเด็นใหญ่ที่ไม่ได้รับการพูดถึงและไม่ได้รับการแก้ไข ตัวอย่างเช่น 1) เรื่องความรับผิดชอบในการชดเชยค่าสูญเสียชีวิตและความเสียหาย (Loss and damage) เนื่องจากหลายประเทศยังคงโต้แย้งในประเด็นดังกล่าวว่า ใคร หรือรัฐใดควรรับผิดชอบต่อการปล่อยก๊าซเรือนกระจก อย่างไร และจะเยียวยาโดยการจ่ายเงินในอัตราเท่าใด และในสัดส่วนเท่าไร 2) การปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Climate change adaptation) ยังไม่ปรากฏแผนหรือแนวทางที่เป็นรูปธรรม และเรื่องเงินกองทุนการปรับตัวให้เข้ากับผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (The Adaptation Fund) 3) เรื่องเงินกองทุน ในประเด็นเงินทุนถือเป็นเรื่องที่ติดขัดมาตลอดการเจรจาข้อตกลงปารีส ซึ่งเป็นคำสัญญาที่มีมาตั้งแต่ในความตกลงปารีสที่ว่า จะให้มีเงินทุน 1 แสนล้านดอลลาร์สหรัฐ (3.4 ล้านล้านบาท) ยังคงเป็นประเด็นที่ไม่บรรลุผล โดยตัวอย่างทั้งสามข้อเป็นเพียงข้อขัดข้องบางประการที่เกิดขึ้นในการประชุม COP26 และเป็นปัญหาที่สร้างความไม่แน่นอนและยังไม่อาจคลี่คลายได้ภายในการประชุมครั้งนี้

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการประชุม COP26 จะพบข้อขัดข้องบางประการ แต่ข้อดีของการประชุม COP26 ก็คือ เป็นการประชุมการเจรจาระดับโลกในประเด็นเกี่ยวกับการสร้างความร่วมมือและหาวิธีการเพื่อแก้ไขปัญหาด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่สำคัญ ซึ่งการประชุม COP26 ได้ถูกจัดขึ้นในช่วงเวลาที่สำคัญและปัญหาเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศอยู่ในสถานะที่มีความเร่งด่วนที่จะต้องได้รับการแก้ไข เพราะตามคำเตือนของคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่ประกาศว่า วิกฤตการณ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้เข้าสู่ปัญหาในระดับสีแดงถึงจุดที่เป็นระดับสัญญาณฉุกเฉินต่อมนุษยชาติที่ประเทศทั่วโลกต่างจะต้องได้รับผลกระทบจากวิกฤตนี้ เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงที่ว่า การจัดการประชุมในครั้งนี้อยู่ในระหว่างช่วงเวลาที่โลกกำลังเผชิญกับการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา (COVID-19) อย่างหนัก ทั้งนี้ ในช่วงเวลานับแต่การระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา นำมาซึ่งผลกระทบต่อประเด็นการให้ความสำคัญและการทุ่มเทงบประมาณของรัฐบาลสมาชิกต่อการแก้ไขปัญหาเรื่องการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในระดับที่ถูกลดการให้ความสำคัญลง เพราะประเทศต่าง ๆ จำเป็นต้องทุ่มเททรัพยากรและงบประมาณไปกับเรื่องการสร้างระบบสาธารณสุขเพื่อป้องกันโรคระบาดแทนที่จะสามารถนำทรัพยากรและงบประมาณของประเทศไปใช้เพื่อป้องกันปัญหาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ในช่วงเวลานับตั้งแต่มีการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา วิกฤตการณ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม ยังเป็นปัญหาที่ดำเนินไปและยังไม่ได้ได้รับการแก้ไขในระดับที่ควรจะเป็น

## 5. บทบาทของประเทศไทยเกี่ยวกับการดำเนินการด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26

จากการติดตามบทบาทของประเทศไทย ในประเด็นเกี่ยวกับการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26 ผู้เขียนพบว่า การที่ประเทศไทยได้ส่งนายกรัฐมนตรีและคณะ เป็นผู้แทนในการประชุมฯ โดย พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา ได้กล่าวถ้อยแถลงต่อที่ประชุมระดับผู้นำ (World Leaders Summit) ถึงการดำเนินงานของประเทศไทยที่ผ่านมาและให้คำมั่นต่อประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดว่าประเทศไทยจะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างต่อเนื่องและแข็งขัน สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้ คือ

1) ประเด็นที่สำคัญมาก คือ การยืนยันข้อเท็จจริงที่ว่าประเทศไทยจะเป็นประเทศ 1 ใน 10 ของจำนวนประเทศทั้งหมดของโลกที่จะได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในระดับที่สูงสุดในโลก จากการศึกษาพบว่า เป็นข้อมูลที่สอดคล้องกับข้อมูลจาก องค์กร Germanwatch ประเทศเยอรมนีเป็นองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรและสนใจเรื่องการค้าอาหาร นโยบายการเกษตรและสิ่งแวดล้อมที่ได้แสดงผลการศึกษาว่า ประเทศไทยอยู่ในอันดับที่ 9 จาก 180 ประเทศ ที่จะได้รับผลกระทบและมีความเสี่ยงด้านการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศในระดับสูงตามรายงานดัชนีความเสี่ยงด้านภูมิอากาศโลก ฉบับปี 2021 (Global Climate Risk Index-CRI)<sup>28</sup> โดยหากพิจารณาข้อมูลข้างต้นแล้วนับว่าเป็นประเด็นที่เร่งด่วน ซึ่งประเทศไทยโดยเฉพาะภาครัฐควรเร่งเตรียมความพร้อมในการรับมือต่อผลกระทบที่จะเกิดขึ้น

2) ในประเด็นอื่น ๆ คือ แสดงท่าทีและเจตนารมณ์ที่จะมุ่งสู่การปล่อยก๊าซเรือนกระจกสูงสุดในปี ค.ศ. 2030 ให้เกิดขึ้นเร็วที่สุดภายในครึ่งหลังศตวรรษนี้ ตลอดจนการที่ประเทศไทยประกาศเป้าหมายที่จะบรรลุความเป็นกลางทางคาร์บอน (Carbon Neutrality) ภายในปี ค.ศ. 2050 และจะปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ (Net zero greenhouse gas emission) ภายในปี ค.ศ. 2065<sup>29</sup> โดยประเด็นที่น่าสนใจประการหนึ่งที่เชื่อมโยงจากการเข้าร่วมประชุม COP26 ของประเทศไทย คือ บทบาทของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมกับหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ที่ได้ดำเนินการออกยุทธศาสตร์ระยะยาวในการพัฒนาที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกต่ำ (Long-term low greenhouse gas emission development strategies: LT-LEDs) ภายใต้กรอบความตกลงปารีส (Paris Agreement)

<sup>28</sup>David Eckstein, Vera Künzel, Laura Schäfer, ibid.

<sup>29</sup>กระทรวงการต่างประเทศ, นายกรัฐมนตรีเข้าร่วมการประชุม COP26 World Leaders Summit ณ เมืองกลาสโกว์สหราชอาณาจักร [Online], available URL: <https://www.mfa.go.th/th/content/cop26-pm?cate=5d5bcb4e15e39c306000683b,2565> (มกราคม, 5).

โดยกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตั้งเป้าว่าร่าง LT-LEDS จะเป็นหลักฐานของความชัดเจนและความมุ่งมั่นของรัฐบาลไทยในการแก้ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศประเทศไทยจะมุ่งสู่การปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ (Net-zero GHG emission) โดยเร็วที่สุดภายในระยะครึ่งหลังของศตวรรษนี้ และก่อนจะไปถึงจุดนั้น จะมีการปล่อยก๊าซเรือนกระจกสูงสุด (Peak GHG emission) ที่ 370 ล้านตันคาร์บอนไดออกไซด์เทียบเท่าในปี พ.ศ. 2573<sup>30</sup>

โดยสรุปการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26 ผู้เขียนพบว่า บทบาทของประเทศไทยในการประชุมได้มีการร่วมลงนามผูกพันเฉพาะประเด็นเรื่องการประกาศเป้าหมายปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ (Net Zero) เท่านั้น โดยประเทศไทยกำหนดเป้าหมายว่าจะทำให้เกิดภายในปี ค.ศ. 2050 ส่วนประเด็นอื่น ๆ เช่น ข้อตกลงยุติการตัดไม้ตามปฏิญญาว่าด้วยการป่าไม้และการใช้ที่ดินของผู้นำ ปฏิญญามีเทนโลก ประเทศไทยไม่ได้ตัดสินใจลงนามแต่อย่างใด และเมื่อพิจารณาข้อมูลจาก The Climate Change Performance Index 2022 ที่ตีพิมพ์เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2021<sup>31</sup> พบว่าประเทศไทยปล่อยคาร์บอนไดออกไซด์มากที่สุดเป็นอันดับที่ 23 ของโลก ดังนั้น การที่ประเทศไทยตั้งเป้าหมาย Net Zero Emission จึงนับว่าเป็นการประกาศนโยบายที่มีความท้าทาย เพราะในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกำหนดยุทธศาสตร์การลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในระยะยาว สิ่งที่มีในปัจจุบัน คือ แผนที่นำทางการลดก๊าซเรือนกระจก ปี พ.ศ. 2564-2573 (Nationally Determined Contribution Roadmap on Mitigation 2021-2030) การประกาศดังกล่าวจึงเป็นประเด็นที่น่าติดตามว่า ประเทศไทยจะสามารถทำให้เป้าหมายดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจริงได้หรือไม่

## 6. บทสรุป

จากการศึกษาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศพบว่า เป็นปัญหาที่รุนแรงการจะแก้ไขปัญหาต้องอาศัยการบูรณาการการใช้อำนาจของหน่วยงานภายในของรัฐ ตลอดจนการสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศ ทุก ๆ ประเทศควรร่วมมือกันในการแก้ปัญหานี้อย่างเร่งด่วน

---

<sup>30</sup>จริยา เสนพงศ์, หากทำตามสัญญาที่ COP26 รัฐบาลต้องกล้าปลดระวางถ่านหิน [Online], available URL: <https://www.greenpeace.org/thailand/story/21587/climate-cop26-th-prime-minister-speech-criticize/>, 2565 (มกราคม, 10).

<sup>31</sup>Climate Action Network International, RESULTS Monitoring Climate Mitigation Efforts of 60 Countries plus the EU – covering 92% of the Global Greenhouse Gas Emissions (Germany: Bonn, 2021), p. 9.

และต้องเรียนรู้ในการที่จะดำรงชีวิตร่วมกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เรียนรู้ที่จะปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Climate change adaptation) แนวทางส่วนใหญ่ของประเทศต่าง ๆ คือ การใช้อำนาจนิติบัญญัติมาเป็นเครื่องมือลำดับต้น ๆ ในการแก้ปัญหา เมื่อพิจารณาในบริบทของประเทศไทยก็เช่นเดียวกันพบว่า มีความพยายามผลักดันร่างพระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. ....<sup>32</sup> ให้ออกมาบังคับใช้

## 6.1 บทวิเคราะห์ที่เกิดจากการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26

ในการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26 ในประเด็นว่าด้วยผลทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากการการประชุม<sup>33</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่า จะเป็นผลในทิศทางที่ดีเชิงบวกต่อการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศถ้าหากสามารถทำให้เกิดขึ้นได้จริง โดยสามารถสรุปผลทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากการการประชุม ได้ดังต่อไปนี้

1) ข้อเสนอเรื่องการประกาศเป้าหมายปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ (Net-zero GHG emission) โดยการที่รัฐจำนวนกว่า 137 ประเทศทั่วโลกให้คำมั่นในการบรรลุเป้าหมายปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ หมายถึง การสร้างความสมดุลระหว่างก๊าซเรือนกระจกที่ถูกปล่อยออกมากับการกำจัดก๊าซเหล่านี้ออกจากชั้นบรรยากาศ โดยหลาย ๆ ประเทศให้คำมั่นที่จะบรรลุในปี ค.ศ. 2050 ประเทศอินเดียที่ปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เป็นอันดับสามของโลกได้ประกาศปีที่จะบรรลุเป้าหมายในปี ค.ศ. 2070 ซึ่งช้ากว่าประเทศส่วนใหญ่ 20 ปี โดยเมื่อพิจารณาข้อมูลจะพบประเด็นที่น่าสนใจที่ว่า ข้อเสนอเรื่องการประกาศเป้าหมายปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ ถือเป็นสรุปข้อตกลงที่ประเทศไทยได้ลงนามเพียงฉบับเดียว ที่จะผูกพันและปฏิบัติตาม

ผู้เขียนขอขยายความถึงประเด็นคำมั่นในระดับระหว่างประเทศในการมีผลผูกพันในทางปฏิบัติหรือไม่ ผูกพันเพียงใดในทางกฎหมายการผูกพันของประเทศไทยต่อการให้คำมั่นในทางระหว่างประเทศ ในประเด็นการที่ไทยไปแสดงออกว่าจะดำเนินนโยบายเป้าหมายปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ (Net-zero GHG emission) ให้เกิดขึ้นภายในปี ค.ศ. 2050 ถือเป็นคำมั่นว่าจะผูกพัน (Commitment)

<sup>32</sup>สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, **บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. ....** [Online], available URL: [https://qrcgcustomers.s3-eu-west1.amazonaws.com/account10330187/9794131\\_2.pdf?0.25465363777216465,2564](https://qrcgcustomers.s3-eu-west1.amazonaws.com/account10330187/9794131_2.pdf?0.25465363777216465,2564) (ตุลาคม, 17).

<sup>33</sup>Al Jazeera, **What has your country pledged at COP26?** [Online], available URL: <https://www.aljazeera.com/news/2021/11/14/infographic-what-has-your-country-pledged-at-cop26?fbclid=IwAR1JsUTPFQB87N-QeHoCGrrc4O7AwJfecamwPkDu52BV65ZppW5StU91J9o>, 2021 (December, 20).

มีลักษณะที่เป็นความตกลงที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Non-legally binding agreement) แต่เมื่อในทางความเป็นจริงข้อมูลที่แสดงให้เห็น ความรุนแรงและเร่งด่วนของปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่ประเทศไทยและแทบทุกประเทศทั่วโลกกำลังเผชิญ แม้ผลในทางกฎหมายจะไม่ได้มีลักษณะบังคับผูกพันว่าจะต้องปฏิบัติตาม แต่ทางปฏิบัติประเทศไทยควรจะทำให้มีความสำคัญต่อการลงมือเพื่อให้เป้าหมายเรื่องเป้าหมายปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ (Net-zero GHG emission) ให้เกิดขึ้นเพื่อเป็นการแสดงออกให้เห็นว่าประเทศไทยให้ความสำคัญในการรับมือต่อการแก้ไขปัญหาเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศอย่างแท้จริง และเป็นการแสดงออกถึงความมุ่งมั่นในการที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่ประเทศไทยเป็นภาคี

2) ข้อสรุปเรื่องข้อตกลงยุติการตัดไม้ตามปณิธานว่าด้วยการป่าไม้และการใช้ที่ดินของผู้นำกลาสโกว์ (Glasgow Leaders' Declaration on Forests and Land Use) โดยมีรัฐจำนวน 141 ประเทศ<sup>34</sup> ได้ร่วมลงนามเห็นชอบยุติการตัดไม้ทำลายป่าภายในปี 2030 ข้อตกลงเพื่อรักษาและฟื้นฟูผืนป่า จะนำไปสู่การที่ผืนป่าจะช่วยดูดซับก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ได้ ภายใต้ปณิธานนี้ ผู้นำของแต่ละประเทศได้ให้คำมั่นว่าจะเสริมสร้างความพยายามร่วมกันในการอนุรักษ์ป่าไม้และระบบนิเวศบนบกอื่น ๆ และเร่งการฟื้นฟู ตลอดจนอำนวยความสะดวกด้านนโยบายการค้าและการพัฒนาที่ยั่งยืนทั้งในระดับสากลและในประเทศ เป้าหมายของการสร้างปณิธานฉบับนี้ คือ การดำเนินการกับป่าไม้และการใช้ที่ดิน เพื่อเป็นแนวทางหนึ่งเพื่อช่วยให้การควบคุมอุณหภูมิโลกไม่ให้สูงเกิน 1.5 องศาเซลเซียสสามารถเกิดขึ้นได้ในทางความเป็นจริง โดยเมื่อตรวจสอบข้อมูลพบว่า ประเทศไทยไม่ได้เข้าร่วมตามปณิธานในครั้งนี้

3) ข้อสรุปเรื่องการร่วมตกลงในข้อตกลงยุติการใช้พลังงานถ่านหิน จากข้อมูลพบว่ากว่า 40 ประเทศได้ร่วมตกลงยุติการใช้พลังงานถ่านหิน ทิศทางที่ดีของการเจรจา คือ ประเทศผู้ใช้อถ่านหินรายใหญ่ เช่น ประเทศโปแลนด์ ประเทศเวียดนาม และประเทศชิลี ได้ตกลงที่จะเลิกใช้ถ่านหินจุดที่น่าสนใจ คือ การที่หลายธนาคารของประเทศมหาอำนาจได้ประกาศว่าจะหยุดการจัดหาเงินทุนสาธารณะระหว่างประเทศสำหรับสนับสนุนพลังงานถ่านหินใหม่ภายในสิ้นปี 2564<sup>35</sup> อย่างไรก็ตาม

---

<sup>34</sup>UN climate change conference UK 2021, GLASGOW LEADERS' DECLARATION ON FORESTS AND LAND USE[Online], available URL:[https://ukcop26.org/glasgow-leaders-declaration-on-forests-and-land-use/?fbclid=IwAR3kYXPwKP72qmZSaQe0bOD\\_7ig7usa9w5GYP8vqLLFtgx7qzNUWe5ag0GA](https://ukcop26.org/glasgow-leaders-declaration-on-forests-and-land-use/?fbclid=IwAR3kYXPwKP72qmZSaQe0bOD_7ig7usa9w5GYP8vqLLFtgx7qzNUWe5ag0GA), 2021 (December, 20).

<sup>35</sup>สมาคมเครือข่ายโกลบอลคอมแพ็กแห่งประเทศไทย, การประชุม COP26 กับการยกระดับวิถีชีวิตใหม่ที่ตระหนักถึงสิ่งแวดล้อม เศรษฐกิจและสังคมอย่างยั่งยืน: การลงมือปฏิบัติที่เป็นจริง [Online], available URL: <https://globalcompact-th.com/news/detail/632>, 2565 (มกราคม, 25).

มีประเทศอีกจำนวนมากที่ยังไม่ได้เข้าร่วมข้อตกลงนี้ รวมถึงประเทศมหาอำนาจ เช่น ประเทศจีน ซึ่งเป็นประเทศที่ปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่ใหญ่ที่สุดแห่งหนึ่งของโลก โดยมีปริมาณการใช้ถ่านหินกว่า 54% ในปี ค.ศ. 2020 ซึ่งนับเป็นอัตราที่สูงมากที่ส่งผลกระทบอย่างมหาศาลต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

นอกจากนี้ยังมีการลงนามในปฏิญญากลาสโกว์ว่าด้วยรถยนต์ปลอดมลพิษ (Glasgow Declaration on Zero-Emission Cars and Vans) ยุติการขายรถยนต์สันดาปภายในปี ค.ศ. 2035 ในตลาดชั้นนำ และภายในปี ค.ศ. 2040 ทั่วโลก อีกทั้งอย่างน้อย 13 ประเทศให้คำมั่นที่จะยุติการขายรถยนต์สำหรับใช้งานหนักที่ใช้เชื้อเพลิงฟอสซิลภายในปี ค.ศ. 2040 ซึ่งถือเป็นทิศทางที่ดีของการดำเนินนโยบายเกี่ยวกับการยุติการใช้พลังงานถ่านหินให้เกิดขึ้น

4) ข้อสรุปเรื่องปฏิญญามีเทนโลก (Global Methane Pledge) เพื่อเป้าหมายของการลดการปล่อยก๊าซมีเทน กว่า 105 ประเทศได้เข้าร่วมความตกลงนี้ นำโดยประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป จุดมุ่งหมายของปฏิญญามีเทนโลก คือ การลดการปล่อยก๊าซมีเทนทั่วโลกอย่างน้อยในอัตรา 30% ของระดับการปล่อยในปี ค.ศ. 2020 ให้ได้ ภายในปี ค.ศ. 2030 แต่เมื่อพิจารณาข้อมูลรายละเอียดพบว่า การปล่อยก๊าซมีเทนปกติ พบมากในอุตสาหกรรมประเภทการขุดเจาะน้ำมัน และจากสถิติข้อมูลประเทศที่มีการปล่อยก๊าซมีเทนในอันดับแรก ๆ ของโลก คือ ประเทศจีนและประเทศสหรัฐอเมริกา แต่พบว่าประเทศจีนไม่ได้ร่วมลงนามในปฏิญญานี้ นอกจากนี้ ยังพบว่าประเทศที่มีอัตราการปล่อยก๊าซมีเทนเป็นอันดับต้น ๆ ได้แก่ ประเทศอินเดีย ประเทศรัสเซีย โดยประเทศไทยไม่ได้ร่วมลงนามในปฏิญญานี้ด้วยเช่นกัน

5) การได้บทสรุปของแนวทางในการดำเนินงานตามความตกลงปารีส (Paris Rulebook) โดยมีการบรรลุข้อตกลงเกี่ยวกับบรรทัดฐานที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 6 เรื่องตลาดคาร์บอน ซึ่งนับเป็นประเด็นที่สำคัญและส่งผลถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงปารีส ให้สามารถมีความชัดเจนและสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ดังนั้น เมื่อเกิดข้อสรุปขึ้นได้จะนำมาซึ่งความแน่นอนและความสามารถในการคาดการณ์แนวทางทั้งแบบตลาดและนอกตลาดคาร์บอน เพื่อสนับสนุนการบรรเทาผลกระทบและการปรับตัว และการเจรจาความโปร่งใสในการดำเนินงานและการสนับสนุน (Enhanced Transparency Framework) โดยจะจัดให้มีตารางและรูปแบบที่ตกลงกันไว้ เพื่อพิจารณาและรายงานเป้าหมายและการปล่อยมลพิษ<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup>Thai Publica, “COP26 ปิดฉากด้วยความหวังคุ่มอุณหภูมิต่ำเกิน 1.5 องศาแต่ประนีประนอมเรื่อง “ถ่านหิน” [Online], available URL: <https://thaipublica.org/2021/11/cop26-closes-with-consensus-but-compromise-coal-deal/>, 2565 (มกราคม, 5).

## 6.2 กฎหมายที่ได้รับผลกระทบจากการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26

ประเทศไทยเข้าร่วมมอบสัตยาบันสารเข้าเป็นภาคีความตกลงปารีส เมื่อ ปี ค.ศ. 2016 ทิศทางการดำเนินการต่าง ๆ ของประเทศไทยยังขาดความเป็นรูปธรรมและจริงจังต่อปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ ประเทศไทยยังคงมีความพยายามในการแก้ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ แต่เมื่อพิจารณาข้อมูลจากการศึกษาพบว่า การแก้ไขปัญหาดังกล่าวยังไม่มีการแก้ไขที่ได้รับผลลัพธ์ที่ประจักษ์และเป็นที่ยอมรับของสังคม เนื่องจากการขาดความเป็นรูปธรรมและอุปสรรคหลายประการ ได้แก่ ปัญหาการขาดความต่อเนื่องทางนโยบายเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาสภาพภูมิอากาศ ปัญหาการตรวจการปล่อยก๊าซเรือนกระจก การสร้างฐานข้อมูลก๊าซเรือนกระจก การขาดแคลนบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญ และประเด็นที่สำคัญ คือ การขาดกฎหมายเฉพาะที่จะเป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาอย่างบูรณาการ<sup>37</sup>

ภายหลังจากการประชุมรัฐภาคีกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ สมัยที่ 26 พบว่า ในปัจจุบันพบว่า กฎหมายที่ใช้บังคับของประเทศไทยในลักษณะที่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโดยตรงมีจำนวน 2 ฉบับ<sup>38</sup> ได้แก่ 1) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินงานด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. 2550<sup>39</sup> (และที่แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2561) และ 2) พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562<sup>40</sup> เมื่อพิจารณาโดยละเอียดจะพบว่า กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์หลักในการกำหนดกฎเกณฑ์มาตรฐานในการควบคุมก๊าซเรือนกระจก ในประเด็นของการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกหรือการปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโดยตรง ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินงานด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีรายละเอียดมุ่งเน้นเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายในภาพรวมในการดำเนินงานของประเทศไทยให้เป็นไปตามพันธกรณีและข้อผูกพันระหว่างประเทศที่ไทยได้เข้าไปผูกพันเท่านั้น และพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารจัดการ

<sup>37</sup>อนันต์ คงเครือพันธุ์ และคณะ, เรื่องเดิม, หน้า 26.

<sup>38</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 74-75.

<sup>39</sup>“ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินงานด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ 2550,” **ราชกิจจานุเบกษา** ฉบับกฤษฎีกาเล่มที่ 124 ตอนพิเศษ 75 ง (20 มิถุนายน 2550): 5.

<sup>40</sup>“พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562,” **ราชกิจจานุเบกษา** ฉบับกฤษฎีกาเล่มที่ 124 ตอนที่ 31 ก/หน้า 53 (6 กรกฎาคม 2550): 19.

ก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 รายละเอียดมีวัตถุประสงค์หลักในการจัดตั้งองค์กรที่ไม่ใช่ส่วนราชการขึ้นมาโดยเฉพาะเพื่อทำหน้าที่วิเคราะห์ กลั่นกรอง และให้ข้อมูล ความเห็นเกี่ยวกับการรองรับโครงการที่ลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก โดยในกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก(องค์การมหาชน)และประเด็นหลักเกณฑ์เงื่อนไขวิธีการการใช้อำนาจของคณะกรรมการบริหารก๊าซเรือนกระจก

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินงานด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. 2550 (และที่แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2561) และพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 ยังไม่ครอบคลุมประเด็นเกี่ยวกับการบริหารจัดการเพื่อรับมือต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ โดยเฉพาะ เพราะเมื่อพิจารณาไปในรายละเอียดส่วนเนื้อหาของกฎหมายทั้งสองฉบับพบว่า ไม่ได้มีการกำหนดเป้าหมายหรือกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติที่จะต้องดำเนินการในการลดก๊าซเรือนกระจกไว้โดยตรงและไม่ชัดเจน<sup>41</sup> ไม่ได้มีการกล่าวถึงประเด็นการปรับตัวต่อสภาพภูมิอากาศอันเป็นสาระสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศไว้ในลักษณะที่เป็นรูปธรรม จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับนี้ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้อย่างครบถ้วน

### 6.3 ข้อเสนอประเด็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของประเทศไทย

รายงานการประเมินของคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (IPCC) ได้มีการเสนอแนวความคิดว่า จะต้องนำมาตรการทางกฎหมายเข้ามาควบคุมและปรับใช้ให้กรณีการควบคุมปริมาณก๊าซเรือนกระจกลดลงอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น<sup>42</sup> จากการศึกษาพบว่ากรณีประเทศไทยปรากฏความพยายามในการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศภาครัฐพยายามเสนอวิธีการ ตรากฎหมายเฉพาะในระดับพระราชบัญญัติซึ่งปัจจุบันพบว่า มีความพยายามในการออกกฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโดยตรงโดยกระทรวงการคลังเป็นผู้เสนอ คือ ร่างพระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. ....<sup>43</sup> จากข้อมูลพบว่า

<sup>41</sup>อนันต์ คงเครือพันธุ์ และคณะ, เรื่องเดิม, หน้า 374.

<sup>42</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 16-17.

<sup>43</sup>สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, “บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. .... [Online], available URL: [https://qrcgcutomers.s3-eu-west-1.amazonaws.com/account10330187/9794131\\_2.pdf?0.25465363777216465,2565](https://qrcgcutomers.s3-eu-west-1.amazonaws.com/account10330187/9794131_2.pdf?0.25465363777216465,2565) (กุมภาพันธ์, 13).

คณะรัฐมนตรีได้เคยมีมติรับหลักการของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ปัจจุบันนี้ได้มีการเปิดการรับฟังความคิดเห็นทางเว็บไซต์ของสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าในปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะระดับพระราชบัญญัติที่กล่าวถึงเกี่ยวกับการบริหารจัดการและแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ<sup>44</sup>

**ในประเด็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของประเทศไทยผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางการดำเนินการ 3 ประการดังต่อไปนี้**

**ประการที่ 1 การเร่งดำเนินการ ในการตรากฎหมายเฉพาะ พระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. ....**

เห็นควรมีการแก้ไขบางประการเพื่อให้ร่างกฎหมายฯ ที่ออกมามีความสมบูรณ์และสามารถมีการบังคับการตรงตามวัตถุประสงค์ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไขร่างกฎหมายฯ ในประเด็นดังต่อไปนี้

1) เรื่องฐานข้อมูลก๊าซเรือนกระจกภายใต้ร่างพระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. .... ร่างฯ มาตรา 29 และมาตรา 30 ควรมีการดำเนินการแก้ไข

ข้อมูลกิจกรรมการปล่อย: การกักเก็บและการลดก๊าซเรือนกระจก

มาตรา 29 ข้อมูลกิจกรรมการปล่อย การกักเก็บ และการลดก๊าซเรือนกระจกของบุคคลที่สำนักงานหรือหน่วยงานของรัฐได้มาหรือครอบครองอยู่ ซึ่งเป็นข้อมูลของแต่ละบุคคลหรือเป็นความลับทางการค้าตามกฎหมายว่าด้วยความลับทางการค้า ผู้ใดจะนำไปเปิดเผยมิได้ เว้นแต่การเปิดเผยนั้นเป็นไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น หรือมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติให้ต้องเปิดเผย แต่ไม่ว่ากรณีใด ๆ ผู้ใดจะอาศัยอำนาจหรือสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการหรือกฎหมายอื่นเพื่อขอข้อมูลดังกล่าวมิได้

ข้อมูลปริมาณก๊าซเรือนกระจก

มาตรา 30 ในกรณีที่ข้อมูลกิจกรรมหรือปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ปริมาณการกักเก็บก๊าซเรือนกระจก หรือปริมาณการลดก๊าซเรือนกระจกในส่วนใด หากเปิดเผยต่อสาธารณะแล้วจะเกิดความเสียหายแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ บุคคลนั้นสามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการเพื่อขอมิให้เปิดเผยข้อมูลนั้นได้และให้คณะกรรมการพิจารณา คำสั่งให้แล้วเสร็จภายใน XX วันนับแต่วันที่ได้รับคำร้อง การยื่นคำร้องและการพิจารณาคำร้องตามวรรคนี้ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

<sup>44</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ฝ่ายค้นคว้าและเปรียบเทียบกฎหมาย กองกฎหมายต่างประเทศ, พัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายค้นคว้าและเปรียบเทียบกฎหมาย กองกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2563), หน้า 98.

เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. .... ทั้งสองมาตราข้างต้น พบว่า ถึงแม้ร่างฯ บัญญัติเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลตามร่างมาตรา 29 ประเด็นเรื่องข้อมูลกิจกรรมการปล่อย การกักเก็บและการลดก๊าซเรือนกระจก และตามร่างมาตรา 30 ประเด็นเรื่องข้อมูลปริมาณก๊าซเรือนกระจก แต่ในร่างกำหนดข้อยกเว้นเอกชนสามารถอ้างเหตุข้อยกเว้นตามร่างมาตรา 29 และร่างมาตรา 30 เพื่อที่จะขอไม่เปิดเผยข้อมูล เช่น โดยมีข้อยกเว้นว่า หากเปิดเผยต่อสาธารณะแล้ว จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ บุคคลนั้นสามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการเพื่อขอมิให้เปิดเผยข้อมูลนั้นได้ซึ่งหากออกกฎหมายเป็นตามร่างมาตราดังกล่าว อาจทำให้ภาคเอกชนหรืออุตสาหกรรมใช้ช่องว่างในร่างมาตรา เพื่อเป็นข้อยกเว้นนี้เลี่ยงการเปิดเผยข้อมูลทั้งที่ตามหลักการของร่างพระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. .... ฉบับนี้ได้มอบอำนาจให้ภาครัฐเรียกข้อมูลจากเอกชนเพื่อเป้าหมายในการสร้างฐานข้อมูลก๊าซเรือนกระจก<sup>45</sup> ดังนั้น ในมุมมองของผู้เขียนเห็นว่า อาจจะมีการนำเอาข้อยกเว้นไปใช้อย่างผิดวัตถุประสงค์ เพราะเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในร่างมาตรา 29 ข้อมูลกิจกรรมการปล่อย การกักเก็บและการลดก๊าซเรือนกระจก และร่างมาตรา 30 ข้อมูลปริมาณก๊าซเรือนกระจก ถือเป็นข้อมูลที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการที่รัฐต้องทราบในลักษณะข้อมูลที่เป็นความจริง และถูกต้องครบถ้วนมากที่สุดเท่าที่จะสามารถจัดเก็บได้ หน่วยงานภาครัฐต้องนำข้อมูลทั้งสองประการที่มีความถูกต้อง ครบถ้วน เพื่อนำไปสร้างฐานข้อมูลการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศ ข้อมูลที่ได้มายังต้องจัดเก็บอย่างเป็นระบบอีกด้วย และเหตุผลสำคัญอีกประการที่ควรแก้ไขร่างข้างต้น เพราะเรื่องของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของประชาชน ดังนั้น ประชาชนควรมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลที่เป็นความจริงและถูกต้อง เพราะเรื่องของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นประเด็นที่สำคัญและจะส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของประชาชนทุก ๆ คน

2) ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ควรเพิ่มประเด็นการมีส่วนร่วมของภาคประชาชน ชุมชนและภาคประชาสังคม

เหตุผลสำคัญที่ได้เน้นย้ำว่า ประเด็นปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ จะมีผลกระทบต่อสังคมเป็นบริเวณกว้างกระทบต่อวิถีชีวิตของประชาชนจำนวนมาก เรื่องของการเข้ามามีส่วนร่วมจึงมีความสำคัญ เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. .... เห็นควรเสนอ เช่น ร่างฯ มาตรา 12 (4) ควรมีการเพิ่มประเด็นการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคม

<sup>45</sup>รัตนศิริ กิตติก้องนภางค์, จักรร่างกฎหมายโลกร้อนของไทย เราสามารถเข้าถึงข้อมูลการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของบริษัทจริงหรือ [Online], available URL: <https://www.greenpeace.org/thailand/story/17760/climate-emergency-thai-climate-change-law/>, 2565 (มกราคม, 15).

หรือบุคคลใดที่มีประสบการณ์การทำงานและมีผลงานในเชิงประจักษ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเข้ามาในองค์ประกอบของคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อเพิ่มกลไกการติดตามการตรวจสอบเพื่อคานการใช้อำนาจให้ภาคเอกชนและประชาชนมีการเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐเพื่อให้ตรงเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายและหลักการเรื่องการมีส่วนร่วม

## ประการที่ 2 การเพิ่มประเด็นเรื่องการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และเพิ่มเรื่องการเปิดโอกาสให้ประชาชนและชุมชนเข้ามามีบทบาทและมีส่วนร่วมกับภาครัฐทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่นอย่างแท้จริง

โดยผู้เขียนขอเน้นย้ำประเด็นสิทธิการรับรู้ข้อมูลข่าวสารว่าเป็นสิทธิพื้นฐานของบุคคลในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย สิทธิในข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศจำเป็นอย่างยิ่งเป็นสิ่งที่ประชาชนพึงได้รับทราบเพื่อเป็นข้อมูลในการใช้ชีวิตและเพื่อเตรียมตัวในการปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Climate change adaptation) ประชาชนมีสิทธิได้รับการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร โดยในมาตรา 41<sup>46</sup> และเป็นหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 59<sup>47</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองไว้

การดำเนินการก่อนออกกฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ควรเปิดช่องให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารโดยเน้นการเพิ่มการรับรู้ของประชาชนให้มากขึ้น เพราะในปัจจุบันการรับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของประเทศไทยมีลักษณะค่อนข้างแคบและมีการรับรู้ในลักษณะเฉพาะกลุ่ม ดังนั้น ควรที่จะดำเนินการให้มีการเผยแพร่และกระจายการรับรู้แก่ประชาชนมากขึ้น และต้องทำให้ประชาชนชาวไทยเข้าใจถึงผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพอากาศที่จะเกิดขึ้นกับประเทศไทยและเข้าใจว่าผลกระทบที่ประชาชนจะมีลักษณะที่รุนแรงมากขึ้น ๆ ในอนาคต ประเด็นที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การให้ประชาชนรับทราบถึงแผนการปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศแห่งชาติที่รัฐไทยได้สร้างขึ้นเพื่อเป็นแนวทางที่สำคัญให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลที่จำเป็นเพื่อที่ประชาชนจะสามารถปรับตัวและรับมือกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้ภายใต้วิกฤตการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่รุนแรงขึ้นนี้

---

<sup>46</sup>“รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 41,”ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 134 ตอนที่ 40 ก (6 เมษายน 2560): 11.

<sup>47</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

### ประการที่ 3 การเร่งดำเนินการลดก๊าซเรือนกระจกโดยวิธีการเลิกการใช้ถ่านหิน

การลดก๊าซเรือนกระจก โดยวิธีการเลิกการใช้ถ่านหินมีความจำเป็นอย่างยิ่ง การเผาไหม้ของถ่านหินก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมทั้งในระดับรัฐและในระดับโลก เนื่องจากเผาไหม้ถ่านหินปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ซึ่งเป็นก๊าซเรือนกระจกก่อให้เกิดภาวะโลกร้อน ท้ายที่สุดคือ ส่งผลต่อปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ถ่านหินจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่รุนแรงขึ้นตามแถลงการณ์ที่นายกรัฐมนตรีของไทยได้แถลงในการประชุม ใน World Leader Summit ในการประชุม COP26 โดยมีการแถลงว่าประเทศไทยจะยกระดับการแก้ไขปัญหาสภาพภูมิอากาศ กำหนดเป้าหมายว่า เป้าหมายความเป็นกลางทางคาร์บอน ภายในปี ค.ศ. 2050 และจะบรรลุการปล่อยก๊าซเรือนกระจกสุทธิเป็นศูนย์ได้ในปี ค.ศ. 2065 อีกทั้งนายกรัฐมนตรียังประกาศว่าประเทศไทยจะยกระดับ NDC ของประเทศเป็นร้อยละ 40<sup>48</sup>

ประเทศไทยมีศักยภาพในการที่จะสามารถเลิกการใช้ถ่านหินได้<sup>49</sup> การเลิกใช้ถ่านหิน การปลดระวางถ่านหินเพื่อที่จะบรรลุเป้าหมายที่ได้ให้ไว้ในการประชุม COP26 สอดรับกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเคยให้ไว้ ตลอดจนการให้คำมั่นกับประชาคมระหว่างประเทศก็เป็นเหตุผลที่ประเทศไทยควรเร่งดำเนินนโยบายที่ได้ประกาศไว้ให้สำเร็จ การดำเนินการลดก๊าซเรือนกระจกโดยวิธีการเลิกการใช้ถ่านหินจึงเป็นแนวทางที่สมควร ที่ประเทศไทยควรเร่งดำเนินการเพื่อเป้าหมายสูงสุดในการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศให้สามารถเกิดขึ้นได้ในทางความเป็นจริง

<sup>48</sup>สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี, นายภา ก่อแก้วถ้อยแถลงต่อที่ประชุมระดับผู้นำ COP26 [Online], available URL: <https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/47700?>, 2565 (มกราคม, 5).

<sup>49</sup>Greenpeace Thailand, ปลดระวางถ่านหินเพื่อการเปลี่ยนผ่านที่เป็นธรรมในประเทศไทย [Online], available URL: <https://www.greenpeace.org/thailand/publication/21396/climate-coal-phase-out-coal-thailand-report/>, 2565 (กุมภาพันธ์, 27).

### บรรณานุกรม

- กรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. **สั่น!! ก่อนการประชุม COP26 ไทยถูกจัดอันดับเป็นประเทศที่ได้รับผลกระทบมากที่สุด 10 อันดับแรก** [Online]. Available URL: <https://actionforclimate.deqp.go.th/news/2790/#>, 2564 (ตุลาคม, 17).
- กระทรวงการต่างประเทศ. **นายกรัฐมนตรีเข้าร่วมการประชุม COP26 World Leaders Summit ณ เมืองกลาสโกว์สหราชอาณาจักร** [Online]. Available URL: <https://www.mfa.go.th/th/content/cop26-pm?cate=5d5bcb4e15e39c306000683b>, 2565 (มกราคม, 5).
- กอบกุล ธารณาคร. **กฎหมายกับการจัดการทรัพยากรในกลุ่มแม่น้ำโขง**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2540.
- \_\_\_\_\_. **กฎหมายกับสิ่งแวดล้อม**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.
- จริยา เสนพงศ์. **หากทำตามสัญญาที่ COP26 รัฐบาลต้องกล้าปลดระวางถ่านหิน** [Online]. Available URL: <https://www.greenpeace.org/thailand/story/21587/climate-cop26-th-prime-minister-speech-criticize/>, 2565 (มกราคม, 10).
- ธีรชัย เกื้อเกตุ. “ความตกลงปารีส: โครงสร้างใหม่ทางกฎหมายในการจัดการกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ.” **วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์** 6, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2560): 36-37.
- ธรา บัวคำศรี. **เปลี่ยนผ่านพลังงาน ปลดระวาง “ถ่านหิน” สู่เป้าหมายก๊าซเรือนกระจก** [Online]. Available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/social/972751>, 2565 (มกราคม, 5).
- เนตรธิดา บุญนาค. **รายงาน IPCC ล่าสุด เตือนว่า อุณหภูมิโลกที่สูงขึ้น จะทำให้เกิดสภาพอากาศสุดขั้วรุนแรงที่ “ไม่เคยมีมาก่อนในประวัติศาสตร์** [Online]. Available URL: <https://www.sdgmovement.com/2021/08/10/ipcc-sixth-assessment-report-climate-extreme/>, 2564 (ตุลาคม, 17).
- ปวิศร เลิศธรรมเทวี. **สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมกับรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559.
- “พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562.” **ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 124 ตอนที่ 31 ก/หน้า 53 (6 กรกฎาคม 2550): 19.**
- “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 41.” **ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 134 ตอนที่ 40 ก (6 เมษายน 2560): 11.**

รัตนศิริ กิตติก้องนภางค์. **จับตาร่างกฎหมายโลกร้อนของไทย เราสามารถเข้าถึงข้อมูลการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของบริษัทจริงหรือ** [Online]. Available URL: <https://www.greenpeace.org/thailand/story/17760/climate-emergency-thai-climate-change-law/>, 2565 (มกราคม, 15).

“ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินงานด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ 2550.” **ราชกิจจานุเบกษา** ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 124 ตอนพิเศษ 75 ง (20 มิถุนายน 2550): 5.

วีรพัฒน์ ปริยวงศ์. **การใช้อำนาจอธิปไตยสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ: หนังสือสัญญาบางประเภท อันต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา** [Online]. Available URL: <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1214>, 2565 (มกราคม, 5).

สัญญา อุทัย. “บทบาทของสหภาพยุโรปต่อปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโลก.” **วารสารยุโรปศึกษา** 18, 1 (มิถุนายน 2552): 82-83.

สำนักข่าวสิ่งแวดล้อม. **ไทยร้อนขึ้นแล้ว 1.5 เซลเซียส เตรียมคลอด พ.ร.บ. โลกร้อนอีก 2 ปี** [Online]. Available URL: <https://greennews.agency/?p=21881&fbclid=IwAR2Zhjn1LoefuNhc4Mnf2XMgpBkV3jhurmSqHxfxKqODwojqK0bY0VfTaZQ>, 2565 (มกราคม, 7).

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **ฝ่ายค้านคว่ำและเปรียบเทียบกฎหมาย กองกฎหมายต่างประเทศ. พัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ.** กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายค้านคว่ำและเปรียบเทียบกฎหมาย กองกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2563.

สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. **“บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. ....** [Online]. Available URL: [https://qrcgcustomers.s3-eu-west-1.amazonaws.com/account10330187/9794131\\_2.pdf?0.25465363777216465](https://qrcgcustomers.s3-eu-west-1.amazonaws.com/account10330187/9794131_2.pdf?0.25465363777216465), 2565 (กุมภาพันธ์, 13).

สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน. **กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติ (UNFCCC)** [Online]. Available URL: <http://www.eppo.go.th/index.php/th/plan-policy/climatechange/unitednation/unfccc>, 2565 (มกราคม, 5).

\_\_\_\_\_. **พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol)** [Online]. Available URL: <http://www.eppo.go.th/index.php/th/plan-policy/climatechange/unitednation/kyotocol-protocol/kyotocol-protocol#>, 2565 (มกราคม, 5).

สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี. **นายกฯ กล่าวถ้อยแถลงต่อที่ประชุมระดับผู้นำ COP26** [Online].

Available URL: <https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/47700?>, 2565 (มกราคม, 5).

สมาคมเครือข่ายโกลบอลคอมแพ็กแห่งประเทศไทย. **การประชุม COP26 กับการยกระดับวิถีชีวิตใหม่ที่ตระหนักถึงสิ่งแวดล้อม เศรษฐกิจและสังคมอย่างยั่งยืน: การลงมือปฏิบัติที่เป็นจริง**

[Online]. Available URL: <https://globalcompact-th.com/news/detail/632>, 2565 (มกราคม, 25).

อนันต์ คงศรีอัมรินทร์. **“คดีปกครองเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและการตีความข้อพิพาท.”**

วารสารวิชาการศาลปกครอง 1 (มกราคม – มีนาคม 2563): 97-128.

อนันต์ คงศรีอัมรินทร์ และคณะ. **กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ. พิมพ์ครั้งที่ 1.**

กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2559.

\_\_\_\_\_. **รายงานการวิจัย เรื่อง การศึกษาสาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ.** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2562.

Climate Action Network International. **RESULTS Monitoring Climate Mitigation Efforts of 60 Countries plus the EU – covering 92% of the Global Greenhouse Gas Emissions.** Germany: Bonn, 2021.

Eckstein, David. Vera Künzel, Laura Schäfer. **Global Climate Risk Index 2021** [Online].

Available URL: <https://www.germanwatch.org/en/19777>, 2021 (October, 19).

Greenpeace Thailand. **ปลดระวางถ่านหินเพื่อการเปลี่ยนผ่านที่เป็นธรรมในประเทศไทย** [Online].

Available URL: <https://www.greenpeace.org/thailand/publication/21396/climate-coal-phase-out-coal-thailand-report/>, 2565 (กุมภาพันธ์, 27).

Jazeera, Al. **What has your country pledged at COP26?** [Online]. Available URL:

<https://www.aljazeera.com/news/2021/11/14/infographic-what-has-your-country-pledged-at-cop26?fbclid=IwAR1JsUTPFQB87N-QeHoCGrrc4O7AwJfecamwPkDu52BV65ZppW5StU91J9o>, 2021 (December, 20).

Thai Publica. **“COP26 ปิดฉากด้วยความหวังคลุมเครือไม่เกิน 1.5 องศาแต่ประนีประนอมเรื่อง “ถ่านหิน”** [Online]. Available URL: <https://thaipublica.org/2021/11/cop26-closes-with-consensus-but-compromise-coal-deal/>, 2565 (มกราคม, 5).

- The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). **Summary for Policymakers. In: Climate Change 2021** [Online]. Available URL: [https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_WGI\\_SPM.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM.pdf), 2021 (October, 16).
- Thomas, Vinod. Jose Ramon G. Albert. and Rosa T. Perez. **Climate-Related Disasters in Asia and the Pacific, 2013** [Online]. Available URL: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/30323/ewp-358.pdf>, 2021 (October, 19).
- UNFCCC Sites and platforms. **Key aspects of the Paris Agreement** [Online]. Available URL: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement/key-aspects-of-the-paris-agreement>, 2021 (October, 21).
- UN climate change conference UK 2021. **GLASGOW LEADERS' DECLARATION ON FORESTS AND LAND USE** [Online]. Available URL: [https://ukcop26.org/glasgow-leaders-declaration-on-forests-and-land-use/?fbclid=IwAR3kYXPwKP72qmZSaQe0bOD\\_7ig7usa9w5GYP8vqLLFtgx7qzNUWe5ag0GA](https://ukcop26.org/glasgow-leaders-declaration-on-forests-and-land-use/?fbclid=IwAR3kYXPwKP72qmZSaQe0bOD_7ig7usa9w5GYP8vqLLFtgx7qzNUWe5ag0GA), 2021 (December, 20).
- Vogler, John and Imber, Mark F. **EU action against climate change: Leading global action to 2020 and beyond**, European Commission. Belgium: 2007.
- World Commission on Environment and Development. **Our Common Future**. Oxford: Oxford University Press, 1987.

การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ที่เหมาะสม  
กับประเทศไทย: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย  
และหน่วยงานของประเทศออสเตรเลีย

ปฐวี สิริินภากุล



การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ที่เหมาะสมกับประเทศไทย:  
ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายและหน่วยงานของประเทศออสเตรเลีย\*

The Properly Strategic Environmental Assessment for Thailand:  
A Comparative study of Australian Laws and Agencies

ปฐวี สิริินากุล\*\*  
Patavee Sirinapakul

บทคัดย่อ

การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เป็นการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับนโยบาย แผนและแผนงานโดยการประเมินสิ่งแวดล้อมลักษณะนี้จะดำเนินการก่อนการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมระดับโครงการ (environmental impact assessment (EIA)) การดำเนินการประเมินสิ่งแวดล้อมดังกล่าวครอบคลุมลำดับสาขากิจกรรมหรือพื้นที่ที่มีภาคมากกว่าการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมในโครงการใดโครงการหนึ่งหรือกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่ง โดยการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์จะพิจารณาผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่อาจสะสม (cumulative effect) จากการพัฒนาโครงการในพื้นที่ใกล้เคียงกัน รวมทั้งให้ความสำคัญกับการจัดให้มีกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชน ตั้งแต่ระยะเริ่มต้นของนโยบาย แผน และแผนงาน การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์จึงถือได้ว่าเป็นการดำเนินการตามหลักการระมัดระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle)

---

\*บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง มาตรการทางกฎหมายและนโยบายสำหรับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ที่เหมาะสมกับประเทศไทย โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ศาสตราจารย์ ดร.อำนาจ วงศ์บัณฑิตและ ดร.เนาวรัตน์ ไกรพานนท์.

This article is a part of dissertation, "Legal Measures and Policies for Environmental Assessment at a Strategic Level Appropriate to Thailand," This dissertation are in the process of studying. Professor Dr.Amnat Wongbandit and Dr.Nawarat Kripanon are an advisors.

\*\*นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: p.sirinapakul@gmail.com

Student in Doctor of Juridical Science Program, Faculty of Law, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 29 ธันวาคม 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 18 มีนาคม 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 21 มีนาคม 2565.

จากการศึกษาพบว่า ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศหนึ่งที่มีการดำเนินการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์อย่างแพร่หลายและมีประสิทธิภาพ โดยมีการตราพระราชบัญญัติการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 (Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999 (EPBC Act)) ซึ่งได้มีการกำหนดหน่วยงานที่รับผิดชอบรวมทั้งบัญญัติหลักเกณฑ์และขั้นตอนของการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ไว้อย่างเป็นระบบ อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2561) เพียงแค่กล่าวถึงการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ไว้เบื้องต้น แต่ก็ไม่มีการกำหนดหน่วยงานที่รับผิดชอบ รวมถึงไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์และขั้นตอนโดยละเอียดเกี่ยวกับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์แต่อย่างใด ดังนั้น จึงทำให้การพัฒนาและป้องกันผลกระทบสิ่งแวดล้อมขาดการบูรณาการตั้งแต่ระดับการวางนโยบาย แผน และแผนงาน ซึ่งจะส่งผลทำให้การพัฒนาและการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมไม่อาจสอดคล้องกับหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนได้

**คำสำคัญ:** การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์, เอสอีเอ, นโยบาย แผน และแผนงาน

### Abstract

The Strategic Environmental Assessment (SEA) is an environmental assessment at the level of policies, plans, and programs. This type of environmental assessment shall be conducted before environmental impact assessment at project level. The operation of such environment assessment encompasses a sequence of activity field or regional areas rather than an environmental impact assessment in a particular project or activity. The Strategic Environmental Assessment takes into account the cumulative effect of project developments in neighboring areas as well as giving priority to the establishment of public participation processes from the beginning of policies, plans and programs. Therefore, the Strategic Environment Assessment could be regarded as an implementation of the precautionary principle.

According to the study, Australia is one of the countries where Strategic Environmental Assessment is widely implemented and effective. With the enactment of the Environmental Protection and Biodiversity Conservation Act 1999 (EPBC Act), it has established the responsible agency including formulating criteria and procedures for strategic environmental assessment systematically. However, in the case of Thailand, an Enhancement and Conservation of National Environmental Quality Act (No. 2) B.E. 2561 (2018) merely mentioned the Strategic Environmental Assessment preliminarily; there is no specification of responsible agency. In addition, no detailed rules and procedures for strategic environmental assessment have been established. Consequently, the development and prevention of environmental impacts lack integration from the level of making policy, plans, and programs, which will result in the development and solution of environmental problems incompatible with the principles of sustainable development.

**Keywords:** strategic environmental assessment, SEA, policy plan and p rogram

## 1. บทนำ

ณ ปัจจุบัน หลักการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) เป็นกรอบเป้าหมายหลักของการพัฒนาและปกป้องสิ่งแวดล้อมไปพร้อมกัน เพื่อตอบสนองความต้องการของคนในรุ่นปัจจุบัน โดยไม่มีผลกระทบทางลบต่อความต้องการของคนรุ่นอนาคตเป็นที่ยอมรับของนานาชาติ<sup>1</sup> สืบเนื่องมาจากแนวความคิดการพัฒนาในอดีตที่ให้หน่วยงานที่บริหารประเทศต้องเลือกระหว่างการพัฒนาทางเศรษฐกิจ กับการดูแลรักษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่ง<sup>2</sup> ทั้งนี้ รัฐบาลตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ประเทศไทยได้มีนโยบายที่จะส่งเสริมเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมตามแผนการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2504 เป็นต้นมา โดยมีกรอบวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มรายได้และพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชากรและประเทศชาติ<sup>3</sup> อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่าผลลัพธ์จากนโยบายส่งเสริมภาคอุตสาหกรรมที่ผ่านมากลับแสดงให้เห็นปัญหาทรัพยากรธรรมชาติที่เสื่อมโทรมและเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตามลำดับ กล่าวคือ การขยายตัวทางภาคอุตสาหกรรมโดยขาดการวางแผนและจัดการ ทำให้มีการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างฟุ่มเฟือย และสร้างปัญหาแม่น้ำเน่าเสีย เกิดมลพิษทางอากาศ และการปล่อยของเสียออกมาจากโรงงานอุตสาหกรรม จนก่อให้เกิดปัญหาทางด้านกายภาพ และทางด้านสุขภาพอนามัย และคุณภาพชีวิตของประชากร<sup>4</sup>

ปัญหาดังกล่าวไม่ได้พบแต่ในประเทศไทยเท่านั้น แต่สามารถพบได้ในต่างประเทศทั่วโลก จึงทำให้นานาอารยประเทศหันกลับมาให้ความสำคัญต่อการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมากยิ่งขึ้น เห็นได้จากการประชุมนานาชาติเรื่องสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (The United Nations Conference on Environmental and Development) ที่กรุงริโอ เดอจาเนโร ประเทศบราซิล ในปี พ.ศ. 2535 ที่ประชุมได้ผลักดันให้มีการนำเครื่องมือการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

<sup>1</sup>United Nations World Commission on Environment and Development (WCED), *Our Common Future*, 2 ed. (London: Oxford University Press, 1987), p. 43.

<sup>2</sup>โกเมท ทองภิญโญชัย, “การใช้กฎหมายในการป้องกันและแก้ไขมลพิษจากโรงงานอุตสาหกรรม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 69.

<sup>3</sup>มีทยา จารุพันธ์ และ สุนีย์ มัลลิกะมาส, *กฎหมายควบคุมสภาวะแวดล้อมสำหรับโรงงานอุตสาหกรรม*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยสภาวะแวดล้อม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 36-38.

<sup>4</sup>สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, *แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่สี่ พ.ศ. 2520-2524* [Online], available URL: [http://www.nesdb.go.th/ewt\\_dl\\_link.php?nid=3779,2564](http://www.nesdb.go.th/ewt_dl_link.php?nid=3779,2564) (มกราคม, 20).

(Environmental Impact Assessment (EIA) มาปรับใช้กับการพัฒนาประเทศ<sup>5</sup> โดยไม่ต้องรอให้มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ว่าการพัฒนาโครงการจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่ แต่ต้องจัดให้มีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมไว้ก่อนเพื่อป้องกันผลกระทบสิ่งแวดล้อมซึ่งอาจเกิดขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการป้องกันไว้ก่อน (Precautionary Principle)<sup>6</sup> ในการนี้ สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่ได้บัญญัติแนวทางการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมไว้ภายใต้พระราชบัญญัตินโยบายสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ 1969 (National Environmental Policy Act of 1969 (NEPA))<sup>7</sup> จนกลายเป็นต้นแบบให้นานาประเทศนำหลักการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมมาบัญญัติใช้เป็นกฎหมายสำหรับการจัดการสิ่งแวดล้อม<sup>8</sup>

สำหรับประเทศไทยนั้น มีการนำหลักการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมมาใช้ครั้งแรกภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518 และมีการกำหนดประเภทและขนาดของโครงการที่ต้องมีรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมโดยประกาศกระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีและการพลังงาน เรื่อง กำหนดประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจการที่ต้องมีรายงานเกี่ยวกับการศึกษาและมาตรการป้องกันและแก้ไขผลกระทบกระเทือนต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม<sup>9</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะมีการนำเครื่องมือการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมมาบัญญัติใช้เป็นมาตรการบังคับทางกฎหมายเป็นเวลายาวนานกว่าสี่ทศวรรษ แต่จากรายงานการศึกษาหลายฉบับพบว่าประเทศไทยยังมีปัญหาการบังคับใช้เครื่องมือดังกล่าวหลายประการด้วยกัน ตัวอย่างเช่น มีโครงการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหลายโครงการที่ไม่ได้อยู่ในบังคับตามกฎหมายจะต้องจัดทำ

---

<sup>5</sup>Rio declaration Principle 17 Environmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have a significant adverse impact on the environment and are subject to a decision of a competent national authority.

<sup>6</sup>Rio declaration Principle 15 In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.

<sup>7</sup>John Glasson, Riki Therivel and Andrew Chadwick., **Introduction to Environmental Impact Assessment**, 2ed. (New York: Routledge-Cavendish, 2005), p.14.

<sup>8</sup>Ibid., pp. 65-66.

<sup>9</sup>อริการัตน์ นิยมไทย, “หลักการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม,” **วารสารจุลนิติ** 49, 2 (เมษายน 2540): 143.

รายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม<sup>10</sup> การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมมีข้อจำกัดเรื่องของงบประมาณและระยะเวลาทำให้รายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมไม่มีคุณภาพเท่าที่ควร<sup>11</sup> การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหลายโครงการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในขั้นตอนสุดท้ายของการจัดทำรายงานจนเกิดการคัดค้านและเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาโครงการในช่วงเวลาต่อมา ในบางโครงการเจ้าของโครงการสามารถหลีกเลี่ยงการจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมโดยพัฒนาโครงการให้มีขนาดน้อยกว่าที่กฎหมายบัญญัติ แต่ดำเนินการก่อสร้างโครงการในลักษณะเดียวกันในพื้นที่ติดต่อกับโครงการแรก ประการสุดท้าย คือ รายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมไม่ได้พิจารณาผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่อาจสะสม (Cumulative Effect) จากการพัฒนาโครงการในพื้นที่ใกล้เคียงกัน<sup>12</sup>

จากข้อจำกัดดังกล่าว ประกอบกับหลักการการบริหารประเทศที่ต้องให้ความสำคัญต่อการวางแผนตามหลักการป้องกันไว้ก่อน หลายประเทศจึงพัฒนาเครื่องมือการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมในระดับก่อนโครงการ (Pre Environmental Assessment) ซึ่งให้ความสำคัญกับผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่คาดการณ์ล่วงหน้าในระดับนโยบาย แผน และแผนงาน (Policy Plan and Program: PPP) หรือเรียกว่า “การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ (Strategic Environmental Assessment หรือตัวย่อ SEA)” ขึ้น โดยการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ประกอบไปด้วยหลักการสำคัญ 6 ประการ ดังนี้

- 1) การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เป็นการประเมินนโยบาย แผน และแผนงาน
- 2) การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ให้ความสำคัญก่อนการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม
- 3) การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ให้ความสำคัญกับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับสาขากิจกรรมหรือพื้นที่ภูมิภาคที่จะดำเนินการในอนาคต
- 4) การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ต้องมีการประเมินคุณค่าทรัพยากรธรรมชาติ 4 ประการ
- 5) การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ต้องมีการพิจารณาผลกระทบสิ่งแวดล้อมแบบสะสมและ
- 6) การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ต้องสร้างกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนผู้มีส่วนได้ส่วนเสียตั้งแต่เริ่มแผนยุทธศาสตร์

<sup>10</sup>โรจน์จรรย์ ด่านสวัสดิ์, การประเมินสิ่งแวดล้อมเชิงยุทธศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (สงขลา: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2541), หน้า 25-27.

<sup>11</sup>กรมควบคุมมลพิษ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษา ข้อเสนอแนะการปรับปรุงกลไกการควบคุมและบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 82.

<sup>12</sup>ฉัตรไชย รัตนไชย, การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 185.

สำหรับประเทศไทยการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการศึกษาวิจัยเรื่อง “การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ที่เหมาะสมกับประเทศไทย: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายและหน่วยงานของเครือรัฐออสเตรเลีย” น่าจะเกิดประโยชน์ต่อการพัฒนาระบบการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยต่อไปในอนาคต

## 2. ความหมายและแนวความคิดการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์

ในหัวข้อนี้จะแบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ หัวข้อ 2.1 จะกล่าวถึงความหมายของการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์และหัวข้อ 2.2 จะกล่าวถึงแนวความคิดของการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ ทั้งนี้ เพื่อให้เข้าใจถึงหลักการและแนวความคิดของการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ต่อไป

### 2.1 ความหมายของการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์

จากการศึกษาพบว่า การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ หมายถึง การประเมินสิ่งแวดล้อมในระดับนโยบาย แผน และแผนงาน<sup>13</sup> ของกลุ่มโครงการ หรือกิจกรรมในระดับสาขากิจกรรม หรือพื้นที่ภูมิภาค<sup>14</sup> ซึ่งครอบคลุมพื้นที่มากกว่าโครงการใดโครงการหนึ่ง หรือกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่ง การประเมินสิ่งแวดล้อมรูปแบบนี้จะนำมาใช้สำหรับการวางแผนระดับยุทธศาสตร์ของประเทศโดยให้ความสำคัญต่อเศรษฐกิจ สังคม ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมไปพร้อมกัน พร้อมทั้งเป็นการป้องกันผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมแบบสะสม กระบวนการจัดทำ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ จึงมีการกำหนดทางเลือกในการพัฒนาเพื่อให้เกิดความยั่งยืนในระดับมหัพภาค<sup>15</sup> โดยมีมาตรการป้องกันและแก้ไขผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม ตลอดจนมาตรการติดตามและตรวจสอบภายหลังการดำเนินการพัฒนาในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง หรือสาขาใดสาขาหนึ่ง รวมทั้งหน่วยงานราชการต้องจัดให้มีกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนผู้มีส่วนได้ส่วนเสียตั้งแต่เริ่มแผนยุทธศาสตร์ไปจนถึงขั้นตอนสิ้นสุดการพัฒนา

---

<sup>13</sup>Carys Jones and others, *Strategic Environmental Assessment and Land Use Planning*, 2ed. (London: Earthscan, 2005), p. 37.

<sup>14</sup>Ibid., pp. 66.

<sup>15</sup>Angus Morrison-Saunders and Jos Arts, *Assessing Impact: Handbook of EIA and SEA Follow-up*, (London: Earthscan, 2004), p. 48.

## 2.2 แนวความคิดของการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์

แนวความคิดหลักของการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์สามารถแบ่งเป็น 6 หัวข้อด้วยกัน ดังนี้

### 2.2.1 การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เป็นการประเมินนโยบาย แผน และแผนงาน

สืบเนื่องจากแนวความคิดการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมมีข้อจำกัดหลายประการตามที่กล่าวมาและเป็นการดำเนินการขั้นตอนสุดท้ายของการพัฒนาภายใต้วงจรการประเมินสิ่งแวดล้อม ดังนั้น เพื่อปรับปรุงแก้ไขกระบวนการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่อาจล่าช้าเกินไป<sup>16</sup> หลายประเทศจึงมีแนวความคิดว่าสมควรต้องมีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมในระดับก่อนโครงการ (Pre Environmental Assessment)<sup>17</sup> หรือ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ขึ้น เพื่อให้ประเมินสิ่งแวดล้อมในช่วงต้นในระดับนโยบาย แผน และแผนงานการดำเนินการดังกล่าวก่อให้เกิดความชัดเจนว่านโยบาย แผน และแผนงาน<sup>18</sup> ประเภทใดบ้างที่ต้องมีการกลั่นกรองหรือจัดทำแผนยุทธศาสตร์ก่อนนำไปใช้ปฏิบัติ

### 2.2.2 การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เป็นการดำเนินการก่อนการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

จากที่กล่าวมาในหัวข้อ 2.2.1 การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เป็นการดำเนินการระดับนโยบาย แผน และแผนงานก่อนการจัดทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมระดับโครงการ โดยการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมโครงการ หรือการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม หมายถึง การประเมินผลกระทบที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการพัฒนาในระดับโครงการโดยพิจารณาหลักการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมไปอย่างควบคู่กัน ในมิติผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ

<sup>16</sup>Riki Therivel, *Strategic Environmental Assessment in Action*, (London: Earthscan, 2004), p.79.

<sup>17</sup>Ibid, p. 80.

<sup>18</sup>จากการศึกษาพบว่า ในทางทฤษฎีการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์สามารถนำไปปรับใช้ในระดับนโยบาย แผน และแผนงาน แต่ในหลายประเทศมีการนำการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ไปปรับใช้เฉพาะแผนและแผนงานเช่นเดียวกับร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรมีบทบัญญัติให้ชัดเจนว่า นโยบาย แผน และแผนงาน ในแต่ละระดับที่ต้องมีขอบเขตการจัดทำการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์มากน้อยเพียงใด นโยบาย แผน และแผนงาน มีความครอบคลุมในเชิงหลักการแค่ไหน สำหรับความคิดของผู้เขียนเห็นว่า นโยบาย (Policy) หมายถึง การกำหนดแนวทางการพัฒนาประเทศในระยะยาวโดยมีกรอบวัตถุประสงค์ วิสัยทัศน์ ไว้อย่างชัดเจนแต่อาจจะยังไม่มีวิธีการดำเนินการที่เป็นรูปธรรม แผน (Plan) หมายถึง การดำเนินการพัฒนาโดยมีการกำหนดเป้าหมาย วิสัยทัศน์ ตลอดจนวิธีการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายที่กำหนดไว้ และแผนงาน (Program) หมายถึง การกำหนดแนวทางเชิงปฏิบัติเพื่อนำไปปรับใช้ในเชิงพื้นที่ หรือสาขา ที่เกี่ยวข้องกับแผนเพื่อให้มีการดำเนินการที่เป็นรูปธรรม.

คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิตหรือส่วนได้ส่วนเสียอื่นใดของประชาชนหรือชุมชน<sup>19</sup> โดยผ่านกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนเพื่อกำหนดมาตรการปรับปรุงแก้ไขผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากโครงการ ตลอดจนกำหนดมาตรการติดตามและตรวจสอบผลกระทบในระยะก่อสร้างและดำเนินการโครงการดังกล่าว

เมื่อเปรียบเทียบความหมายระหว่างการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ ในหัวข้อ 2.1 และการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมระดับโครงการแล้ว จะพบว่าการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เป็นการดำเนินการในระดับภาพรวม ตามพื้นที่หรือตามสาขาซึ่งจะต้องมีการพิจารณาการพัฒนามากกว่าการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมระดับโครงการซึ่งพิจารณาการพัฒนาในพื้นที่ที่จำกัด และการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ยังเป็นการดำเนินการในลำดับก่อนการจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมระดับโครงการ<sup>20</sup> จะเห็นได้ว่า การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เป็นการดำเนินการในระดับนโยบาย แผน และแผนงานที่ก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านการวางแผนการพัฒนามากกว่าการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมระดับโครงการที่จะดำเนินการในภายหลัง

2.2.3 การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เป็นการประเมินกลุ่มโครงการในระดับสาขากิจกรรมหรือพื้นที่ภูมิภาค

การประเมินสิ่งแวดล้อมตามหลักการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทที่หนึ่ง การพิจารณาประเมินสิ่งแวดล้อมในระดับสาขากิจกรรม (Sectoral Environmental Assessment) หมายถึง การประเมินสิ่งแวดล้อมแบบกลุ่มโครงการหรือกิจกรรมที่มีลักษณะการประกอบกิจกรรมลักษณะเดียวกันหลาย ๆ โครงการโดยไม่ได้อิงกับพื้นที่และการดำเนินการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบสิ่งแวดล้อมแบบสะสมได้ ตัวอย่างเช่น การประเมินสิ่งแวดล้อมสาขาพลังงาน การประเมินสิ่งแวดล้อมสาขาคมนาคมขนส่ง ประเภทที่สอง การพิจารณาประเมินสิ่งแวดล้อมในระดับพื้นที่ (Regional Environmental Assessment) หมายถึง การประเมินสิ่งแวดล้อมแบบกลุ่มโครงการหรือกิจกรรมที่มีความสัมพันธ์ในระดับพื้นที่ซึ่งประกอบด้วยโครงการหรือกิจกรรมที่หลากหลายในพื้นที่ใกล้เคียงกัน<sup>21</sup> ตัวอย่างเช่น การประเมินสิ่งแวดล้อมในนิคมอุตสาหกรรม การประเมินสิ่งแวดล้อมพื้นที่ผังเมือง การประเมินสิ่งแวดล้อมเขตเศรษฐกิจพิเศษ เป็นต้น

---

<sup>19</sup>พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561), มาตรา 46.

<sup>20</sup>ฉัตรไชย รัตนไชย, เรื่องเดิม, หน้า 185.

<sup>21</sup>Riki Therivel, op. cit., p. 82.

#### 2.2.4 การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ให้ความสำคัญกับผลกระทบสิ่งแวดล้อมแบบสะสม

การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์มีความซับซ้อนในเรื่องผลกระทบมากกว่าการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมโครงการ กล่าวคือ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ให้ความสำคัญกับผลกระทบสิ่งแวดล้อมแบบสะสมซึ่งอาจเกิดขึ้นจากโครงการหลาย ๆ โครงการหรือกลุ่มโครงการหรือกิจกรรมซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบสิ่งแวดล้อมแบบรวมกัน หรืออาจก่อให้เกิดผลกระทบสิ่งแวดล้อมแบบสะสมซึ่งส่งผลกระทบรุนแรงกว่าผลกระทบสิ่งแวดล้อมแบบรวมกัน<sup>22</sup> ตัวอย่างเช่น โครงการหนึ่งปล่อยมลภาวะออกมาเพียงอย่างเดียวอาจไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของประชาชนแต่เมื่อมีการพัฒนาโครงการที่สองในพื้นที่ใกล้เคียงกันโดยเมื่อโครงการที่สองปล่อยของเสียออกมาเมื่อรวมกับของเสียในโครงการแรกแล้วอาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงกว่าผลรวมของผลกระทบสิ่งแวดล้อมในแต่ละโครงการ ในขณะที่ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นจากโครงการเดียวมักจะเป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นโดยตรงภายในพื้นที่โครงการและไม่มีความซับซ้อนมากนัก ตัวอย่างเช่น การเพิ่มขึ้นของประชากรส่งผลให้ปริมาณขยะเพิ่มมากขึ้น เป็นต้น

#### 2.2.5 การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์พิจารณาการประเมินคุณค่าทางสิ่งแวดล้อม 4 ประการ

การประเมินคุณค่าทางสิ่งแวดล้อม 4 ประการเป็นหลักการสำคัญที่นำมาปรับใช้เพื่อประเมินการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เช่นเดียวกับการจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่กำหนดโดยสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หลักการดังกล่าว ประกอบไปด้วย<sup>23</sup> 1) การประเมินทรัพยากรทางกายภาพ หมายถึง การประเมินคุณภาพน้ำ มลพิษทางอากาศ คุณค่าทางธรณีวิทยา 2) การประเมินทรัพยากรทางชีวภาพ หมายถึง การประเมินความหลากหลายของสิ่งมีชีวิตทั้งบนบก ในน้ำ และอากาศ 3) การประเมินทรัพยากรคุณค่าการใช้ประโยชน์ของมนุษย์ หมายถึง การประเมินปัจจัยทางสิ่งแวดล้อมที่เอื้ออำนวยต่อการพัฒนาคุณภาพชีวิตของมนุษย์ เช่น การประเมินผลกระทบจากการประกอบอุตสาหกรรม เกษตรกรรม การจัดการน้ำเพื่อการอุปโภคบริโภค การจัดการไฟฟ้าและพลังงาน การจัดการคมนาคมขนส่ง และสาธารณสุข สาธารณูปโภค และ 4) การประเมินคุณค่าคุณภาพชีวิตของมนุษย์ หมายถึง การประเมินคุณค่าที่มี

<sup>22</sup>Ibid., p. 84.

<sup>23</sup>ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดโครงการ กิจกรรม หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม และหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ฉบับลงวันที่ 4 มกราคม พ.ศ. 2562.

ลักษณะเป็นนามธรรมที่ส่งผลต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ เช่น การพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม การจ้างงาน การบริการสาธารณสุข การศึกษา ตลอดจนคุณค่าทางศิลปวัฒนธรรม โบราณสถาน โบราณวัตถุ เป็นต้น

2.2.6 กระบวนการมีส่วนร่วมของชุมชนเป็นปัจจัยสำคัญของการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์

การมีส่วนร่วมของชุมชนหรือผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย (Public Participation) เป็นปัจจัยสำคัญของการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ เนื่องจากการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เป็นการประเมินนโยบาย แผน และแผนงาน ก่อนมีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมระดับโครงการ ในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เป็นการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อนโครงการที่มีความสัมพันธ์กับการจัดทำนโยบายและแผน ซึ่งนโยบายและแผนส่วนใหญ่นั้นริเริ่มโดยหน่วยงานราชการส่วนกลาง ในขณะที่การดำเนินการต้องมีการจัดทำแผนงาน ซึ่งอยู่ในระดับล่างของการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์อาจอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานราชการส่วนกลาง หน่วยงานราชการส่วนภูมิภาค หรือหน่วยงานราชการส่วนท้องถิ่นในการจัดทำแผนงานไปปฏิบัติให้เป็นรูปธรรม กระบวนการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียจัดเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สะท้อนให้เห็นความต้องการที่แท้จริงของประชาชนในพื้นที่และความรับผิดชอบต่อผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการพัฒนา<sup>24</sup> ทั้งนี้ แนวทางการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ที่ดีต้องให้ความสำคัญต่อการมีส่วนร่วมของประชาชนตั้งแต่การริเริ่มจัดทำแผนยุทธศาสตร์ต่อเนื่องจนถึงขั้นตอนสิ้นสุดการพัฒนา<sup>25</sup>

เมื่อมีการศึกษาความหมายและแนวความคิดสำหรับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์แล้วในหัวข้อต่อมาจะเป็นการศึกษาหลักการจัดทำ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ ระบบกฎหมาย ตลอดจนองค์กรหรือสถาบันที่รับผิดชอบในการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศออสเตรเลียโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอประโยชน์ ข้อจำกัดในการจัดทำ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศออสเตรเลียก่อนนำมาเปรียบเทียบกับหลักการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศไทยในปัจจุบันต่อไป

### 3. หลักการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศออสเตรเลีย

การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ คือ กระบวนการที่มีความมุ่งหมายเพื่อช่วยสนับสนุนการตัดสินใจในการกำหนดนโยบาย แผน หรือแผนงาน โดยมีการให้ความสำคัญกับประเด็นทาง

---

<sup>24</sup>โรจน์จรรย์ ด่านสวัสดิ์, ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการวางแผนจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างผสมผสานแบบยืดหยุ่น (สงขลา: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2540), หน้า 15.

<sup>25</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า17.

สิ่งแวดล้อมและประเด็นที่เกี่ยวกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนในประเด็นต่าง ๆ ในการตัดสินใจและการกำหนดนโยบายดังกล่าว ทั้งนี้ จะมีการดำเนินการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในช่วงการวางแผนโครงการตอนต้น (earlier in the project planning phase) และจะเน้นที่กระบวนการระดับยุทธศาสตร์ ซึ่งได้แก่ นโยบาย แผน และแผนงาน ลักษณะดังกล่าวจึงมีความแตกต่างจากการประเมินสิ่งแวดล้อมในระดับโครงการ เช่น การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIA)<sup>26</sup>

### 3.1 การนำหลักการการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เข้ามาใช้ในประเทศออสเตรเลีย

สำหรับในประเทศออสเตรเลีย เป็นที่ทราบกันดีว่าการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์หรือการประเมินระดับยุทธศาสตร์ (Strategic Assessment) นั้น เป็นกระบวนการที่ใช้ในการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมในระดับนโยบาย แผน และแผนงาน ทั้งนี้ กระบวนการดังกล่าวจะทำให้มีการพิจารณาผลกระทบสิ่งแวดล้อมจากการดำเนินการยุทธศาสตร์ต่าง ๆ ที่นอกเหนือไปจากการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมในระดับโครงการ โดยการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์จะพิจารณาถึงผลกระทบสะสม (cumulative effects) ที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมด้วย รวมทั้งการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ยังจะช่วยลดความซ้ำซ้อนและเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการดำเนินโครงการ<sup>27</sup>

สำหรับความเป็นมาของการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในประเทศออสเตรเลียนั้น เริ่มตั้งแต่ปี ค.ศ. 1999 ได้มีการพิจารณาประสิทธิภาพการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์จากต่างประเทศเพื่อนำมาแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (ผลกระทบของข้อเสนอ) ค.ศ. 1974 (Environment Protection (Impact of Proposals) Act 1974 (Cth)) หลังจากนั้นก็มีกร่างพระราชบัญญัติการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการ

<sup>26</sup>อนึ่ง แนวคิดเรื่องการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์และการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนโยบายสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (The National Environmental Policy Act (NEPA)) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1960 อย่างไรก็ตาม การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เพิ่งถูกนำมาใช้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้นในช่วง ค.ศ. 1990 เนื่องจากมีความต้องการที่จะแก้ไขความด้อยประสิทธิภาพของการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมและการประเมินระดับโครงการอื่น ๆ และ Mitchell Ross and Zsuzsa Banhalmi-Zakar, Just how 'strategic' are Strategic Environmental Assessments? An assessment of the strategic nature of Australian Strategic Assessments under the EPBC Act (1999) [Online], available URL: <https://conferences.iaia.org/2019/uploads/edited-presentations/Final%20Paper%20Ross%20385.pdf>, 2021 (July, 22).

<sup>27</sup>Monica Fundingsland Tetlow and Marie Hanusch, "Strategic Environmental Assessment: The State of the Art," *Journal of Impact Assessment and Project Appraisal* 30, 2 (January 2012): 15.

อนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 (Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999 หรือตัวย่อ EPBC Act) ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้มีการตราบทบัญญัติเกี่ยวกับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ไว้อย่างชัดเจนและเป็นครั้งแรกสำหรับประเทศออสเตรเลีย<sup>28</sup>

ในช่วงระหว่าง 10 ปีแรกของการบังคับใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ จะเห็นได้ว่าการยื่นคำขออนุญาตดำเนินการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์นั้น โดยส่วนมากจะมาจากกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการประมง ทั้งนี้ เนื่องจากมีบทบัญญัติที่ชัดเจนกำหนดให้กิจกรรมประเภทนี้ต้องมีการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ อย่างไรก็ตาม แม้การดำเนินการในช่วงต้นจะประสบความสำเร็จเป็นอย่างมากแต่ก็มีข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการนำบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวไปบังคับใช้ ด้วยเหตุดังกล่าวส่งผลให้ในปี ค.ศ. 2006 มีการผลักดันให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าว โดยให้มีแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ว่าให้มีการยื่นข้อเสนอระดับยุทธศาสตร์ (strategic proposals) ต่อกระทรวงสิ่งแวดล้อมในระดับสหพันธรัฐ เพื่อที่จะได้ดำเนินการประเมินสิ่งแวดล้อมในระดับยุทธศาสตร์สำหรับการวางแผนการดำเนินโครงการในลักษณะต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้นจากบทบัญญัติดังกล่าวส่งผลทำให้เกิดการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในแผนโครงการแหล่งกักเก็บก๊าซธรรมชาติเหลว (LNG) ที่ตั้งอยู่บริเวณ James Price Point ทั้งนี้เพื่อประมวลผลทางด้านทรัพยากรจากแอ่งตะกอน Browse Basin ในมลรัฐออสเตรเลียตะวันตก (Western Australia)<sup>29</sup>

ต่อมา ในปี ค.ศ. 2009 ได้มีการเผยแพร่รายงานการทบทวนอิสระเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 (พระราชบัญญัติ EPBC) ซึ่งเป็นรายงานที่เกิดขึ้นตามคำแนะนำของวุฒิสภา ในรายงานการทบทวนอิสระฉบับนี้เสนอแนะให้การเพิ่มเติมแนวทางระดับยุทธศาสตร์ (strategic approach) ในการจัดการสิ่งแวดล้อม และให้มีการปรับโครงสร้างของพระราชบัญญัติฉบับข้างต้น โดยมีการเพิ่มเติมในบทบัญญัติเกี่ยวกับแนวทางระดับยุทธศาสตร์และภูมิทัศน์สำหรับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นการเฉพาะ ซึ่งจะรวมไปถึงแนวทางในการจัดทำประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ (ปัจจุบัน คือ หมวดที่ 10 แห่งพระราชบัญญัติ EPBC)<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup>Simon Marsden, "A Critique of Australian Environmental Law Reform for Strategic Environmental Assessment," *University of Tasmania Law Review* 15, 2 (August 2013): 276-277.

<sup>29</sup>Ibid., p. 277.

<sup>30</sup>Ibid., p. 278.

และเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการวางแผนความหลากหลายทางชีวภาพเชิงภูมิภาค (bioregional planning) (ปัจจุบัน คือ หมวดที่ 12 แห่งพระราชบัญญัติ EPBC) รวมทั้งเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อตกลงในการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ (conservation agreements) (ปัจจุบัน คือ หมวดที่ 12 แห่งพระราชบัญญัติ EPBC)<sup>31</sup>

### 3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในประเทศออสเตรเลีย

การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ หรือที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ EPBC ด้วยคำว่า “การประเมินระดับยุทธศาสตร์” ได้รับการบัญญัติไว้ในหมวดที่ 10 แห่งพระราชบัญญัติ EPBC (มาตรา 146 - มาตรา 154) บทบัญญัติในหมวดนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่จะตรวจสอบและอนุมัติชุดข้อเสนอหรือการพัฒนาหลายโครงการที่มีความเกี่ยวข้องกันในระดับและระยะเวลาที่มีขนาดใหญ่มากขึ้น แม้จะพัฒนาโครงการไม่ทราบว่าโครงการที่ตนดำเนินงานนั้นจะต้องได้รับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ก็ตาม<sup>32</sup>

การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์สามารถแบ่งกระบวนการออกได้ เป็น 2 ขั้นตอนใหญ่ กล่าวคือ ขั้นตอนแรก การประเมินผลและการรับรองนโยบาย แผน หรือแผนงาน (ในขั้นตอนจะเรียกว่า โครงการ) ขั้นตอนที่สอง การอนุมัติข้อเสนอการพัฒนา (หรือประเภทของข้อเสนอการพัฒนา) ที่เกี่ยวข้องกับโครงการ ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนที่สองที่อาจช่วยให้การดำเนินการพัฒนาโครงการขนาดใหญ่ (ซึ่งอาจประกอบไปด้วยหลายโครงการย่อย) สามารถดำเนินต่อไปในพื้นที่บริเวณกว้างโดยไม่ต้องมีการประเมินสิ่งแวดล้อมในระดับโครงการ (ย่อย) อีก

สำหรับขั้นตอนการดำเนินการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ มีการบัญญัติบททั่วไปไว้ในมาตรา 146 แห่งพระราชบัญญัติ EPBC ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้<sup>33</sup>

<sup>31</sup>อนึ่ง มีนักวิชาการบางส่วนเห็นว่า “การวางแผนความหลากหลายทางชีวภาพเชิงภูมิภาค” มีความแตกต่างจาก “การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์” เนื่องจากการวางแผนความหลากหลายทางชีวภาพเชิงภูมิภาคเป็นแนวทางในการจัดการสิ่งแวดล้อมที่มุ่งเน้นระบบนิเวศมากกว่าเขตพื้นที่ที่ใช้ในการกำหนดกรอบการวางแผนระดับภูมิภาค โดยทั่วไปแต่การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ จะประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในเชิงลบหรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้แม้ไม่เจตนาจะทำให้เกิดขึ้นจากการดำเนินงานตามแผนเหล่านั้น การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์โดยทั่วไปจะดำเนินการในช่วงการเตรียมการดำเนินโครงการ.

<sup>32</sup>Department of Agriculture, Water and the Environment, *A guide to undertaking strategic assessments* [Online], available URL: <https://www.environment.gov.au/epbc/publications/guide-under-taking-strategic-assessments>, 2021 (May, 3).

<sup>33</sup>Simon Marsden, op. cit., pp. 279-281.

1) หลักเกณฑ์ของการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในพระราชบัญญัติ EPBC นั้น โดยส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้มีอำนาจอนุมัติ โดยถ้าข้อเสนอการพัฒนาระดับยุทธศาสตร์ใด มีแนวโน้มที่จะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมีนัยสำคัญในประเด็นที่มีความสำคัญด้านสิ่งแวดล้อมระดับชาติ เช่น พื้นที่มรดกโลกที่มีการจดทะเบียน จะมีการจัดทำข้อตกลงระหว่างผู้ยื่นข้อเสนอ (ซึ่งอาจจะเป็น รัฐบาลแห่งมลรัฐ หรือผู้มีส่วนได้ส่วนเสียอื่น ๆ) กับรัฐบาลออสเตรเลีย (รัฐบาลระดับสหพันธรัฐ) ว่า จะมีการการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ EPBC<sup>34</sup> การดำเนินการดังกล่าวอาจช่วยให้สามารถยกเว้นขั้นตอนการอนุมัติโครงการในระดับโครงการได้ แต่หากไม่สามารถบรรลุข้อตกลงได้ ผู้ยื่นข้อเสนอจะต้องมีการยื่นข้อเสนอแต่ละโครงการที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเพื่อทำการประเมินผลกระทบอีกครั้ง

2) หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการเกษตร น้ำ และสิ่งแวดล้อม และผู้ยื่นข้อเสนอการพัฒนาสามารถบรรลุข้อตกลงที่จะดำเนินการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ได้ ก็จะมีการร่างข้อกำหนดในการดำเนินการจัดทำรายงานการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ (Terms of Reference (ToR)) ขึ้นมา และให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงข้างต้น ร่างข้อกำหนดในการดำเนินการ ฯ ดังกล่าว จะรับฟังความคิดเห็นของสาธารณชน (Public Comment) ด้วย หลังจากนั้น จะต้องมีการนำความคิดเห็นของสาธารณชนเข้ามาปรับปรุงแก้ไขร่างข้อกำหนดในการดำเนินการ ฯ ก่อนที่จะนำข้อกำหนดในการดำเนินการ ฯ ฉบับสมบูรณ์เสนอต่อ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการเกษตร น้ำ และสิ่งแวดล้อมแห่งออสเตรเลีย ต่อมาจะต้องมีการจัดทำรายงานการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามข้อกำหนดการดำเนินการฯ ซึ่งร่างรายงานนี้จะต้องมีการเปิดเผยต่อสาธารณชนเพื่อรับฟังความคิดเห็นภายใน 28 วัน ต่อมาจะต้องมีการนำความคิดเห็น ที่ถูกรับฟังได้เข้ามาแก้ไขปรับปรุงร่างรายงานการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ก่อนที่จะ เสนอรายงานสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ฉบับสมบูรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการเกษตร น้ำ และสิ่งแวดล้อมต่อไป รัฐมนตรี ฯ จะเป็นผู้ทำคำแนะนำ (Recommendations) ที่เกี่ยวข้องกับ โครงการหรือแผนการดำเนินโครงการนั้น ในท้ายที่สุด หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการเกษตร น้ำ และสิ่งแวดล้อมเห็นว่าแผนดังกล่าวสามารถจัดการกับผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมได้อย่างเหมาะสม หรือเห็นว่ามีปรับเปลี่ยนแผนตามคำแนะนำของรัฐมนตรีแล้ว หรือได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ ในการรับรองแผน (Endorsement Criteria) ตามที่กำหนดแล้ว รัฐมนตรี ฯ ก็จะรับรองแผนการ ดำเนินโครงการ<sup>35</sup>

<sup>34</sup>Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999, part 10, division 1.

<sup>35</sup>Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999, Section 146(1) – 146(2).

3) หลักเกณฑ์ในการรับรองแผนนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงในแต่ละฉบับและได้รับการออกแบบขึ้นเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับการตัดสินใจของรัฐมนตรี ทั้งนี้ จะได้ช่วยลดความท้าทายที่อาจเกิดขึ้นได้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการเน้นย้ำให้เห็นว่าพระราชบัญญัติ EPBC อนุญาตให้รัฐมนตรีสามารถอนุมัติข้อเสนอการพัฒนา (หรือประเภทของข้อเสนอการพัฒนา) หากข้อเสนอ นั้นเป็นไปตามนโยบาย แผน หรือแผนงานที่ได้รับการรับรองแล้ว กรณีดังกล่าวทำให้ผลกระทบของข้อเสนอที่ได้รับการรับรองแล้วไม่ต้องได้รับการรับรองจากรัฐมนตรีอีก อย่างไรก็ตาม รัฐมนตรีจะต้องใช้ดุลพินิจในการรับรองนโยบาย แผน หรือแผนงาน พิจารณาประเด็นที่มีความสำคัญต่อสิ่งแวดล้อมในระดับชาติ ประเด็นด้านเศรษฐกิจ และประเด็นทางสังคม รวมทั้งยังต้องคำนึงถึงหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนด้วย

### 3.3 องค์การที่เกี่ยวข้องกับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในประเทศออสเตรเลีย

สำหรับในส่วนนี้ จะขอแนะนำเฉพาะองค์กรในระดับสหพันธรัฐเท่านั้น ในปัจจุบันองค์กรในระดับสหพันธรัฐที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการประเมินผลสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ คือ กระทรวงการเกษตร น้ำ และสิ่งแวดล้อม (Department of Agriculture, Water and the Environment) โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงดังกล่าวจะเป็นผู้ตัดสินใจอนุมัติเกี่ยวกับการประเมินระดับยุทธศาสตร์ ทั้งนี้ คำขอหรือการพัฒนาใด ๆ ที่มีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อประเด็นที่มีความสำคัญด้านสิ่งแวดล้อมระดับชาติ (matters of national environmental significance (MNES)) 7 ประการตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ EPBC ประกอบด้วยแหล่งมรดกโลกและมรดกแห่งชาติ พื้นที่ชุ่มน้ำ ชนิดพันธุ์ที่ถูกคุกคามและชุมชนทางนิเวศวิทยา ชนิดพันธุ์ย้ายถิ่น การกระทำทางนิวเคลียร์ สิ่งแวดล้อมทางทะเล อุทยานทางทะเล Great Barrier Reef นั้น จะต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการเกษตร น้ำ และสิ่งแวดล้อมทั้งสิ้น<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup>Department of Agriculture, Water and the Environment, **A guide to undertaking strategic assessments** [Online], 3 May 2020. Source: <https://www.environment.gov.au/epbc/publications/guide-undertaking-strategic-assessments>.



แผนภาพที่ 1 การดำเนินการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ภายใต้พระราชบัญญัติการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 ประเทศออสเตรเลีย<sup>37</sup>

<sup>37</sup>Department of agriculture, water and environment, **Strategic Assessment** [Online], available URL: [https://www.environment.gov.au/system/files/resources/0896f6de-4473-4c0e-bb2a-1ceeae34867c/files/strategic-assessment-guide\\_1.pdf](https://www.environment.gov.au/system/files/resources/0896f6de-4473-4c0e-bb2a-1ceeae34867c/files/strategic-assessment-guide_1.pdf), 2021 (May, 3).

จะเห็นว่าหลักการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศออสเตรเลียมีการกำหนดแนวทางจัดทำ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ไว้อย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 (EPBC Act) โดยประกอบไปด้วยขั้นตอนต่าง ๆ ในการดำเนินการ ตลอดจนองค์กรที่รับผิดชอบในการจัดทำนโยบาย แผน และแผนงาน องค์กรที่พิจารณา เสนอแนะให้ปรับปรุงแก้ไขก่อนที่จะอนุญาตให้มีการนำนโยบาย แผน และแผนงานไปใช้ปฏิบัติอย่างชัดเจน

#### 4. หลักการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศไทย

เพื่อให้การศึกษาแนวทางการจัดทำ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอกรอบแนวทางการพัฒนาการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ โดยสามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 หัวข้อ ได้แก่ กรอบการพิจารณาการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในเชิงสถาบันหรือหน่วยงาน และกรอบการพิจารณาการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในเชิงกฎหมาย

##### 4.1 กรอบการพิจารณาการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในเชิงสถาบันหรือหน่วยงานของประเทศไทย

การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศไทยได้รับการรับรองไว้อย่างเป็นทางการครั้งแรกในแผนพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2550-2554) ต่อมา คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติได้แต่งตั้งให้มีคณะกรรมการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ขึ้น (ชื่อเดิมคณะกรรมการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมเชิงพื้นที่)<sup>38</sup> เมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2548 โดยได้มีการประชุมคณะกรรมการหลายครั้ง และมีการจัดทำคู่มือการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์<sup>39</sup> ทั้งนี้ มีหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ ได้แก่ สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม<sup>40</sup> และสำนักงานสภาพัฒนาเศรษฐกิจ

<sup>38</sup>สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, 2552), หน้า 40.

<sup>39</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

<sup>40</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

และสังคมแห่งชาติ<sup>41</sup> อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่ากระบวนการการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ยังอยู่ในขั้นตอนการพัฒนา โดยยังไม่มีพระราชบัญญัติฉบับใดกำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำนโยบาย แผน และแผนงาน จะต้องมีการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ด้วย จึงทำให้การดำเนินการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เป็นการพิจารณาโดยใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารเป็นหลัก

ต่อมา ในพุทธศักราช 2558 ถึง 2560 ข้อเสนอการปฏิรูประบบการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ได้ถูกบรรจุในวาระการประชุมของสภาปฏิรูปแห่งชาติและสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ โดยในพุทธศักราช 2560 คณะกรรมการเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนได้แต่งตั้งคณะกรรมการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ให้มีหน้าที่จัดทำร่างข้อเสนอการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ แนวทางการจัดทำแผนยุทธศาสตร์ และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์<sup>42</sup> จนกระทั่งพุทธศักราช 2561 ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 โดยบัญญัติเรื่องการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ให้มีความเชื่อมโยงกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมไว้ในมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561<sup>43</sup>

จนถึงปัจจุบันสำนักงานสภาพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้จัดทำโครงการขับเคลื่อนการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์และอยู่ระหว่างการนำเสนอร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ ทั้งนี้ เพื่อให้หน่วยงานภาครัฐมีการนำแนวทางการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ ฉบับคณะกรรมการเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนไปใช้ในการศึกษาและจัดทำแผนยุทธศาสตร์ต่อไป<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup>สำนักงานสภาพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, แนวทางการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานสภาพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, 2563), หน้า 1.

<sup>42</sup>พรณิภา สืบสิงห์, ภาพรวมการขับเคลื่อนการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ความสำคัญและประโยชน์ต่อการจัดทำและการพิจารณารายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักนโยบายและแผนคุณภาพสิ่งแวดล้อม, 2562), หน้า 4.

<sup>43</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

<sup>44</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

#### 4.2 กรอบการพิจารณาการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในเชิงกฎหมายของประเทศไทย

จากการพิจารณาพบว่า ในปัจจุบันการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในประเทศไทย ยังไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย เนื่องจากยังไม่มีการตรากฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายใด เพื่อวางหลักเกณฑ์รองรับการทำแผนยุทธศาสตร์ไว้อย่างชัดเจน แม้ว่าสำนักงานสภาพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติจะเห็นว่า สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (สผ.) กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ได้พัฒนาปรับปรุงและเสนอแนะให้มีการนำการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์มาใช้ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2546<sup>45</sup> แล้วก็ตาม อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่ประกาศใช้ในอดีตโดยละเอียดแล้ว พบว่า ประเทศไทยได้กล่าวถึงการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2518 ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518 มาตรา 6 บัญญัติว่า

“ให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ มีอำนาจเรียกให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และบุคคลอื่น ส่งเอกสารการสำรวจผลกระทบกระเทือนต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม และเอกสารหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องของโครงการ และแผนงานมาพิจารณา ในการนี้อาจเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงด้วย หากเห็นว่าโครงการและแผนงานใดอาจจะทำให้เกิดผลเสียร้ายแรงต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม ให้เสนอมาตรการแก้ไขต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป”<sup>46</sup>

จะเห็นได้ว่า นอกจากบทบัญญัติในมาตรา 6 ได้กำหนดให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติเรียกให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และบุคคลอื่นส่งเอกสารในการสำรวจผลกระทบสิ่งแวดล้อม เอกสารหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับโครงการ ซึ่งเป็นการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมในระดับโครงการ แล้วยังมีการกำหนดให้หน่วยงานหรือบุคคลข้างต้นส่งเอกสารหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับแผนงานอีกด้วย ซึ่งกรณีดังกล่าวเข้าลักษณะของการจัดทำ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ กล่าวคือ มีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมตั้งแต่ในระดับแผนงาน<sup>47</sup> อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518 ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2521 มีข้อสังเกตว่า พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2521 ดังกล่าว ได้นำข้อความในบทบัญญัติที่กล่าวถึงการสำรวจผลกระทบกระเทือนต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมในระดับแผนงานออก ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติในมาตรา 17 และมาตรา 18 ดังนี้

<sup>45</sup>สำนักงานสภาพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, เรื่องเดิม, หน้า 4.

<sup>46</sup>พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518, มาตรา 6.

<sup>47</sup>สุชานัน วรรณอุดม, “ควรมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในประเทศไทยหรือไม่?”, วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 50, 2 (เมษายน 2564): 169.

มาตรา 17 บัญญัติว่า “ให้นายกรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติที่มีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนด (1) ประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนที่ต้องมีรายงานเกี่ยวกับการศึกษาและมาตรการป้องกันและแก้ไขผลกระทบกระเทือนต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมตั้งแต่ในระยะเตรียมงาน และต้องเสนอรายงานนั้นต่อสำนักงานคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนที่จะดำเนินการ<sup>48</sup>

มาตรา 18 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีประกาศตามมาตรา 17(1) ให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการพิจารณาสั่งอนุญาต ออกใบอนุญาต หรือขอต่ออายุใบอนุญาตให้บุคคลดำเนินการตามโครงการหรือกิจการใด ๆ เสนอรายงานเกี่ยวกับการศึกษาและมาตรการป้องกันและแก้ไขผลกระทบกระเทือนต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมตั้งแต่ในระยะเตรียมงานของบุคคลซึ่งขออนุญาตขอให้ออกใบอนุญาต หรือขอต่ออายุใบอนุญาตต่อสำนักงานคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนที่จะดำเนินการ.....”<sup>49</sup>

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า แม้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518 บัญญัติให้ต้องมีการประเมินสิ่งแวดล้อมในระดับแผนงาน แต่พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2521 ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินั้นมิได้มีการบัญญัติให้นายกรัฐมนตรีโดยคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติออกประกาศกำหนดแผนงานที่ต้องมีการศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อม แต่บัญญัติให้ออกประกาศเฉพาะประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจการที่ต้องประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมนั้น ดังนั้น จึงทำให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ในพระราชบัญญัติฉบับปี พ.ศ. 2518 มิได้นำมาใช้และอาจกล่าวได้ว่า การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ไม่มีผลบังคับใช้ไปโดยปริยาย<sup>50</sup>

ต่อมา ใน พ.ศ. 2535 ได้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ โดยให้ยกเลิกพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2522 โดยได้มีการตราพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ขึ้น ทั้งนี้ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติเรื่องการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมไว้ในหมวดที่ 3 การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ส่วนที่ 4 การทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม

<sup>48</sup>พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2521, มาตรา 17.

<sup>49</sup>พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2521, มาตรา 18.

<sup>50</sup>สุชนัน ธรรมอุดม, เรื่องเดิม, หน้า 169.

ซึ่งบทบัญญัติในพระราชบัญญัติดังกล่าว ก็เพียงแต่กล่าวถึงการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมระดับโครงการหรือกิจการเท่านั้น<sup>51</sup> โดยไม่ได้กล่าวถึงการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์แต่อย่างใด

จากข้างต้นอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายเรื่องการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ที่เป็นกระบวนการพัฒนาอย่างชัดเจนและมีสภาพบังคับเช่นเดียวกับประเทศออสเตรเลีย อย่างไรก็ตาม ได้มีการบัญญัติ “การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์” เป็นครั้งแรกภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2561) มาตรา 47 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ตามระเบียบหรือกฎหมายอื่นใดไว้แล้ว การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมให้คำนึงถึงผลการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ดังกล่าวด้วย”

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดหลักการหรือแนวทางเกี่ยวกับการดำเนินการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์อย่างชัดเจน แต่ผู้เขียนเห็นว่าผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่ต้องการอธิบายว่า การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์นั้น จะต้องดำเนินการในระดับนโยบาย แผน และแผนงาน ก่อนที่จะต้องมีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมระดับโครงการต่อไป อย่างไรก็ตาม การบัญญัติบทบัญญัตินี้ดังกล่าวสร้างความคลุมเครือและไม่มีสภาพบังคับเนื่องจากไม่มีบทบัญญัติในส่วนอื่นกล่าวถึงการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ไว้แต่อย่างใด จึงทำให้ไม่สามารถนำการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ไปปรับใช้ได้เหมือนกับประเทศออสเตรเลีย เพราะฉะนั้นอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้ยังมีความชัดเจนว่า การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์จะดำเนินการอย่างเป็นรูปธรรมและมีสภาพบังคับในประเด็นใดได้บ้าง เช่น การกำหนดให้แผนประเภทใดบ้างที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ หน่วยงานที่จัดทำนโยบาย แผน และแผนงาน คือ หน่วยงานใด และหน่วยงานที่พิจารณาเสนอแนะ และปรับปรุงแก้ไขแผนการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ คือ หน่วยงานใด ตลอดจนหน่วยงานที่รับผิดชอบอนุมัติแผนการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ คือ หน่วยงานใด การดำเนินการพัฒนาระบบกลไกการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์จึงเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความร่วมมือของหน่วยงานหรือสถาบันที่มีหน้าที่ในการรับผิดชอบในการดำเนินการ รวมทั้งต้องมีการสร้างกลไกทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อให้สามารถนำหลักการดังกล่าวไปใช้บังคับได้อย่างแท้จริง

<sup>51</sup>พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535, มาตรา 46 วรรคแรก บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดประเภท และขนาดของโครงการหรือกิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนที่มีผลกระทบสิ่งแวดล้อมซึ่งต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม เพื่อเสนอขอความเห็นชอบตามมาตรา 47 มาตรา 48 และมาตรา 49.”

## 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยมีการบัญญัติ “การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์” อย่างไม่ชัดเจนและไม่มีกฎหมายอื่น ๆ ที่บัญญัติถึงการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ การดำเนินการตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2561) ดังกล่าว ไม่มีกฎหมายอื่นรองรับ จึงไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวได้ ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศออสเตรเลีย จะสามารถพิจารณาความแตกต่างได้ตามข้อพิจารณาข้อ (1) – (5) ดังตารางต่อไปนี้

| ข้อพิจารณา                                                                                                | ประเทศออสเตรเลีย                                                                                                                                                                                                                     | ประเทศไทย                                                                          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. การกำหนดนโยบาย แผน และแผนงานต้องจัดทำ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ (การกลั่นกรองแผนยุทธศาสตร์) | มีการกำหนดอย่างชัดเจนโดยกฎหมายว่ามี 7 แผน ที่ต้องจัดทำ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ และกำหนดให้แผนประเภทอื่น ๆ ที่รัฐมนตรีพิจารณาว่าอาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างกว้างขวางที่จะต้องมีการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ | เป็นดุลยพินิจของแต่ละหน่วยงานราชการในการจัดทำ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ |
| 2. หน่วยงานผู้จัดทำนโยบาย แผน และแผนงาน                                                                   | รัฐบาลกลาง รัฐบาลมลรัฐ ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียอื่น ๆ                                                                                                                                                                                    | หน่วยงานราชการที่รับผิดชอบในแต่ละกระทรวงดำเนินการโดยสมัครใจ                        |
| 3. หน่วยงานที่พิจารณา นโยบาย แผน และแผนงาน                                                                | รัฐมนตรีกระทรวงเกษตร น้ำ และสิ่งแวดล้อม                                                                                                                                                                                              | หน่วยงานราชการที่รับผิดชอบในแต่ละกระทรวงดำเนินการโดยสมัครใจ                        |
| 4. ขั้นตอนการพิจารณา อนุมัติ นโยบาย แผน และแผนงาน                                                         | รัฐมนตรีกระทรวงเกษตร น้ำ และสิ่งแวดล้อม                                                                                                                                                                                              | คณะรัฐมนตรี                                                                        |
| 5. การมีส่วนร่วมของประชาชน                                                                                | ให้ประชาชนแสดงความคิดเห็นอย่างน้อย 28 วัน                                                                                                                                                                                            | ไม่มีการกำหนดไว้                                                                   |

**ตารางที่ 1** การเปรียบเทียบกระบวนการจัดทำ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

จากตารางจะเห็นว่า การจัดทำการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศไทย ยังไม่มีกรอบนโยบาย แผน และแผนงานที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนเหมือนกับในประเทศออสเตรเลีย จึงทำให้เกิดความคลุมเครือของหน่วยงานที่รับผิดชอบว่าแผนประเภทใดบ้างที่จะต้องจัดทำ การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ นอกจากนี้ การดำเนินการดังกล่าวของประเทศไทยยังขาด หน่วยงานหลักที่มีหน้าที่รับผิดชอบพิจารณา และอนุมัติแผนยุทธศาสตร์ การดำเนินการขึ้นอยู่กับดุลยพินิจ ของหน่วยงานแต่ละหน่วยงานในขณะที่หน่วยงานที่รับผิดชอบในการพิจารณา ให้ข้อเสนอแนะ และ อนุมัติรายงานการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศไทยคือ รัฐมนตรี กระทรวงเกษตร น้ำ และสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นหน่วยงานหลักและมีความเชี่ยวชาญในสาขาสิ่งแวดล้อม จึงทำให้การดำเนินการจัดทำแผนยุทธศาสตร์มีความชัดเจน นอกจากนี้ การจัดทำแผนการประเมิน สิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศไทยยังมีการกำหนดแนวทางการมีส่วนร่วมของ ประชาชนไว้อย่างชัดเจนทำให้การพัฒนาได้รับการยอมรับจากประชาชน

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนเห็นสมควรให้มีการพัฒนากระบวนการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับ ยุทธศาสตร์ของประเทศไทยเพิ่มเติมโดยกำหนดให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 47 ว่าด้วย การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม แห่งชาติ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2561) ขึ้นใหม่ โดยนำหลักการที่ศึกษาในหัวข้อ ที่กล่าวมามายกมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ ฯ<sup>52</sup> ดังนี้

“มาตรา 47 เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาที่ยั่งยืน ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะอนุกรรมการการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ มีอำนาจประกาศกำหนดให้การจัดทำนโยบาย แผน และแผนงานใด โดยหน่วยงานของภาครัฐ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อทรัพยากรทาง กายภาพ ทรัพยากรทางชีวภาพ คุณค่าการใช้ประโยชน์ของมนุษย์ และคุณภาพชีวิตของประชาชน

<sup>52</sup>ผู้เขียนเห็นต่างในเรื่องรูปแบบของกฎหมายที่หน่วยงานที่รับผิดชอบสำหรับการนำหลักการ SEA มาใช้ ในรูปแบบของ (ร่าง) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ พ.ศ. .... ซึ่งเป็นเพียงมาตรการภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น ไม่ได้มีสภาพบังคับทางกฎหมาย เนื่องจากปัญหาสำคัญประการหนึ่ง ของประเทศไทยในการนำหลักการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์มาบังคับใช้ คือ มาตรา 47 ที่แก้ไขมาไม่ ความคลุมเครือและยังไม่มีสภาพบังคับใช้ทางกฎหมายอย่างชัดเจน ประกอบกับการดำเนินการจัดทำ SEA เป็นการ พิจารณาโดยดุลยพินิจของหน่วยงานภาครัฐที่รับผิดชอบเท่านั้น แตกต่างจาก SEA ของประเทศออสเตรเลียที่มีการ บังคับใช้ในระดับพระราชบัญญัติ (Act)

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2561) เป็นกฎหมายแกนหลักด้านการจัดการทางสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยเพียงฉบับเดียว ดังนั้น แนวทางการบัญญัติหลัก การ SEA จึงสมควรกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขไว้ในพระราชบัญญัติ ฯ นี้ มากกว่า การไปพิจารณากฎหมายฉบับอื่นซึ่งมีเจตนารมณ์ที่แตกต่างกันออกไป.

หรือส่วนได้ส่วนเสียอื่นใดของประชาชน ชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมในระดับสาขากิจกรรมหรือระดับพื้นที่ภูมิภาคที่จะดำเนินการพัฒนา ให้องค์กรงานภาครัฐนั้นต้องจัดทำรายงานการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของนโยบาย แผน และแผนงานตามที่คณะกรรมการการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์กำหนดไว้

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจัดทำรายงานการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ประกาศกำหนด ทั้งนี้ ในกรณีที่มีการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ตามระเบียบหรือตามกฎหมายอื่นใดไว้แล้ว การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมให้คำนึงถึงผลการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ดังกล่าวด้วย”<sup>53</sup>

นอกจากนี้ผู้เขียนเสนอให้มีการออกประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขว่าด้วยการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ พ.ศ. .... อาศัยอำนาจตามมาตรา 47 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยบัญญัติสาระสำคัญ ดังนี้<sup>54</sup>

ประการแรก ให้คณะกรรมการการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์มีอำนาจกำหนดประเภทของนโยบาย แผน และแผนงานที่ต้องมีการจัดทำรายการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ (การกลั่นกรองแผนยุทธศาสตร์)<sup>55</sup> คณะกรรมการฯ มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำรายการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์<sup>56</sup> และมีอำนาจให้ข้อเสนอแนะแก่หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้อง

<sup>53</sup>การแก้ไขพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2561) ดังกล่าว เป็นการพิจารณาสาระสำคัญ หลักการ แนวความคิด และกฎหมาย เรื่องการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ที่ได้ศึกษามา มาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อให้การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศไทยมีสภาพบังคับและสามารถนำไปบังคับใช้ให้เกิดผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพต่อไปในอนาคต.

<sup>54</sup>ข้อเสนอข้างต้น ผู้เขียนได้จัดทำขึ้นโดยศึกษาเปรียบเทียบระหว่างร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ พ.ศ. .... ที่ดำเนินการจัดทำโดยสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ กับพระราชบัญญัติการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1999 (EPBC Act) ของประเทศออสเตรเลีย.

<sup>55</sup>บัญชีแนบท้าย (ร่าง) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ เรื่องระดับของแผนหรือแผนงานที่ต้องจัดทำรายการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์.

<sup>56</sup>สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, “การประชุมวิชาการ เรื่อง “(ร่าง) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ พ.ศ. ....”, การประชุมกลุ่มย่อยระดมความคิดเห็น ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร, 6 กุมภาพันธ์ 2564.

สำหรับจัดทำการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์<sup>57</sup> ภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2561)

ประการที่สอง ให้ดำเนินการจัดทำข้อตกลงกับหน่วยงานที่รับผิดชอบในการจัดทำนโยบาย แผน และแผนงาน ซึ่งจะเป็นกระบวนการที่สอดคล้องกับแนวทางของประเทศออสเตรเลียโดยมีคณะกรรมการการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่พิจารณารายงานการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ รวมทั้งกำหนดให้คณะกรรมการฯ มีหน้าที่ในการเสนอให้มีการปรับปรุงแก้ไขแผน และอนุมัติรายงานดังกล่าวด้วย<sup>58</sup> ทั้งนี้ สามารถเทียบเคียงของคณะกรรมการฯ ได้กับอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีกระทรวงเกษตร น้ำ และสิ่งแวดล้อมของประเทศออสเตรเลีย และเมื่อคณะกรรมการฯ อนุมัติรายงานการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์แล้ว จึงสามารถเสนอรายงานดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติให้นโยบาย แผน และแผนงานดังกล่าวสามารถนำไปใช้ปฏิบัติต่อไป

จะเห็นได้ว่าจากข้อเสนอแนะข้างต้นจะส่งผลให้การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ของประเทศไทยมีกฎหมายรองรับอย่างชัดเจน พร้อมทั้งมีการกำหนดว่าหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดที่ต้องมีการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ รวมไปถึงกรณีที่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีการจัดทำนโยบาย แผน และแผนงานอยู่แล้ว หากนโยบาย แผน และแผนงานนั้นอาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ก็อาจกำหนดให้หน่วยงานของรัฐในลักษณะดังกล่าวมีการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ด้วย นอกจากนี้ ข้อเสนอแนะที่กล่าวไปแล้วนั้นยังส่งผลให้แนวทางการจัดทำการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์มีสภาพบังคับใช้ทางกฎหมายและสามารถนำไปปฏิบัติได้อย่างเป็นรูปธรรมต่อไปในอนาคต

<sup>57</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 9 (4).

<sup>58</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 9 (6).

### บรรณานุกรม

- กรมควบคุมมลพิษ. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษา ข้อเสนอแนะการปรับปรุงกลไกการควบคุมและ บังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.
- โกเมท ทองภิญโญชัย. “การใช้กฎหมายในการป้องกันและแก้ไขมลพิษจากโรงงานอุตสาหกรรม.” นิติศาสตร์ มหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534.
- ฉัตรไชย รัตนไชย. การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่ง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- มัทยา จารุพันธ์ และ สุนีย์ มัลลิกะมาส. กฎหมายควบคุมสภาวะแวดล้อมสำหรับโรงงานอุตสาหกรรม. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยสภาวะแวดล้อม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.
- โรจน์จรรย์ ด่านสวัสดิ์. การประเมินสิ่งแวดล้อมเชิงยุทธศาสตร์. สงขลา: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2541.
- \_\_\_\_\_. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการวางแผนจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่าง ผสมผสานแบบยึดพื้นที่. สงขลา: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2540.
- สุชานัน ทรธอดม. “ควรมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ ในประเทศไทยหรือไม่?” วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 50, 2 (เมษายน 2564): 46.
- สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม แห่งชาติ ฉบับที่สี่ พ.ศ. 2520-2524 [Online]. Available URL: [http://www.nesdb.go.th/ewt\\_dl\\_link.php?nid=3779](http://www.nesdb.go.th/ewt_dl_link.php?nid=3779), 2564 (เมษายน, 21).
- สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. การประเมินสิ่งแวดล้อมระดับ ยุทธศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, 2552.
- สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. แนวทางการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, 2563.
- \_\_\_\_\_. การประชุมวิชาการ เรื่อง “(ร่าง) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประเมินสิ่งแวดล้อม ระดับยุทธศาสตร์ พ.ศ. ....การประชุมกลุ่มย่อยระดมความคิดเห็นครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, 6 กุมภาพันธ์ 2564.
- อวิการ์ตน์ นิยมไทย. “หลักการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม.” วารสารจุลนิติ 40, 1 (มิถุนายน 2540): 15.
- Department of Agriculture, Water and the Environment. A guide to undertaking strategic Assessments Source [Online]. Available URL: <https://www.environment.gov.au/epbc/Publications/guide-undertaking-strategic-assessments>, 2021 (May, 3).

- \_\_\_\_\_. **Strategic Assessment Source** [Online]. Available URL: [https://www.environment.gov.au/system/files/resources/0896f6de-4473-4c0e-bb2a-1ceeae34867c/files/strategic-assessment-guide\\_1.pdf](https://www.environment.gov.au/system/files/resources/0896f6de-4473-4c0e-bb2a-1ceeae34867c/files/strategic-assessment-guide_1.pdf), 2021 (May, 3).
- Glasson, John. Riki Therivel and Andrew Chadwick. **Introduction to Environmental Impact Assessment**. 2 ed. New York: Routledge-Cavendish, 2005.
- Marsden, Simon. “A Critique of Australian Environmental Law Reform for Strategic Environmental Assessment.” **University of Tasmania Law Review** 32, 2 (May 2013): 57-61.
- Morrison-Saunders, Angus and Jos Arts. **Assessing Impact : Handbook of EIA and SEA Follow-up**. London: Earthscan, 2004.
- Ross, Mitchell and Zsuzsa Banhalimi-Zakar. **Just how ‘strategic’ are Strategic Environmental Assessments? An assessment of the strategic nature of Australian Strategic Assessments under the EPBC Act (1999)** [Online]. Available URL: <https://Conferences.iaia.org/2019/uploads/edited-presentations/Final%20Paper%20Ross%20385.pdf>, 2021 (July, 22).
- Tetlow, Monica Fundingsland and Marie Hanusch. “Strategic Environmental Assessment: The State of the Art,” **Journal of Impact Assessment and Project Appraisal** 30, 2 (January 2012): 22-24.
- Therivel, Riki. **Strategic Environmental Assessment in Action**. London: Earthscan, 2004.
- United Nations World Commission on Environment and Development (WCED). **Our Common Future**. 2ed. London: Oxford University Press, 1987.

ศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรา ตามมาตรา 276  
กับลักษณะการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ  
ตามมาตรา 278 วรรคสอง ตามพระราชบัญญัติ  
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา  
(ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

ปานรดา สุทธิทองแท้  
รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์



**ศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรา ตามมาตรา 276\*  
กับลักษณะการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามมาตรา 278 วรรคสอง  
ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562  
Comparative Study between Definition of Rape under Section 276 and  
Definition of Sexual Assault by Penetration under the Second Paragraph of  
Section 278 by Act Amending the Criminal Code (No.27) B.E. 2562**

ปานรดา สุทธิทองแท้\*\*

Panrada Sutthitongtae

รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์\*\*\*

Associate Professor Achariya Chutinun

\*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 กับลักษณะการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามมาตรา 278 วรรคสอง ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562” ซึ่งได้ผ่านการสอบการป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล และรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท.

This article is a part of thesis “Comparative study between definition of rape under Section 276 and definition of Sexual assault by penetration under the second paragraph of Section 278 by Act Amending the Criminal Code (No.27) B.E. 2562” This thesis has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master degree of Law at Dhurakij Pundit University. Associate Professor Achariya Chutinun an advisor. Professor Dr.Phisith Phipatanakul are Associate Professor Dr.Pokpong Srisanit are examiners.

\*\*นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. E-mail: Ppanrada.s@gmail.com

LL.M. Candidate in Criminal Law and Criminal Justice Law at Dhurakij Pundit University.

\*\*\*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต; น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; น.ม.กฎหมายอาญา และกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; ประกาศนียบัตรหลักสูตรธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ (Modern Real Estate Business) คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. Email: Achariya\_amp@hotmail.com

Lecturer in Law at Faculty of Laws, Dhurakij Pundit University;; LL.B. Faculty of law, Chulalongkorn University; LL.M. in Criminal Law and Criminal Procedure Faculty of law, Chulalongkorn University; Certificate of course in law of the training office Law of the Lawyers Council; Certificate in real estate business course Faculty of Commerce and Accounting Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 25 พฤศจิกายน 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 22 ธันวาคม 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 11 กุมภาพันธ์ 2565.

### บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาผลกระทบอันเกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาเกี่ยวกับจุดแบ่งแยกการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารโดยการล่งล่าให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมปัจจุบันและสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา

เดิมคำนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” หมายความว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับคำนิยามของการกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส แต่ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดคำนิยามของการกระทำชำเราไว้ในมาตรา 1 (18) หมายความว่า “กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่งล่าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับคำนิยามของการกระทำชำเรา ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ในประเทศอังกฤษ สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิม คือ การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ อันเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร เรียกว่า “การกระทำอนาจารโดยการล่งล่า” การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะของการกระทำชำเราตามธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ตาม เป็นกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์สังคมโลกปัจจุบันที่ว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราควรมุ่งหมายที่จะคุ้มครองผู้ถูกระทำทางเพศที่ไม่ใช่เพียงแต่การร่วมประเวณีตามแบบพื้นฐานปกติเท่านั้น ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่เป็นธรรมขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อีกทั้ง ยังขาดความชัดเจนแน่นอน ซึ่งเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาและเป็นหลักประกันความเป็นนิติรัฐ จึงเห็นควรกำหนดจุดแบ่งแยกของลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะการกระทำอนาจาร เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญา

**คำสำคัญ:** การกระทำชำเรา, การกระทำอนาจาร, การกระทำอนาจารโดยการล่งล่า

### Abstract

The objective of this research is to study and analyze possible result that may cause from uncertainty of Penal Code, concerning with the distinction between the crimes of rape and sexual intercourse and the crime of committing an indecent act. The study also aims to explore appropriate direction to resolve and modify the provisions for offence of rape and commit sexual intercourse and the offence of sexual assault by penetration, to consistent to current social context and certain aspect of Penal Code.

Previously, the definition of “*commit intercourse*” defined as to “gratify one’s sexual desire of by penetrating the sex organ, anus of another with one’s sex organ” However, the above definition is similar to the definition of the Penal Code of France for the act of commit intercourse. These days, The Penal Code defines the meaning of “commit intercourse in section 18”, that to gratify one’s sexual desire by penetrating the sex organ, anus of another with one’s sex organ. In addition, the definition is similar to the commit intercourse according to the “Act on sexual harassment A.D. 2003” of the United Kingdom. The different of the new definition is to gratify one’s sexual desire by penetrating the sex organ, anus of another with one’s sex organ, which determine to be abnormal inhumanity. The above clause was moved to the increase penalty for commit decency” called “*sexual assault by penetration*” The purpose of the Penal Code’s amendment is to emphasize, clear enforcement and to be aligned with the natural characteristics of the intercourse. However, considering the current scenario, the law appears to be out of date and incompatible with the global situation and environment. Rape and sexual intercourse should aim to protect all types of sex victims, not just those involved in general sexual intercourse. It’s also considered an immoral conduct committed with malice, a violation of human rights, and a lack of clarity in the legal system. For the sake of clarity and accuracy in Penal Law, the author agrees to designate the separation of categories of the act “commit intercourse” and “commit sexual indecency.”

**Keywords:** sexual intercourse, indecent act, sexual assault by penetration

## 1. บทนำ

ในปี พ.ศ. 2550 ได้มีการแก้ไของค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง บัญญัติว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” เห็นว่าโดยลักษณะการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทนิยามดังกล่าวมีความหมายกว้างขวางมาก มีได้ตั้งแต่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศสอดใส่ ไปจนถึงผู้กระทำใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่ เป็นต้น ศาลฎีกาเคยตีความคำว่า “กระทำกับ” ที่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ หมายถึง “การล่วงล้ำ” หรือ “การสอดใส่”<sup>1</sup> ดังนั้น การที่ผู้กระทำ ความผิดใช้อวัยวะเพศสัมผัสกับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย โดยยังไม่มี การล่วงล้ำหรือสอดใส่ จึงยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ อาจเป็นเพียงการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำอนาจารซึ่งโทษเบากว่า ความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม คล้ายกับที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222-23 สอดคล้องกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายของหลายประเทศ<sup>2</sup> รวมทั้งสอดคล้องกับความหมายของการกระทำชำเราตามบริบทของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ<sup>3</sup> และสอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>4</sup>

<sup>1</sup>อิงรักอัฒมานนท์, *กฎหมายข่มขืนใหม่ทำอะไรจะผิดฐานข่มขืนบ้าง* [Online], available URL: <https://ilaw.or.th/node/1859>, 2564 (กุมภาพันธ์, 1).

<sup>2</sup>ปกป้อง ศรีสนิท, *คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556), หน้า 29.

<sup>3</sup>“Objective elements of rape :

(i) the sexual penetration, however slight:

(a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or

(b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;

(ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person. In Furundzija ICTY Trial Chamber II, 10/12/1998, paragraph 185 อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 123.

<sup>4</sup>ปกป้อง ศรีสนิท, *การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา* [Online], available URL: <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>, 2564 (กุมภาพันธ์, 2).

แต่ในปัจจุบัน นับแต่วันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดคำนิยามของการกระทำชำเราขึ้นใหม่ โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (18) บัญญัติว่า “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”<sup>5</sup> เห็นได้ว่า “การกระทำชำเรา” ตามกฎหมายที่แก้ไขนั้นมีขอบเขตเฉพาะกรณีการใช้ “อวัยวะเพศของผู้กระทำ” ล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น การแก้ไขบทนิยามดังกล่าวก็เพื่อให้คำนิยามของการกระทำชำเราชัดเจนและเป็นไปตามลักษณะของการกระทำชำเราตามธรรมชาติ<sup>6</sup> สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิม คือ การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ อันเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการกระทำอนาจารแทน<sup>7</sup> เรียกว่า “การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ” ดังนั้น ในปัจจุบัน การที่ผู้กระทำใช้นิ้วสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย<sup>8</sup> จากเดิมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ปัจจุบันผู้กระทำจะมีความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ การแก้ไขดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับกฎหมายอังกฤษ<sup>9</sup>

จากลักษณะของการกระทำชำเราและลักษณะของการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำตามบทกฎหมายที่แก้ไขใหม่ มีข้อพิจารณาว่าทั้งสองฐานความผิดนั้นกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิ่งใดกันแน่ และอะไรคือปัจจัยในการกำหนดความผิด เพราะเมื่อพิจารณาลักษณะของการกระทำผิดทั้งสองฐานนั้นไม่ว่าจะมองโดยย่อมาก่อนให้เกิดความเสียหายกับผู้เสียหายดูเดียวกัน นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดความสับสนเคลือบแคลงว่าอะไรคือจุดแบ่งแยกการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

<sup>5</sup> “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 69 ก (27 พฤษภาคม 2562): 127–134.

<sup>6</sup> สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, “เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่..) พ.ศ.... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ),” (กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์, 2562), หน้า 2.

<sup>7</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสี่บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท.”

<sup>8</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5828/2558.

<sup>9</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา [Online], available URL: <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>, 2564 (กุมภาพันธ์, 2).

กับความผิดฐานกระทำอนาจาร ในเมื่อกฎหมายอาญาดำเนินคดีให้ชัดเจนแน่นอน<sup>10</sup> ซึ่งเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา<sup>11</sup> และเป็นหลักประกันความเป็นนิติรัฐ

ในสภาพการณ์สังคมโลกปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปจากสภาพการณ์ในอดีตมาก เนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและการพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ ประกอบทัศนคติของมนุษย์ปัจจุบันดูเดียวกัน จึงทำให้การกระทำชำเราไม่ได้จำกัดเฉพาะตามความเข้าใจในอดีตแบบธรรมชาติปึกติเท่านั้น ประกอบกับเมื่อพิจารณาจากความเสียหายของการกระทำนั้นทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายบอบช้ำทั้งร่างกายและจิตใจไม่แตกต่างกันเลย ดังนั้น เพื่อให้กฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศสอดคล้องกับสภาพการณ์สังคมโลกปัจจุบันที่ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ควรมุ่งหมายที่จะคุ้มครองผู้ถูกกระทำทางเพศที่ไม่ใช่เพียงแค่การร่วมประเวณีตามแบบพื้นฐานปกติเท่านั้น จึงเห็นควรยกเลิกความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้า และบัญญัติให้การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกับการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เนื่องจากการกระทำทั้งสองลักษณะนั้นมีระดับความร้ายแรงของอาชญากรรมเทียบเท่ากัน ทั้งนี้ เพื่อให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารเกิดความชัดเจนแน่นอน สอดคล้องกับหลักประกันในกฎหมายอาญาเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสอดคล้องกับสภาพการณ์ตามที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย<sup>12</sup>

## 2. ลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะของการกระทำอนาจารตามกฎหมายต่างประเทศ

### 2.1 ประเทศอังกฤษ

ความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศอังกฤษถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) โดยแบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศออกเป็น 4 ประการ ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานบังคับให้ผู้อื่นเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม ซึ่งความ

<sup>10</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญามาตรา 278, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 83

<sup>11</sup> “หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงได้รับการเรียกขานกันในภาษาลาตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งใช้แพร่หลายทั่วโลกจนกลายเป็นหลักสากล.

<sup>12</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560, มาตรา 77.

ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) มีขอบเขตเฉพาะการใช้อวัยวะเพศชายของตน (his penis) ล้วงล้ำ (penetrates) เข้าไปในช่องคลอด (the vagina) ทวารหนัก (anus) หรือช่องปาก (mouth) ของผู้อื่น<sup>13</sup> ซึ่งความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายของอังกฤษนั้น มีขอบเขตเฉพาะเป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น โดยสิ่งที่จะล้วงล้ำเข้าไปต้องเป็นอวัยวะเพศชายเท่านั้น ไม่รวมการใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดด้วย ส่วนการใช้ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดล้วงล้ำช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น ผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่<sup>14</sup> (Assault by penetration) และความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual assault) มีขอบเขตเฉพาะการกระทำที่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกาย รวมถึงการสัมผัสกับส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือกับสิ่งอื่นใด หรือผ่านวัตถุใดๆ รวมถึงการสัมผัสก่อนที่จะมีการสอดใส่เท่านั้น<sup>15</sup>

## 2.2 ประเทศฝรั่งเศส

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส (The French Penal Code) แบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศไว้เป็น 2 ฐาน ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งการกระทำชำเราหมายความว่า “การกระทำล่วงละเมิดทางเพศทุกอย่างโดยการใช้อวัยวะหรือวัตถุอื่นใดล้วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยการบังคับขู่เข็ญ หรือด้วยวิธีอื่นใด”<sup>16</sup> แสดงให้เห็นว่า ขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศสไม่จำกัดว่าต้องเป็นอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่ล้วงล้ำอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น แต่หมายความรวมถึงการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใด นอกจากอวัยวะเพศล้วงล้ำหรือสอดใส่ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย อีกทั้งในประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศสก็ไม่จำกัดว่าวัตถุแห่งการกระทำที่ถูกล้วงล้ำหรือสอดใส่จะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงการล้วงล้ำหรือการสอดใส่เข้าไปในทวารหนักหรือทางช่องปากอีกด้วย จะเห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศสนั้น มีขอบเขตทั้งการร่วมประเวณีตามธรรมชาติและการร่วมประเวณีที่ผิดธรรมดาตามนุษย์ ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจาร หมายถึง การล่วงละเมิดทางเพศอื่นนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา

<sup>13</sup>The Sexual Offences Act 2003, Section 1.

<sup>14</sup>The Sexual Offences Act 2003, Section 2.

<sup>15</sup>The Sexual Offences Act 2003, Section 3.

<sup>16</sup>The French penal Code, Section 222-23.

อันเป็นการกระทำที่ไม่มีการล้วงล้ำหรือสอดใส่<sup>17</sup> กรณีจึงกล่าวได้ว่าความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศสนั้นเป็นฐานความผิดที่รองรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั่นเอง

## 2.3 ประเทศญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายอาญาในประเทศญี่ปุ่น (Penal Code of Japan) ปรากฏความผิดเกี่ยวกับเพศในบทที่ 22 ประกอบไปด้วยความผิดเกี่ยวกับลามกอนาจาร ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดเกี่ยวกับการสมรสซ้อน ใน “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” ภายหลังถูกแก้ไขชื่อเป็น “ความผิดฐานบังคับให้มิเพศสัมพันธ์” ซึ่งหมายถึง “การใช้อวัยวะเพศล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 13 ปี โดยวิธีการทำร้ายหรือโดยข่มขู่”<sup>18</sup> สำหรับการใช้อวัยวะอื่นนอกจากอวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ไม่ถือว่าผู้กระทำความผิดฐานบังคับให้มิเพศสัมพันธ์ หากแต่เป็นความผิดฐานบังคับอนาจาร ส่วนความผิดฐานบังคับอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่น<sup>19</sup> หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น โดยการใช้กำลังหรือโดยข่มขู่ นอกจากนี้ ยังมีความหมายรวมไปถึงการใช้อวัยวะอื่นใดหรือสิ่งอื่นใดล้วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้อื่นโดยการทำให้ร่างกายหรือการข่มขู่อีกด้วย

เมื่อพิจารณาความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับ การกระทำชำเราตามกฎหมายไทย เห็นว่าความผิดเกี่ยวกับเพศสามารถแบ่งตามระดับความร้ายแรง ได้สามระดับ กล่าวคือ ประการแรก “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” คือ การใช้อวัยวะเพศสอดใส่ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น มีความหมายเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติปกติ เท่านั้น ซึ่งมีระดับความร้ายแรงมากที่สุด อาจทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย ได้ ประการที่สอง “ความผิดฐานล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่” คือ การใช้ส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือสิ่งอื่นใดสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งกำหนดให้มีโทษเทียบเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากมีระดับความร้ายแรงเทียบเท่ากัน แต่ด้วยเหตุที่ลักษณะของการกระทำดังกล่าว ไม่ใช่การร่วมประเวณีตามแบบพื้นฐานธรรมชาติปกติเท่านั้น ประการสุดท้าย คือ “ความผิดฐานกระทำอนาจาร” คือ การสัมผัสกับส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือกับสิ่งอื่นใด หรือผ่านวัตถุใด ๆ โดยมี

<sup>17</sup>The French penal Code, Section 222-27.

<sup>18</sup>Penal Code of Japan, Article 177.

<sup>19</sup>Penal Code of Japan, Article 174.

เจตนาในทางเพศ รวมถึงการสัมผัสก่อนที่จะมีการสอดใส่ด้วย เห็นได้ว่าความผิดฐานกระทำอนาจารนี้มีระดับความร้ายแรงน้อยกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่

สำหรับประเทศไทย เห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยใกล้เคียงกับประเทศอังกฤษและญี่ปุ่น กล่าวคือ การใช้อวัยวะเพศสอดใส่อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ซึ่งมีความหมายเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น ส่วนการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้ถูกบัญญัติให้เป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานการกระทำอนาจารเท่านั้น เรียกว่า “การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ”

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มีองค์ประกอบความผิดใกล้เคียงกับการกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222-23 ซึ่งรวมการกระทำใด ๆ ที่มีการสอดใส่ทางเพศไม่ว่าจะเป็นลักษณะใดก็ตาม ลักษณะของการกระทำชำเราดังกล่าวสอดคล้องกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายของหลายประเทศ รวมทั้งสอดคล้องกับความหมายของการกระทำชำเราตามบริบทของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ และนับเป็นก้าวสำคัญของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมากขึ้นอีกระดับ สอดคล้องหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for human dignity) ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มีองค์ประกอบความผิดใกล้เคียงกับการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222-27 คือการล่วงละเมิดทางเพศอื่นนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา โดยไม่มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่สิ่งใด ๆ เข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำ เพียงแต่พบบัญญัติตามพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวมีปัญหาในการตีความคำว่า “กระทำกับ” เท่านั้น เมื่อพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ตัดข้อความที่ว่า “กระทำกับ” โดยเปลี่ยนเป็นถ้อยคำ “ล่วงล้ำ” ก็นับว่าเป็นการแก้ไขปัญหาการตีความในอดีตอันทำให้พบบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับหลักสากลแล้ว

### 3. วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ

ในอดีตการกระทำชำเรา หมายถึง ผู้ชายใช้กำลังบังคับขู่脅ให้หญิงร่วมประเวณีด้วย โดยหญิงนั้นไม่ยินยอม โดยในอดีตการกระทำชำเราหมายความเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติระหว่างผู้ชายกับผู้หญิงเท่านั้น

ต่อมาตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เริ่มมีการใช้คำว่า “ผู้ใด” แทน “ชายใด”<sup>20</sup> ซึ่งดูเหมือนว่าผู้กระทำจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถ้อยคำในข้อบทโดยตลอด ประกอบกับลักษณะของการกระทำซ้ำเราแล้ว ทำให้หญิงไม่อาจเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดฐานนี้ได้โดยตรง เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “กระทำซ้ำเราขึ้นใจหญิง”<sup>21</sup> เห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังคงให้ความหมายของการข่มขืนกระทำซ้ำเรา คือ การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยขึ้นใจหญิง อันเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น

อดีตกฎหมายไทยไม่เคยมีคำนิยามของคำว่าข่มขืนกระทำซ้ำเราบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเลย การวินิจฉัยว่าขอบเขตของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราต้องกระทำไปแค่ไหน เพียงใด ยึดตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเท่านั้น<sup>22</sup> จนกระทั่งได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ได้มีการบัญญัติคำนิยามของคำว่า “การกระทำซ้ำเรา” ครั้งแรกว่า “การกระทำซ้ำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา ในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 กว้างขวางมาก มีได้ตั้งแต่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศสอดใส่ ไปจนถึงผู้กระทำใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่ โดยสามารถแยกความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราได้สองรูปแบบ ได้แก่ การกระทำซ้ำเราตามธรรมชาติปกติ และการกระทำซ้ำเราผิดธรรมชาติตามมนุษย์ คำนิยามของคำว่า “การกระทำซ้ำเรา” ที่แก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2550 สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส<sup>23</sup> และสอดคล้องกับความหมายของการข่มขืนกระทำซ้ำเราในกฎหมายอาญาในหลายประเทศ ที่ว่า “การข่มขืนเป็นการบังคับการล่วงละเมิดทางเพศทางร่างกายมนุษย์

<sup>20</sup>หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 358.

<sup>21</sup>“กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127,” ราชกิจจานุเบกษาฉบับพิเศษ เล่ม 25 (1 มิถุนายน 127): 260.

<sup>22</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 ที่วางหลักไว้ว่า “จำเลยได้กระทำซ้ำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยได้เข้าไปในของลับผู้เสียหายราว 1 องคุลี เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการกระทำซ้ำเราสำเร็จตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 แล้วการที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิของจำเลยออกมายุ่งที่ของลับของผู้เสียหาย หรือที่ของลับของจำเลยนั้น เป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่เป็นอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็นเหตุให้เห็นว่าจำเลยกระทำซ้ำเราไม่สำเร็จ หรือเป็นเพียงชั้นพยายาม.”

<sup>23</sup>The French penal Code, Section 222-23.

โดยองคชาตหรือการบังคับสอดใส่ของวัตถุอื่นใดเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนัก”<sup>24</sup> รวมทั้ง สอดคล้องกับคำนิยามของศาลอาญาระหว่างประเทศที่กำหนดคำนิยามของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึง การสอดใส่ในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายโดยอวัยวะเพศชายหรือวัตถุอื่นใดหรือการสอดใส่อวัยวะเพศชายในช่องปาก โดยวิธีการบังคับ หรือขู่เข็ญผู้เสียหายหรือบุคคลที่สาม”<sup>25</sup>

ในปัจจุบัน ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 ได้มีการยกเลิกความในมาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสองดังกล่าว และกำหนดความหมายของการกระทำชำเราใหม่ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(18) บัญญัติว่า “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่งล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิม คือ การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่งล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร เรียกว่า “การกระทำอนาจารโดยการล่งล้ำ” (Sexual assault by penetration) ดังนั้น การกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 นั้น จึงมีขอบเขตเพียงแค่ลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น

ส่วนความหมายของการกระทำอนาจารในอดีตการกระทำอนาจารนอกจากจะหมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศอันเป็นการกระทำต่อเนื่องต่อตัวร่างกายแล้ว ยังมีความหมายรวมถึงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศโดยขึ้นไปหาผู้หญิงถึงในเรือน หรือที่นอน อยู่กันสองต่อสอง การกล่าววาจาที่ไม่สมควร หรือการฉุดลากด้วย ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าการกระทำอนาจารในกฎหมายปัจจุบัน<sup>26</sup>

<sup>24</sup>It is apparent from our survey of national legislation that, in spite of inevitable discrepancies, most legal systems in the common and civil law worlds consider rape to be the forcible sexual penetration of the human body by the penis or the forcible insertion of any other object into either the vagina or the anus.” คดี Furundzija ICTY Trial Chamber II, 10/12/1998, paragraph 181 อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท, เรื่องเดิม, หน้า 29.

<sup>25</sup>“Objective elements of rape:

(i) the sexual penetration, however slight:

(a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or

(b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;

(ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person. In Furundzija ICTY Trial Chamber II, 10/12/1998, paragraph 185 อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, เรื่องเดิม, หน้า 123.

<sup>26</sup>มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ประมวลกฎหมายรัชการที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวง ตรา 3 ดวง เล่ม 2 (ม.ป.ท., 2482), หน้า 3.

แม้ในปัจจุบัน ยังไม่มีการบัญญัติคำนิยามของคำว่า “การกระทำอนาจาร” ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายดังเช่นคำว่า การกระทำชำเรา แต่มีความเห็นของนักวิชาการหรือนักกฎหมายได้ให้ความหมายของคำว่า การกระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความต้องการทางเพศ อาทิ จับนม จูบ กอด ลูบคลำ และสัมผัสจับต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น และการกระทำอนาจารยังรวมการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศอีกด้วย<sup>27</sup>

อีกทั้งศาลฎีกายังเคยวินิจฉัยว่า คำว่า “อนาจาร” มีความหมายว่า เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งมีได้หมายความว่าความเฉพาการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย<sup>28</sup>

นอกจากนี้ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 คำว่า “อนาจาร” หมายความว่า ความประพฤติชั่ว ความประพฤติน่าอับอาย เป็นฐานความผิดอาญา ที่ผู้กระทำการกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอาย เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม<sup>29</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล โดยมีเจตนาไม่สมควรในทางเพศ ผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่อย่างไรก็ตาม จะต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเป็นเกณฑ์ประกอบด้วย

ในปัจจุบันการกระทำอนาจาร นอกจากจะมีความหมายดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ยังให้การกระทำอนาจารมีความหมายรวมถึง “การกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช่อวัยวะเพศล้วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น” หรือที่เรียกว่า “การกระทำอนาจารโดยการล้วงล้ำ” (Assault by Penetration)

การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศซึ่งเป็นการกระทำอนาจารกว้างขวางเพียงไร รองศาสตราจารย์ ดร.คอมพล จันทรหอม กล่าวว่า มีข้อพิจารณา 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก การกระทำอนาจารเป็นการกระทำไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา กล่าวคือ การกระทำอนาจารต้องไม่ถึงขั้นที่เรียกว่ามีการนำอวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำเข้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เพราะถ้าถึงขั้นล้วงล้ำ

<sup>27</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), หน้า 347.

<sup>28</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547.

<sup>29</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [online], available URL: <https://dictionary.orst.go.th/>, 2564 (มกราคม 30).

เข้าไปแล้วย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเคลื่อนกลืนความผิดฐานกระทำอนาจาร กรณีที่มีการใช้วัยวะเพศสอดเข้าโดยยังไม่ถึงขั้นล่วงล้ำเข้าไปนั้น ต้องพิจารณาเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญว่า เจตนาใช้วัยวะเพศสอดเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือไม่ ถ้ามีเจตนา ล่วงล้ำเข้าไป ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ประการที่สอง การกระทำอนาจารจำต้องมีการสัมผัส (Touching/Contact)<sup>30</sup>

เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำชำเราตามบทบัญญัติที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปัจจุบันนั้น ได้จำกัดขอบเขตของลักษณะการกระทำชำเราให้แคบลงกว่าเดิม คงเหลือเพียงแค่ลักษณะที่เป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น กล่าวคือ การล่วงละเมิดทางเพศโดยใช้วัยวะเพศของผู้กระทำ ล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเท่านั้นที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในขณะที่เดียวกันก็ขยายขอบเขตของการกระทำอนาจารออกไปอย่างกว้างขวาง โดยการกระทำอนาจารนั้น นอกจากจะหมายความว่า เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่นแล้วยังมีความหมายรวมถึงการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศสอดเข้าอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ดังนั้น ปัจจุบันการใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหาย การจับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ใส่เข้าไปในทวารหนักของจำเลย การใช้นิ้วมือหรืออวัยวะเพศปลอมสอดเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหาย จะไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป หากแต่มีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำเท่านั้น กรณีจึงถือได้ว่าในปัจจุบันการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำอนาจารนั่นเอง ซึ่งข้อหาดูเหมือนจะเบากว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งที่การกระทำดังกล่าวเป็นภัยร้ายแรงต่อผู้ถูกระทำและควรถูกประณาม เทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา กรณีดังกล่าวก่อให้เกิดความสับสนเคลือบแคลงว่าอะไรกันแน่ คือจุดแบ่งแยกการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งกฎหมายอาญา ต้องมีความชัดเจนแน่นอน เป็นหลักกฎหมายอาญาที่มีความสำคัญที่สุด ในทางกลับกันอาจกล่าวได้ว่า ความไม่ชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญาถือว่าเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงอันมีผลกระทบ ต่อหลักประกันในกฎหมายอาญา<sup>31</sup>

เมื่อการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายเป็นการประทุษร้ายทางเพศขั้นร้ายแรงที่สุดในความคิดดั้งเดิม หมายความว่าเฉพาะการที่อวัยวะเพศชายสอดเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่ต่อมาเห็นกันว่า การล่วงล้ำนั้น

<sup>30</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 580.

<sup>31</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, “หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษในการตรากฎหมาย,” วารสาร สุทธิปริทัศน์ 35, 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2564): 21-43.

ต้องตีความอย่างกว้างเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น การที่อวัยวะเพศ ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการนำวัตถุหรืออวัยวะอื่นใด ซึ่งมีอวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของอีกฝ่ายหนึ่ง ก็เป็นการล่วงล้ำทั้งสิ้น ทั้งนี้ โดยไม่จำกัดว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศใด การที่กำหนดให้การกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่น ซึ่งมีอวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานกระทำความอนาจาร หรือที่เรียกว่า “การอนาจารโดยการล่วงล้ำ” นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ในความเป็นจริงแล้วจากการศึกษาข้างต้น “การกระทำความอนาจาร” คือ การกระทำที่จำต้องมีการสัมผัส โดยมีเจตนาในทางเพศและต้องไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา<sup>32</sup> กล่าวคือ ต้องไม่มีการนำอวัยวะเพศของผู้กระทำ ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหาย เพราะเมื่อถ้าถึงขั้นล่วงล้ำเข้าไปแล้ว ย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเคลื่อนกลืนความผิดฐานกระทำความอนาจาร

นอกจากนี้ ในปัจจุบันรสนิยมทางเพศเป็นเรื่องที่เปิดกว้างและเป็นที่ยอมรับในสังคมหมู่มาก กรณีนำไปสู่ความหลากหลายทางเพศที่ไม่ได้มีเฉพาะแค่ผู้ชายกับผู้หญิง รสนิยมของการร่วมเพศในสมัยนี้ จึงไม่ได้มีเพียงแต่การร่วมประเวณีตามแบบพื้นฐานธรรมชาติปกติเท่านั้น ยังมีการร่วมเพศของคนเพศเดียวกัน อาจใช้วัตถุหรือสิ่งของอื่นใดเป็นเครื่องมือหรือรสนิยมการร่วมเพศที่หลากหลาย ดังนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงต้องแก้ไขปรับปรุงให้ทันต่อยุคสมัยของสังคมและสภาพการณ์ ในปัจจุบัน ควรต้องมุ่งหมายคุ้มครองผู้ถูกกระทำทางเพศทุกเพศทุกวัยในแบบที่หลากหลายไม่ใช่แค่เพียงการร่วมเพศตามธรรมชาติเท่านั้น เพราะการร่วมเพศในแบบผิดธรรมชาติก็อาจก่อความเสียหายทางร่างกายหรือทางจิตใจได้ไม่ต่างกัน การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้ เป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ขัดกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77<sup>33</sup>

อีกทั้งนับแต่อดีตจวบจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยแบ่งฐานความผิดเกี่ยวกับเพศได้เป็น 3 ฐาน ความผิดใหญ่ ๆ ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำความอนาจารผิดธรรมดาตามนุษย์ และความผิดฐานกระทำความอนาจารเมื่อพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว สิ่งที่ถูกกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองที่เหมือนกันทั้งสามฐานความผิด ได้แก่ มุ่งคุ้มครอง “เสรีภาพในทางเพศ” จะแตกต่างกัน

<sup>32</sup>คนพล จันทน์หอม, เรื่องเดิม, หน้า 580.

<sup>33</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, มาตรา 77 “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง.”

ก็แต่โดยระดับความร้ายแรงอาชญากรรมเท่านั้น ซึ่งจากการศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจารโดยใช้เกณฑ์จำแนกตามระดับความร้ายแรงของอาชญากรรม แม้ทั้งสองฐานความผิดเป็นกรณีกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายเหมือนกัน แต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นกรณีที่ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำต่อเสรีภาพทางเพศของบุคคลโดยมีการล่วงล้ำสิ่งใด ๆ เข้าไปในอวัยวะของผู้ถูกระทำ ที่เป็นรูหรือช่อง อาจเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายแก่กาย จิตใจ หรืออาจเป็นอันตรายต่อชีวิตได้ ถือว่าเป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรง ขณะที่ความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นกระทำการอันไม่สมควร ทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น แต่ยังไม่ถึงขั้นมีสิ่งใด ๆ ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้นั้น ถือว่าเป็นความผิดอาญาที่มีระดับความร้ายแรงรองลงมา

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดความผิดอาญาต้องเป็นไปตามระดับความร้ายแรงของอาชญากรรม ในปัจจุบันการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นนั้น ผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำเท่านั้น แม้ว่าความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำจะถูกกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่อย่างไรก็ดีหากพิจารณาข้อหาแล้วดูเหมือนจะเบากว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งที่การกระทำดังกล่าวก็เป็น การประทุษร้ายทางเพศอันมีการล่วงล้ำซึ่งถือเป็นภัยร้ายแรงเทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา กรณีจึงสมควรกำหนดบทลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะของความผิด เพื่อให้ผู้กระทำผิด เช็ดหลาบไม่กระทำการนั้นอีกต่อไป

#### 4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเราและลักษณะการกระทำอนาจาร ตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนด คำนิยามของคำว่ากระทำชำเราใหม่ไว้ใน มาตรา 1 (18) ความว่า “**กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น**” ส่วนการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร เรียกว่า ความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ (sexual assault by penetration) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้า

พิจารณาได้ว่า ลักษณะการกระทำชำเราต้องมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่สิ่งใด ๆ เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ส่วนลักษณะการกระทำอนาจารต้องเป็นการกระทำที่ไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา กล่าวคือ ลักษณะการกระทำอนาจารต้องไม่ถึงขั้นนำอวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เพราะหากถึงขั้นมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่แล้ว ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ผู้เขียนเห็นว่า ความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำที่ว่าโดยลักษณะของการกระทำแม้จะไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติ จึงไม่อาจบัญญัติเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั้น ล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งที่มนุษย์กำหนดขึ้นเองทั้งสิ้น เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป การล่วงล้ำนั้นควรจะต้องตีความอย่างกว้างเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น การที่อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการนำวัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของอีกฝ่ายหนึ่ง ก็ล้วนมีการกระทำอันเป็นการล่วงล้ำเป็นองค์ประกอบความผิด อีกทั้งเมื่อพิจารณาความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ หรือใช้วัตถุอื่นใดล่วงล้ำหรือสอดใส่ กันว่าผู้กระทำนั้นมีความชั่วร้ายไม่ต่างกัน

เมื่อรสนิยมของการร่วมเพศในสมัยนี้ ไม่ได้มีเพียงแบบการร่วมประเวณีแบบพื้นฐานเท่านั้น ยังมีกิจกรรมทางเพศของคนเพศเดียวกัน รสนิยมแบบต่าง ๆ ที่หลากหลาย รวมทั้งแบบพึงพอใจกับการใช้วัตถุหรือสิ่งของ ดังนั้น สิ่งที่ถูกหมายมุ่งหมายจะคุ้มครองผู้ถูกระทำทางเพศต้องไม่ใช่แค่เพียงตามแบบพื้นฐานปกติ รัฐจึงต้องแก้ไขปรับปรุงให้ทันสังคมและสอดคล้องกับสภาพการณ์ เพราะการกระทำทางเพศในแบบผิดธรรมชาติอาจก่อความเสียหายทางจิตใจหรือทางร่างกายไม่แพ้กัน

อีกทั้งการบัญญัติกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ซึ่งเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญและเป็นหลักสากล

นอกจากนี้ การกำหนดบทลงโทษนั้นต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะของความผิด ดังนั้น การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหาย จึงไม่สมควรที่จะได้รับโทษในสถานเบาเพียงแค่เป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น แต่ควรบัญญัติความผิดที่ระดับร้ายแรงเทียบเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามแบบพื้นฐานธรรมชาติปกติ จึงสมควรกำหนดให้การกระทำทั้งสองลักษณะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกัน

บทบัญญัติดังกล่าวยังขาดความชัดเจนแน่นอนในเรื่องของจุดแบ่งแยกระหว่างการกระทำ ความผิดฐานกระทำชำเราและความผิดฐานการกระทำอนาจาร นอกจากนี้ ยังเป็นการเลือกปฏิบัติกระทบต่อหลักสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for

human dignity) ทั้งเมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป บทบัญญัติดังกล่าวจึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ จึงเห็นควรปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

**ยกเลิก ความผิดฐานการอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้า** ความว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

และขอเสนอให้แก้ไขบทบัญญัติกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารใหม่ โดยกำหนดขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยกำหนดขอบเขตของคำว่า “การกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” เพื่อขจัดอคติในเรื่องเพศ คำนึงถึงบุคคลทุกเพศทุกวัย ก่อให้เกิดความเท่าเทียม ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ สอดคล้องกับสภาพการณ์และหลักเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for human dignity)

2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยกำหนดขอบเขตของการกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศอันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศอื่นนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา

หากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น จะทำให้บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศมีความชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้นสอดคล้องกับหลักสากล เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตลอดจนเพื่อพัฒนากฎหมายอาญาให้ก้าวไกล สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และเป็นไปตามหลักรัฐธรรมนูญ

### บรรณานุกรม

- “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127.” **ราชกิจจานุเบกษาฉบับพิเศษ** เล่ม 25 (1 มิถุนายน 127): 260. คณิต ฌ นคร. **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.
- คณพล จันทน์หอม. **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.
- ปกป้อง ศรีสนิท. **กฎหมายอาญาชั้นสูง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.
- \_\_\_\_\_. **การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา** [Online]. Available URL: <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>, 2564 (กุมภาพันธ์, 2).
- \_\_\_\_\_. **คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.
- “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 136 ตอนที่ 69 ก (27 พฤษภาคม 2562): 127–134.
- มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. **ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 2** (ม.ป.ท., 2482).
- ยิ่งรัก อัฒมานนท์. **กฎหมายข่มขืนใหม่ ทำอะไรจะผิดฐานข่มขืนบ้าง** [Online]. Available URL: <https://ilaw.or.th/node/1859>, 2564 (กุมภาพันธ์, 1).
- ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554** [Online]. Available URL: <https://dictionary.orst.go.th/>, 2564 (มกราคม, 30).
- สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ. “เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่..) พ.ศ.... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ).” (กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์, 2562).
- หยุด แสงอุทัย. **คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.
- \_\_\_\_\_. “หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษในการตรากฎหมาย.” **วารสารสุทธิปริทัศน์** 35, 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2564): 21-43.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.

ประมวลกฎหมายอาญา.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5828/2558.

Penal Code of Japan.

The French penal Code.

The Sexual Offences Act 2003.



การละเมิดพุทธวินัยบัญญัติของพระภิกษุที่ส่งผลกระทบต่อ  
พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505:  
ศึกษากรณีกระทำความผิดอาญา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูณัช รัตนชัย



# การละเมิดพุทธวินัยบัญญัติของพระภิกษุที่ส่งผลกระทบต่อพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505: ศึกษากรณีกระทำความผิดอาญา\*

## The Violation of the Buddhist Law that affect the Sangha Act B.E. 2505: Case Study of Criminal Penalty

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูณัช รัตนชัย\*\*

Assistant Professor Dr.Pupanat Rattanachai

### บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา กรณีพระภิกษุกระทำละเมิดพระวินัยและเป็นการผิดทางอาญาด้วย พระภิกษุนั้นอาจต้องสละสมณเพศเมื่อมีผู้ร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน และเป็นไปตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 โดยเป็นวิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยการวิเคราะห์เอกสาร เก็บรวบรวมข้อมูลจากพระวินัยปิฎก พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 คำอธิบายกฎหมายอาญา แหล่งความรู้จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ และลงพื้นที่สัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ เพื่อนำมาวิเคราะห์สรุปผลการศึกษา

---

\*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “การละเมิดพุทธวินัยบัญญัติของพระภิกษุที่ส่งผลกระทบต่อพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 : ศึกษากรณีกระทำความผิดอาญา” โดยได้รับทุนสนับสนุนจากมหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี ประจำปี พ.ศ. 2564.

This article is part of research title “The Violation of the Buddhist Law that affect the Sangha Act B.E.2505 : Case Study of Criminal Penalty”. This research is funded by SuratThaniRajabhat University Year B.E. 2564 (AD 2021).

\*\*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี; น.บ. มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี; นศ.บ. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช; น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; พธ.ด. มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. E-mail: unique2554@gmail.com

Lecturer in Law at Faculty of Law, Suratthani Rajabhat University, LL.B. Suratthani Rajabhat University; B.A. Sukhothai Thammathirat University; M.A., Ramkhamhaeng University; Ph.D., Mahachulalongkornrajavidyalaya University.

วันที่รับบทความ (received) 25 ตุลาคม 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 25 พฤศจิกายน 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 11 กุมภาพันธ์ 2565.

เมื่อผู้วิจัยทำการศึกษาพระวินัยทั้งสิ้น 227 ลิกขาบท พบว่า มีพระวินัยจำนวน 24 ลิกขาบท ได้แก่ อาบัติปาราชิก 4, อาบัติสังฆาทิเสส 2, อาบัติอนินยต 2, และอาบัติปาจิตตีย์ 16 ที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญา ปรากฏตามประมวลกฎหมายอาญาจำนวน 16 มาตรา ได้แก่ มาตรา 276, 278, 279, 288, 326, 334, 341, 358, 359, 378, 389, 390, 391, 392, 393, 397 มาตรา 11 ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 และมาตรา 20 ตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557

ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะดังต่อไปนี้ การที่พระภิกษุต้องสละสมณเพศเมื่อถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 หาใช่เป็นวิธีลบล้างด้วยความสมัครใจไม่เพื่อเป็นการป้องกัน และเกิดความตระหนักแก่พระภิกษุมิให้ต้องโทษจนถูกสละสมณเพศในลักษณะดังกล่าว คณะสงฆ์และหน่วยงานที่รับผิดชอบควรส่งเสริมให้พระภิกษุได้ศึกษาพระวินัย ประกอบกับกฎหมายที่มีโทษทางอาญาที่เกี่ยวข้อง และพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 อีกทั้งควรนำพระวินัยจำนวน 24 ลิกขาบทไปออกข้อสอบนักธรรมสนามหลวงของพระภิกษุในแต่ละชั้นปี ตามความเหมาะสม

**คำสำคัญ:** การละเมิดพุทธวินัยบัญญัติ, พระภิกษุ, พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

### Abstract

The purpose of this research is to study a case of monks who violate the Buddhist discipline and cause a criminal offense. An accused monk possibly has to leave the Buddhist monkhood as the investigative officer receives a criminal complaint in accordance with the Sangha Act B.E. 2505 (1959). The research adopted the qualitative research method with documentary analysis and collected data from the Vinaya Pitaka, the Sangha Act, B.E. 2505, descriptions of criminal laws, knowledge sources from electronic media and interview of qualified expert to analyze the results of the study.

According to the study of 227 clauses of Buddhist discipline, it was found that there were 24 clauses, namely 4 Parajikas, 2 Sanghadisesas, 2 Aniyata and 16 Pacittiya offenses, related to criminal offenses as stated in 16 sections including Section 276, 278, 279, 288, 326, 334, 341, 358, 359, 378, 389, 390, 391, 392, 393 and 397 of the Criminal Code and Section 11 of the Forest Act, B.E. 2484 (1941) and Section 20 of Cruelty Prevention and Welfare of Animal Act, B.E. 2557 (2014).

The author puts forward the following suggestion. An accused monk leaving the Buddhist monkhood after being accused of committing a crime according to the Sangha Act, B.E. 2505 was not performed based on voluntary. To prevent and raise the awareness to ensure no unreasonable punishment inflict on a monk, the Sangha and responsible agencies should encourage monks to study the Buddhist disciplines, relevant criminal laws and the Sangha Act, B.E. 2505. Additionally, the 24 Buddhist disciplines should be applied in the Dharma examination of the monks in each year as appropriate.

**Keywords:** violation of buddhist disciplines, Monk, Sangha Act B.E. 2505 (1959)

## 1. บทนำ

พระพุทธศาสนาได้รับผลกระทบจากพระภิกษุบางรูปที่ได้ปฏิบัติตนขัดต่อพระวินัยไม่ใส่ใจในกิจของสงฆ์ กระทำตนดั่งเช่นคฤหัสถ์ ก่อความเดือดร้อนสร้างความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม จนฝ่ายราชอาณาจักรต้องเข้ามาออกกฎหมาย ควบคุมการปฏิบัติของพระภิกษุเพื่อกำหนดให้กระทำการหรือดเว้นกระทำการเช่นเดียวกับคฤหัสถ์ที่เป็นประชาชนทั่วไป ซึ่งปัจจุบันการปกครองคณะสงฆ์ได้อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของรัฐ ตามหลักเสมอภาค (Principle of Equality) อันเป็นความเท่าเทียมกันซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รองรับไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย<sup>1</sup>

รัฐได้ตราพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 เพื่อความเป็นระเบียบในการปกครองคณะสงฆ์ให้เหมาะสมแก่กาลสมัย เท่ากับเป็นรัฐธรรมนูญแห่งพุทธจักร<sup>2</sup> โดยมีผู้ปกครองคณะสงฆ์ที่เรียกว่ามหาเถรสมาคม ตามอำนาจแห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว เป็นผู้ทำหน้าที่ออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้ให้การปกครองคณะสงฆ์เป็นไปด้วยความเรียบร้อยในทุก ๆ ด้าน เรียกว่า กฎมหาเถรสมาคม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2511) ว่าด้วยการลงนิคหกรรมที่ออกมาบังคับใช้เพื่อปกป้องพระพุทธศาสนาไม่ให้เกิดความเสียหายจากการปฏิบัติผิดพระธรรมวินัยของพระภิกษุ และเพื่อความเป็นธรรมแก่พระภิกษุผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ได้มีโอกาสดังกล่าวเพื่อแสดงความบริสุทธิ์แห่งตน นอกจากนั้น ถ้าหากว่าพระภิกษุถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาตามกฎหมายบ้านเมืองก็จะต้องถูกดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรม เสมือนว่าเป็นราษฎรผู้กระทำความผิดทั่วไป

ปัญหาที่จะต้องนำมาพิจารณามีประเด็นอยู่ว่า พระวินัยบัญญัติมีจำนวนทั้งสิ้น 227 บท เริ่มจากบทลงโทษสถานหนัก เรียกว่า ครุโทษหรือมหันตโทษ ทำให้พระภิกษุผู้ต้องอาบัติขาดจากความเป็นภิกษุ ได้แก่ อาบัติปาราชิก ส่วนโทษสถานกลาง เรียกว่า มัชฌิมโทษ ทำให้พระภิกษุผู้ต้องอาบัติต้องอยู่กรรมก่อนจึงจะพ้นโทษ ได้แก่ อาบัติสังฆาทิเสส และโทษสถานเบา เรียกว่า ลหุโทษ ทำให้พระภิกษุผู้ต้องอาบัติที่ต่ำกว่าอาบัติสังฆาทิเสสต้องปลงอาบัติ คือ บอกอาบัติของตนแก่พระภิกษุด้วยกัน ได้แก่ อาบัติอุลลัจจัย ปาจิตตีย์ ปาฏิเทสนียะ ทุกกฏ และทุกภาษิต ซึ่งเรียกว่า ลหุกาบัติ<sup>3</sup>

<sup>1</sup>พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505.

<sup>2</sup>ศทวรุฑ ธีระวงษ์, “การดำเนินคดีอาญากับพระสงฆ์ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 60.

<sup>3</sup>ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 (กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คส์เคชั่นส์, 2542), หน้า 1364-1365.

แต่อย่างไรก็ตาม ในพระวินัยบางบทที่พระภิกษุกระทำละเมิด การกระทำนั้นจะต้องรับโทษทางอาญาตามกฎหมายบ้านเมืองอีกด้วย ซึ่งความผิดดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ได้ให้อำนาจดุลยพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรม อันได้แก่ พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ ใช้ดุลยพินิจเห็นสมควรว่าจะให้ปล่อยตัวชั่วคราวหรือไม่ ถ้าไม่เห็นสมควรให้ปล่อยตัวชั่วคราว พนักงานสอบสวนก็มีอำนาจดำเนินการให้พระภิกษุสละสมณเพศเสียได้ หรือในระหว่างการสอบสวนหรือพิจารณาคดียังไม่แล้วเสร็จ กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ให้อำนาจศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพื่อดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศได้

ผู้วิจัยจึงทำการศึกษาโทษตามพระวินัยจำนวนทั้งสิ้น 227 บท ว่าพระวินัยบทใดบ้างที่พระภิกษุละเมิดแล้วกระทบตามบทบัญญัติพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ที่ต้องโทษทางอาญา อันนำไปสู่การถูกสละสมณเพศ เพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาเรียนรู้ของพระภิกษุ ให้เพิ่มความระมัดระวังป้องกันมิให้การกระทำดังกล่าวกระทบต่อกฎหมาย ตลอดจนได้เกิดความรู้ ความเข้าใจในโทษทางอาญา สร้างความมั่นใจในปฏิบัติกิจของสงฆ์อย่างเข้มแข็ง แก่ลูกหลาน ตลอดจนจะได้สืบทอดพระพุทธศาสนาให้ยั่งยืน ยาวนานต่อไป

## 2. การละเมิดพุทธวินัย

การวิจัยในครั้งนี้ ผู้วิจัยได้ทำการศึกษา พระวินัยในจำนวนทั้งสิ้น 227 สิกขาบท และพบว่าพระวินัยที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางอาญามีจำนวนทั้งสิ้น 24 สิกขาบท ได้แก่ 1) อาบัติปาราชิก 4 สิกขาบท 2) อาบัติสังฆาติเสส 2 สิกขาบท 3) อาบัติอนียต 2 สิกขาบท และ 4) อาบัติปาจิตตีย์ 16 สิกขาบท กล่าวโดยสรุปดังนี้

### 1) อาบัติปาราชิกมีจำนวน 4 สิกขาบท

อาบัติปาราชิกในพระวินัยปิฎกพระพุทธเจ้าได้ทรงตรัสถึงคำว่า เป็นปาราชิก ความว่า บุรุษผู้ถูกตัดศรีษะแล้ว ไม่อาจมีสรีระคุมกันนั้นเป็นอยู่ ชื่อแม้นั้นใด ภิกษุก็ฉนั้นเหมือนกัน เสพเมถุนธรรมแล้ว ย่อมไม่เป็นสมณะ ไม่เป็นเชื้อสายพระศาสดาบุตร เพราะเหตุฉนั้นจึงตรัสว่า เป็นปาราชิก<sup>4</sup> อนึ่ง อันว่า “ปาราชิก” มีความหมายตามนัยของนักปราชญ์ในพุทธศาสนา ท่านให้ความหมายว่า “ปาราชิก เป็นชื่อ

---

<sup>4</sup>มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย: พระวินัยปิฎก มหาวีถก ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2539), หน้า 55.

อาบัติหนักที่สุด ต้องเข้าแล้วยอมขาดจากความเป็นภิกษุ เป็นชื่อบุคคลผู้ที่พ่ายแพ้ คือ ต้องอาบัติ<sup>5</sup> ปาราชิกเป็นชื่อสิกขาบท มี 4 อย่าง คือ เสพเมถุน ลักของเขา ข้ามมนุษย์ อวดอุตตริมนุสสธรรมที่ไม่มีในตน”<sup>6</sup> ดังนั้น “อาบัติปาราชิก” จึงเป็นบทลงโทษสถานหนักในพระพุทธศาสนา เมื่อภิกษุรูปใดต้องแล้วยอมขาดจากความเป็นภิกษุและอาบัติปาราชิกทั้ง 4 สิกขาบทมีองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับความผิดทางอาญาทั้ง 4 สิกขาบท

กรณีดังต่อไปนี้ผู้วิจัยจะขอลำถึงอาบัติปาราชิกที่มีความผิดทางอาญาดังต่อไปนี้

(1) อาบัติปาราชิกว่าด้วยภิกษุเสพเมถุน<sup>7</sup> สอดคล้องกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

(2) อาบัติปาราชิกว่าด้วยภิกษุลักของเขา สอดคล้องกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ความผิดฐานลักทรัพย์

(3) อาบัติปาราชิกว่าด้วยภิกษุข้ามมนุษย์ สอดคล้องกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น

(4) อาบัติปาราชิกว่าด้วยภิกษุอวดอุตตริมนุสสธรรมที่ไม่มีในตน สอดคล้องกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 ความผิดฐานฉ้อโกงซึ่งเป็นการหลอกลวงโดยแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งผลของการกระทำ ทำให้ผู้อื่นหลงเชื่อจนมีการโอนทรัพย์สินโดยผู้กระทำได้ทรัพย์สินไป หรือมีการทำ ถอน หรือ ทำลายเอกสารสิทธิ ดังนั้น การที่ภิกษุอวดอุตตริมนุสสธรรม<sup>8</sup> จึงเป็นการอวดคุณวิเศษที่ไม่มีอยู่ในตน เป็นต้นว่า ตนเองสามารถมองเห็นอนาคต เห็นดินแดนอากาศ หายตัวได้ เพื่อให้บุคคลอื่นหลงเชื่อว่าตนเองมีคุณวิเศษ เพื่อให้ได้มาซึ่งลาภสักการะ การกระทำเช่นนี้ จึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

<sup>5</sup>อาบัติ แปลว่า การต้อง, การล่วงละเมิด, โทษที่เกิดแต่การละเมิดสิกขาบท โปรดดู พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต), **พจนานุกรมพุทธศาสน์ ฉบับประมวลศัพท์**, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย, 2557), หน้า 545.

<sup>6</sup>พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต), เรื่องเดียวกัน, หน้า 239.

<sup>7</sup>เสพเมถุน คือ การร่วมประเวณีหรือการร่วมเพศระหว่างชายกับหญิงหรือระหว่างสัตว์เพศผู้กับสัตว์เพศเมีย โปรดดู แสง อุดมศรี, พระวินัยปิฎก 1 ว่าด้วยมหาวีรยัคหรือภิกษุวิรยัค (กรุงเทพมหานคร: ประยูรวงศ์ฟรินท์ติ้ง, 2546), หน้า 19.

<sup>8</sup>อุตตริมนุสสธรรม ธรรมยิ่งยวดของมนุษย์, ธรรมของมนุษย์ผู้ยอดเยี่ยม, ธรรมล้ำมนุษย์ ได้แก่ ฌาน วิโมกข์ สมาบัติ มรรคผล, บางทีเรียกให้ง่ายว่า ธรรมวิเศษบ้าง คุณวิเศษ หรือ คุณพิเศษบ้าง (พจนานุกรมเขียน อุตตริมนุสสธรรม) โปรดดู พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต), เรื่องเดิม, หน้า 560.

2) อาบัติสังฆาติเสสเป็นโทษสถานกลางซึ่งเป็นอาบัติที่สามารถแก้ไขหรือเยียวยาได้ด้วยการอยู่กรรมจึงจะพ้นโทษ มีโทษรองจากอาบัติปาราชิกที่ไม่สามารถแก้ไขหรือเยียวยาได้ อาบัติสังฆาติเสส มีจำนวน 13 สิกขาบท แต่มีส่วนสอดคล้องกับความผิดทางอาญาเพียง 2 สิกขาบท ได้แก่

(1) อาบัติสังฆาติเสสว่าด้วยภิกษุณีต้องกายกับมาตุคาม<sup>9</sup> สอดคล้องกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร (บุคคลอายุกว่า 15 ปี) มาตรา 279 วรรคหนึ่ง เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (อายุไม่เกิน 15 ปี) และมาตรา 279 วรรคสอง ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (อายุไม่เกิน 13 ปี) คำว่า “การกระทำอนาจาร” หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เพียงแต่กอดจูบลูบลำแตะต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควร ก็เป็นการอนาจารแล้ว<sup>10</sup>

(2) อาบัติสังฆาติเสสว่าด้วยภิกษุพูดเกี้ยวหญิง สอดคล้องกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ความหมายของ “พูดเกี้ยว” เป็นความประพฤติล่วงเกิน<sup>11</sup> และความหมายของคำว่า “ส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ” เป็นต้นว่า ตามเกี้ยวผู้หญิงที่ตนไม่รู้จักพูดจาคุกคามว่าจะปล้ำฉุดไปทำมิดีมิร้าย<sup>12</sup> ซึ่งผลของการกระทำยอ์ทำให้หญิงนั้นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ ตลอดถึงทำให้เสื่อมเสียศรัทธา เป็นที่ครหาแก่บุคคลทั่วไป

3) อนียตมีจำนวน 2 สิกขาบท คำว่า อนียต แปลว่า ไม่แน่นอน หมายถึง ไม่แน่นอนว่าจะปรับอาบัติใด อนียตสิกขาบทที่ 1 เป็นการปรับอาบัติระหว่างอาบัติปาราชิก อาบัติสังฆาติเสส กับอาบัติปาจิตติย์โดยขึ้นอยู่กับกระกระทำ ส่วนอนียตสิกขาบทที่ 2 จะเป็นการปรับอาบัติระหว่างอาบัติสังฆาติเสสกับอาบัติปาจิตติย์ แต่อย่างไรก็ตาม อนียตไม่ใช่ชื่ออาบัติ และไม่ใช่พระบัญญัติ<sup>13</sup> แต่เป็นเสมือนการนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาปรับว่าควรจะมีผลในความผิดฐานอาบัติใด ซึ่งผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงอนียตสิกขาบทที่ 1 และอนียตสิกขาบทที่ 2 เรียงตามลำดับ ดังต่อไปนี้

(1) อนียตว่าด้วยภิกษุหนึ่งในที่ลับตากับหญิงสองต่อสอง สอดคล้องกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคหนึ่งและวรรคสอง โดยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคล (อายุกว่า 15 ปี) ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (อายุไม่เกิน 15 ปี) ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

<sup>9</sup>มาตุคาม หมายถึง ผู้หญิง โปรดดู พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต), เรื่องเดิม, หน้า 315.

<sup>10</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550.

<sup>11</sup>มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, เรื่องเดิม, หน้า 285.

<sup>12</sup>ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 433.

<sup>13</sup>มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, “พระวินัยปิฎก,” ในเอกสารประกอบการสอนรายวิชา หมดวิชาแกนพระพุทธศาสนา (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2551), หน้า 44.

(อายุไม่เกิน 13 ปี) หรือมาตรา 276 อันเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ในแต่ละเรื่องว่าการลงมือก่อเหตุนั้นเป็นการกระทำในวัยของผู้หญิงช่วงใดและการกระทำนั้นได้ล่วงไปถึงขอบเขตขององค์ประกอบความผิดกฎหมายอาญาในมาตราใด

เหตุที่กล่าวเช่นนี้ เนื่องจากการที่ภิกษุหนึ่งในที่ลับตากับหญิงสองต่อสอง อาจเกิดการเสียหายอย่างอื่นตามมา เป็นต้นว่า ภิกษุถูกต้องกายผู้หญิงก็จะเป็นความผิดอาบัติสังฆาทิเสส หรือการเสกเมณฑน หากกระทำลงก็จะเป็นความผิดอาบัติปาราชิก และมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญฐานกระทำอนาจาร, หรือฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น การที่มีข้อห้ามมิให้ภิกษุหนึ่งในที่ลับตากับหญิงสองต่อสอง เป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้ และป้องกันมิให้เกิดการติเตียนจากสงฆ์ด้วยกันเอง หรือประชาชนทั่วไปอันเป็นที่มาแห่งความเสื่อมศรัทธา

(2) อนียตว่าด้วยการนั่งในที่ลับตากับหญิงสองต่อสอง สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ฐานทำให้ผู้อื่นอัปยศหรือเดือดร้อนรำคาญ

ข้อห้ามนี้ก็มีลักษณะที่ไม่แตกต่างจากข้อห้ามมิให้ภิกษุหนึ่งในที่ลับตากับหญิงสองต่อสอง เพราะการห้ามมิให้ปฏิบัติเช่นนั้นเป็นการป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นได้ การนั่งในที่ลับทูลหมายความว่า การอยู่ในสถานที่ใดที่หนึ่งที่อยู่ไกลจากผู้คน ซึ่งอาจจะมีผู้อื่นมองเห็นหรือไม่ก็ได้ แต่สำคัญอยู่ที่ว่าผู้อื่นไม่ได้ยินเสียงพูดคุยกันระหว่างภิกษุกับหญิงนั้น ซึ่งการพูดคุยดังกล่าวอาจจะเป็นการพูดจาเทอะโหม เกี่ยวหญิง เป็นการผิดอาบัติสังฆาทิเสสว่าด้วยภิกษุพูดเกี่ยวหญิง และสอดคล้องกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

4) อาบัติปาจิตตีย์ คำว่า ปาจิตตีย์ แปลว่า “การละเมิดอันยังกุศลให้ตก”<sup>14</sup> ซึ่งเป็นชื่อ อาบัติ เรียกว่า อาบัติปาจิตตีย์ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของภิกษุ เป็นลหุกาบัติที่เป็นอาบัติเบาที่พอจะแก้ไขได้ ดังนั้น อาบัตินี้ดังกล่าวหากภิกษุละเมิดเข้าแล้ว สามารถแก้ไขได้ด้วยการแสดงอาบัติต่อหน้าคณะสงฆ์ หรือภิกษุรูปหนึ่งรูปใดก็ได้<sup>15</sup> อาบัติปาจิตตีย์มีจำนวน 92 สิกขาบท แต่การศึกษานี้พบว่า อาบัติปาจิตตีย์มีความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญาจำนวน 16 สิกขาบท ได้แก่

(1) อาบัติปาจิตตีย์ว่าด้วยการเสียดสี<sup>16</sup> ตามพระวินัยเป็นการด่า สบประมาทต่อภิกษุอื่น คำว่า “เสียดสี” ได้แก่ การกล่าวเสียดสีด้วยอาการ 10 อย่าง คือ ขาดิกำเนต ชื่อ ตระกูล หน้าที่การงาน

<sup>14</sup>พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตฺโต), เรื่องเดิม, หน้า 235.

<sup>15</sup>มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, “พระวินัยปิฎก,” เรื่องเดิม, หน้า 54.

<sup>16</sup>มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย: พระวินัยปิฎก มหาวีถุส ภาค 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2539), หน้า 15.

ศิลปวิทยา ความเจ็บไข้ รูปลักษณ์ กิเลส อาบัติ คำคำที่หยาบ สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 อันเป็นความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า คำว่า “ดูหมิ่น” หมายความว่า ดูถูกเหยียดหยาม ทำให้อับอาย เสียหาย สบประมาทหรือด่า การดูหมิ่นอาจกระทำด้วยวาจาหรือกิริยาอย่างอื่น เช่น ยกเท้าให้เปลือยกายให้ของลับ<sup>17</sup> เป็นต้น ส่วนคำว่า “ซึ่งหน้า” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 393 หมายความว่า เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นต่อหน้า หรือจงใจให้ผู้ถูกดูหมิ่นรู้ได้<sup>18</sup>

(2) อาบัติปาจิตตีย์ว่าด้วยการนอนร่วมกันกับมาตุคาม ข้อห้ามนี้ตามพระวินัยเป็นการป้องกันมิให้เกิดโอกาสในการร่วมประเวณีระหว่างภิกษุกับผู้หญิง ถึงแม้ว่าภิกษุนั้นจะมีได้ลงมือกระทำการใดก็เป็นความผิดตามอาบัติปาจิตตีย์แล้ว หากภิกษุใดฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวด้วยการลงมือกระทำการอนาจาร ย่อมเป็นความผิดอาบัติสังฆาทิเสส แต่ถ้าภิกษุนั้นลงมือล่วงไปถึงขั้นร่วมประเวณีก็จะส่งผลให้การกระทำนั้น เป็นความผิดต้องอาบัติปาราชิก และสอดคล้องกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคหนึ่งและวรรคสอง โดยความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคล (อายุกว่า 15 ปี) และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (อายุไม่เกิน 15 ปี) และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (อายุไม่เกิน 13 ปี) หรือมาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

(3) อาบัติปาจิตตีย์ว่าด้วยพรากรกตคาม คำว่า “กตคาม” ได้แก่ พืชพันธุ์ 5 ชนิด คือ 1. พืชพันธุ์เกิดจากเหง้า 2. พืชพันธุ์เกิดจากลำต้น 3. พืชพันธุ์เกิดจากตา 4. พืชพันธุ์เกิดจากยอด 5. พืชพันธุ์เกิดจากเมล็ด<sup>19</sup> พระวินัยข้อนี้มีเจตนามิให้ภิกษุตัดไม้ที่เป็นพืช 5 ชนิด โดยเฉพาะพืชพันธุ์เกิดจากลำต้นที่เป็นไม้ป่า ไม้ยืนต้นที่ทางบ้านเมืองได้หวงห้ามเอาไว้ หรือพืชผลของกสิกร แม้กระทั่งพืชชนิดต่าง ๆ ที่มีเจ้าของได้รักษาเอาไว้ การทำลายดังกล่าวนอกจากจะผิดพระวินัยแล้วยังสอดคล้องกับความผิดตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 มาตรา 11 ความผิดฐานทำไม้ ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 359 ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์สินพิเศษ<sup>20</sup> มาตรา 358 ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์

<sup>17</sup>จิตติ ดิงศภัทัย, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (นนทบุรี: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2553), หน้า 1237.

<sup>18</sup>นภดล พลกุล, สัมมนากฎหมายอาญา (ชลบุรี: สัตตะบรรณ, 2557), หน้า 220.

<sup>19</sup>มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย: พระวินัยปิฎก มหาวีถังค ภาค 2, เรื่องเดิม, หน้า 91.

<sup>20</sup>ทรัพย์สินพิเศษ ได้แก่ พืชหรือพืชผลของกสิกร ตามประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 359 (4).

(4) อาบัติปาจิตติยว่าด้วยการฉุดลากออก คำว่า “ฉุดลาก” คือ จับในท้องฉุดลากออกไปไว้หน้าห้อง จับที่หน้าห้องฉุดลากออกไปข้างนอก หรือฉุดลากพันประตูหลายประตู ด้วยความพยายามครั้งเดียว<sup>21</sup> กรณีดังกล่าวเป็นที่มาของการกำหนดอาบัติปาจิตติยว่าด้วยการฉุดลาก อันเป็นการทำร้ายภิกษุด้วยกันเอง สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 ความผิดฐานใช้กำลังทำร้าย คำว่า “ใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น” หมายถึง กระทำโดยใช้แรงกายภาพ เช่น การเตะต่อย ตบ ถีบ<sup>22</sup> หรือการจับมือให้เขาหลุก โดยเขาไม่สมัครใจ เป็นการใช้กำลังทำร้าย<sup>23</sup>

(5) อาบัติปาจิตติยว่าด้วยกุฏิชั้นลอย คำว่า กุฏิชั้นลอย คือ กุฏิมีพื้น 2 ชั้น หรือ 3 ชั้น แต่มีได้ปูพื้นชั้นบน รอดที่คานสูงพอพ้นศีรษะ<sup>24</sup> เรื่องนี้ ภิกษุ 2 รูป อาศัยในกุฏิชั้นลอยในวิหารของสงฆ์ รูปหนึ่งอยู่ชั้นล่าง อีกรูปหนึ่งอยู่ชั้นบน รูปที่อยู่ชั้นบนนั่งอย่างแรงบนเตียงชนิดที่มีเท้าเสียบ (ไม่มีลิ้นสลัก) เท้าเตียงตกลงมากระทบบนศีรษะภิกษุที่นั่งอยู่ชั้นล่างจนได้รับบาดเจ็บ ข้อห้ามนี้ พระพุทธเจ้าทรงประสงค์มิให้ภิกษุรูปใดประมาทในการใช้อริยาบถในการนั่ง การยืน การเดิน การนอน เพราะอาจจะส่งผลกระทบเกิดความเสียหายแก่ภิกษุหรือบุคคลอื่น ๆ ได้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 389 ความผิดฐานทำให้ของแข็งตกน่าจะเป็นอันตรายหรือเดือดร้อนรำคาญแก่บุคคลและ มาตรา 390 ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ซึ่งการปรับเข้ากับข้อกฎหมายในกรณีนี้ต้องดูพฤติการณ์เป็นเรื่อง ๆ ไปว่า ผลที่เกิดขึ้นได้รับอันตรายมากน้อยประการใด

(6) อาบัติปาจิตติยว่าด้วยการดื่มสุราและเมรัย ที่ชื่อว่า “สุรา” หมายถึง สุราที่ทำจากแป้ง สุราที่ทำจากขนม สุราที่ทำจากข้าวสุก สุราหมักแป้งเชื้อเหล้า สุราที่ผสมเครื่องปรุงหลายชนิด<sup>25</sup> ความหมายว่า “เมรัย” ได้แก่ น้ำหมักดองดอกไม้ น้ำหมักดองผลไม้ น้ำหมักดองน้ำผึ้ง น้ำหมักดองน้ำอ้อยยบ น้ำหมักดองที่ผสมเครื่องปรุงหลายชนิด<sup>26</sup> การที่ภิกษุเสพของต้องห้ามนี้ เมื่อถึงขนาดขาดสติแล้ว

<sup>21</sup>มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย: พระวินัยปิฎก มหาวีรยัต ภาควิชา 2, เรื่องเดิม, หน้า 126.

<sup>22</sup>สทนต์ กิติ ศุภการ, หลักคำพิพากษา: กฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์ พรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563), หน้า 675.

<sup>23</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2199/2519.

<sup>24</sup>มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย: พระวินัยปิฎก มหาวีรยัต ภาควิชา 2, เรื่องเดิม, หน้า 306.

<sup>25</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 328.

<sup>26</sup>เรื่องเดียวกัน.

อาจทำให้ภิกษุนั้นกระทำความผิดพระวินัยในข้ออื่น ๆ และข้อกฎหมายได้อีกมากมาย เป็นต้นว่า ขาดสติแล้วทะเลาะวิวาททำร้ายร่างกายบุคคลอื่น ขาดสติแล้วขับรถไปชนทรัพย์สินผู้อื่นเสียหาย ซึ่งเรื่องเหล่านี้ล้วนแต่เกิดเป็นข่าวนมาแล้วทั้งสิ้น<sup>27</sup> และพระวินัยบัญญัติในข้อดังกล่าวสอดคล้องกับ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 378 ความผิดฐานเมาในที่สาธารณะเป็นปฐมบท ส่วนการสร้าง ความเสียหายอื่น ๆ ก็ปรับไปตามความผิดของพระวินัยและกฎหมายเป็นกรณีไป

(7) อาบัติปาจิตติยว่าด้วยการใช้นิ้วมือจิกกันและกัน เรื่องนี้เกิดจากสมัยพุทธกาล ภิกษุกลุ่มหนึ่งได้ร่วมกันใช้นิ้วจิกภิกษุรูปหนึ่งเพื่อให้หัวเราะ และภิกษุรูปนั้นได้หัวเราะจนเหนื่อย หายใจไม่ทัน ถึงแก่เมรณภาพ จึงเป็นที่มาของข้อห้ามมิให้ภิกษุกระทำการดังกล่าว สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 390 ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ

(8) อาบัติปาจิตติยว่าด้วยความจงใจปลงชีวิตสัตว์เป็นข้อห้ามมิให้ภิกษุทำร้ายสัตว์โดยมี คำนियามตามพระไตรปิฎก ดังนี้ คำว่า “จงใจ” ได้แก่ รู้อยู่ รู้ต้อย จงใจ ฝ่าฝืน ล่วงละเมิด<sup>28</sup> ชื่อว่า “สัตว์มีชีวิต” พระผู้มีพระภาคตรัส หมายถึง สัตว์ดิรัจฉาน<sup>29</sup> คำว่า “ปลงชีวิต” ได้แก่ ตัดทำลายชีวิต ข้อห้ามนี้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 381 ความผิดฐานทารุณสัตว์ และพระราชบัญญัติ ป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 มาตรา 20 ความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์

(9) อาบัติปาจิตติยว่าด้วยการเดินทางไกลร่วมกับพ่อค้าเกวียนผู้เป็นโจร ซึ่งข้อห้ามในข้อนี้ ถ้าหากภิกษุรู้ก่อนแล้ว หรือรู้ในขณะที่เดินทางก็ควรยุติไม่ร่วมเดินทางไปด้วยกัน อาบัติในข้อนี้พระพุทธเจ้า ทรงบัญญัติขึ้นมา เพื่อมิให้ภิกษุเข้าไปข้องเกี่ยวกับการกระทำความผิดทั้งปวง ถึงแม้ว่าภิกษุนั้นจะมีได้ มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดก็ตาม เมื่อถูกเจ้าหน้าที่ดำเนินคดี ภิกษุก็ต้องแสดงความบริสุทธิ์ใจ ด้วยการแสดงพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อให้พ้นข้อกล่าวหา หากแสดงไม่ได้ก็จะตกเป็นผู้ต้องหา หรือ จำเลยในเวลาต่อมา ความผิดในการล่วงวินัยในข้อนี้ จึงมีความสำคัญต่อเหตุการณ์ปัจจุบันอย่างยิ่ง เนื่องจากการที่ภิกษุเดินทางร่วมกับผู้กระทำความผิดอาจมีความผิดหลายรูปแบบ เป็นต้นว่า เดินทางร่วมกับผู้ขนสินค้าหนีภาษี เดินทางร่วมกับผู้ค้ายาเสพติด เดินทางร่วมกับผู้ค้ายาเสพติด เดินทางร่วมกับผู้ลักลอบค้าสัตว์ซึ่งความผิดในฐานะที่กล่าวมาล้วนเป็นโทษทางอาญาทั้งสิ้น

<sup>27</sup>มติชนออนไลน์, สุด! พระตั้งวงขดเหล้ามาได้ทีกันยับ หน้าแหก เลือดอาบ ขับรถหนีผิด-แอลกอฮอล์ สูงปรี๊ด [Online], available URL: [https://www.matichon.co.th/region/news\\_2704890,2564](https://www.matichon.co.th/region/news_2704890,2564) (พฤษภาคม, 3).

<sup>28</sup>มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย : พระวินัยปิฎก มหาวีรังก์ ภาค 2, เรื่องเดิม, หน้า 384.

<sup>29</sup>เรื่องเดียวกัน.

(10) อาบัติปาจิตตีย์ว่าด้วยการชักชวนเดินทางไกลร่วมกับมาตุคาม ความผิดตามพระวินัยนี้ก็เป็นข้อห้ามอีกข้อหนึ่งในเรื่องของการเดินทางไกลของภิกษุในปัจจุบัน ที่อาจจะมีการกล่าวหาในทางอาญาได้ โดยเกิดจากข้อกล่าวหาของผู้หญิงที่เดินทาง หรือจากผู้ปกครองของผู้หญิงนั้น ไม่ว่าจะกรณีการถูกกักขังหน่วงเหนี่ยว อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในหมวดความผิดต่อเสรีภาพ การถูกระงับอำนาจ การถูกข่มขืนกระทำชำเรา อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ และยังมีอีกหลายฐานความผิดที่มีโทษในทางอาญาขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ที่กระทำเป็นเรื่อง ๆ ไป

(11) อาบัติปาจิตตีย์ว่าด้วยการทำร้ายเพื่อนภิกษุ การทำร้ายร่างกายภิกษุด้วยตนเองเป็นความผิดตามพระวินัยในข้อนี้ และสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 ความผิดฐานใช้กำลังทำร้าย

(12) อาบัติปาจิตตีย์ว่าด้วยการเจื้อยหอกซึ่งเป็นการกล่าวถึงการเปรียบเทียบของลักษณะท่าทาง คือ เป็นการเจื้อยฝ่ามือขึ้นทำท่าว่าจะทำร้ายนั่นเองอาบัติในข้อนี้มีต้นบัญญัติอยู่ว่าสมัยพุทธกาล ภิกษุกลุ่มหนึ่งโกรธ ไม่พอใจภิกษุอีกกลุ่มหนึ่ง จึงเจื้อยฝ่ามือขึ้นจะทำร้ายภิกษุกลุ่มนั้น ภิกษุผู้ทราบเรื่องจึงนำเรื่องนี้ไปกราบทูลพระพุทธเจ้าให้ทรงทราบ พระองค์จึงทรงรับสั่งให้ภิกษุทั้งหลายยกสิกขาบทนี้ขึ้นเป็นพระวินัยสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392 ความผิดฐานขู่เชิญผู้อื่นให้กลัวหรือตกใจ

(13) อาบัติปาจิตตีย์ว่าด้วยการใส่ความด้วยอาบัติสังฆาติเสสที่ไม่มีมูล คำว่า “ไม่มีมูล” หมายถึง ไม่ได้เห็น ไม่ได้ยิน ไม่ได้นึกสงสัย<sup>30</sup> ส่วน “อาบัติสังฆาติเสส” หมายความว่า เป็นอาบัติสังฆาติเสส 13 สิกขาบท ในข้อใดข้อหนึ่ง<sup>31</sup> และ “ใส่ความ” หมายความว่า ภิกษุโจทเอง<sup>32</sup> หรือสั่งภิกษุอื่นให้โจท<sup>33</sup> ซึ่งการกระทำของภิกษุรูปหนึ่งได้ใส่ความภิกษุอีกรูปหนึ่งต่อภิกษุอื่น ด้วยการกล่าวหาผิดอาบัติสังฆาติเสส ซึ่งเป็นอาบัติที่หนัก และทำให้ภิกษุผู้ถูกกล่าวหาเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง จึงสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 ความผิดฐานหมิ่นประมาท

<sup>30</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 461.

<sup>31</sup>เรื่องเดียวกัน.

<sup>32</sup>โจท หมายถึง ฟ้อง, ราชบัณฑิตยสถาน, เรื่องเดิม, หน้า 329.

<sup>33</sup>มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย: พระวินัยปิฎก มหาวีถัมภ์ ภาค 2, เรื่องเดิม, หน้า 461.

(14) อาบัติปาจิตติยว่าด้วยการจงใจก่อความรำคาญเป็นข้อห้ามเพื่อให้ภิกษุสำรวมทั้งกาย วาจา และจิตใจ ไม่ให้กระทำการใด ๆ เป็นการสร้างความรำคาญแก่ภิกษุอื่น อาบัติในข้อนี้สอดคล้องกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

(15) อาบัติปาจิตติยว่าด้วยการเก็บรัทธาที่เจ้าของลืมไว้ คำว่า “รัทธา” ได้แก่ แก้วมุกดา แก้วมณี แก้วไพฑูรย์ สังข์ ศิลา แก้วประพาฬ เงิน ทอง แก้วทับทิม แก้วลาย<sup>34</sup> การกำหนดข้อห้ามตามพระวินัยดังกล่าว เป็นการป้องกันมิให้ถูกกล่าวหาว่าภิกษุกระทำความผิด ดังกรณีที่ภิกษุเก็บธนบัตรได้สองหมื่นบาทเพื่อคืนเจ้าของแต่เจ้าของบอกว่ารธนบัตรของตนเองที่สูญหายไปมีจำนวนสามหมื่นบาทถ้าภิกษุผู้เก็บได้ไม่คืนธนบัตรให้ครบถ้วนหรือเมื่อภิกษุเก็บทรัพย์สินมีค่าได้แล้วไม่คืนเจ้าของก็จะกลายเป็นการลักทรัพย์ หรือถ้าทรัพย์สินนั้นได้หายและภิกษุนั้นเก็บได้แล้วเก็บไว้เป็นของตน โดยคิดว่าเจ้าของเลิกตามของแล้ว อาจเป็นความผิดอาญฐานยักยอกทรัพย์สินหายได้และกรณีดังกล่าวมีความผิดทั้งพระวินัยฐานอาบัติปาราชิกและมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญฐานลักทรัพย์หรือยักยอกทรัพย์สินหาย ดังนั้น การที่พระพุทธเจ้าทรงห้ามมิให้ภิกษุเก็บของมีค่าที่ตกหล่นเป็นการกำหนดพระวินัยเพื่อคุ้มครองภิกษุนั้นมิให้ต้องรับผิดทั้งพระวินัยและโทษทางอาญาที่บังคับไว้ในปัจจุบัน

(16) อาบัติปาจิตติยว่าด้วยการเข้าหมู่บ้านในเวลาวิกาลที่ชื่อว่า “เวลาวิกาล” หมายถึงเวลาเมื่อเที่ยงวันล่วงไปแล้วจนถึงอรุณขึ้น<sup>35</sup> คำว่า “เข้าหมู่บ้าน” หมายความว่า เมื่อภิกษุก้าวเลยเข้าเขตรั้วล้อมของหมู่บ้านที่มีรั้วล้อม หรือเมื่อภิกษุก้าวเข้าเขตอุปจาร<sup>36</sup> ของหมู่บ้านที่ไม่มีรั้วล้อม พระวินัยข้อนี้เป็นการบัญญัติเพื่อมิให้ภิกษุออกไปนอกเขตอารามหรือที่พักตนในยามวิกาลซึ่งหาใช่เป็นการประกอบกิจทางสงฆ์ไม่ แต่ก็มีข้อยกเว้นว่า การเดินทางไปในยามวิกาลนั้นก็ต้องบอกภิกษุรูปอื่นเอาไว้ว่าตนต้องการเดินทางไปเพื่อการใดในเหตุจำเป็นรีบด่วนก็จะไม่ผิดอาบัติข้อนี้<sup>37</sup>

<sup>34</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 741.

<sup>35</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 513.

<sup>36</sup>อุปจาร หมายถึง เขตแดน จวนเจียน ที่ใกล้ชิด ระยะใกล้เคียง ขาน บริเวรรอบ ๆ ดังตัวอย่างคำที่ว่า อุปจารเรือน อุปจารบ้าน แสดงตามที่ท่านอธิบายในอรรถกถาพระวินัยดังนี้ อาคารที่ปลูกขึ้นร่วมในกระแจะน้ำตกที่ชายคาเป็นเรือนบริเวรรอบ ๆ เรือนซึ่งกำหนดเอาที่แม่บ้านยืนอยู่ที่ประตูเรือนสาคน้ำล้างภาชนะออกไป หรือแม่บ้านยืนอยู่ภายในเรือนโยนกระดังหรือไม้กวาดออกไปภายนอกตกที่ใด ระยะรอบ ๆ กำหนดนั้นเป็นอุปจารเรือน โปรดดู พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตฺโต), เรื่องเดิม, หน้า 567.

<sup>37</sup>มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย: พระวินัยปิฎก มหาวีถังค ภาค 2, เรื่องเดิม, หน้า 515.

อนึ่ง การที่ภิกษุเดินทางยามวิกาล กฎหมายได้เข้าไปข้องเกี่ยวเช่นไรนั้นหาใช่เป็นการข้องเกี่ยวโดยตรงไม่ แต่ในยามวิกาลนั้น อาจจะเป็นที่มาของการกระทำความผิดอาญาได้หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการบุกรุกในเคหสถาน การก่ออาชญากรรม หรือการก่อเหตุการณอื่นใดก็ตามที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ล้วนแต่ไม้อาจจะกระทำได้ทั้งสิ้น ดังนั้น การละเมิดพระวินัยข้อนี้ก็น่าจะนำไปสู่การกระทำความผิดอาญาหรือถูกโจทก์ว่าภิกษุนั้นกระทำความผิดอาญาก็เป็นได้

ผู้วิจัยได้ศึกษาแล้วจึงสรุปว่า การที่ภิกษุละเมิดข้อห้ามตามพระวินัย อาจจะมีความผิดและรับโทษทางอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญา 16 มาตรา ได้แก่ มาตรา 276, 278, 279, 288, 326, 334, 341, 358, 359, 378, 389, 390, 391, 392, 393, และ 397 และเป็นความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 มาตรา 11 ความผิดฐานทำไม้ ประกอบกับเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 มาตรา 20 ความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์

ส่วนอาบัติอีกข้อหนึ่งว่า ถุลลัจจัย หมายถึง ความล่วงละเมิดที่อยาก เป็นข้ออาบัติหยาบอย่างหนึ่งที่มีความผิดขั้นรองลงมาจากอาบัติสังฆาทิเสส เช่น ภิกษุชักสือให้ชายหญิงเป็นผัวเมียกัน ต้องอาบัติสังฆาทิเสส แต่ถ้าภิกษุชักสือบัณฑิต (กระเทย) ต้องอาบัติถุลลัจจัย เป็นต้น<sup>38</sup> ซึ่งอาบัติถุลลัจจัยนี้ได้ถูกครอบคลุมโดยอาบัติสังฆาทิเสสแล้ว ผู้วิจัยจึงไม่ต้องนำมากล่าวในเรื่องฐานความผิดพระวินัยและฐานความผิดทางอาญาอีก

การศึกษาในครั้งนี้พบว่า โทษทางพระวินัยมีบทลงโทษสถานหนัก สถานกลาง และสถานเบา ตามที่มีบทกำหนดโทษเอาไว้ โดยพระวินัยมีบทลงโทษสถานหนัก คือ อาบัติปาราชิกที่พระภิกษุต้องแล้วจะขาดจากความเป็นภิกษุ ไม่ว่าจะนุ่งห่มจีวรอยู่ในขณะนั้นหรือไม่ เป็นบทลงโทษทางจิตใจสร้างความมัวหมองแก่จิตใจตลอดเวลาที่จิตเข้าไปประสพถึง กลายเป็นกรรมที่ผูกพันจิตใจไปตลอดเวลา โทษสถานกลาง ได้แก่ อาบัติสังฆาทิเสส พระภิกษุผู้ต้องอาบัติต้องอยู่กรรมก่อนจึงจะพ้นโทษ และโทษสถานเบา หากพระภิกษุละเมิดแล้ว ต้องบอกอาบัติของตนแก่พระภิกษุด้วยกันจึงพ้นโทษ ส่วนโทษทางอาญาเป็นการลงโทษทางร่างกายเกี่ยวกับเสรีภาพทางกายที่มีโทษ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ หรือริบทรัพย์สิน<sup>39</sup> ขึ้นกับการกระทำที่จะเข้าความผิดในลักษณะเช่นใด ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับโทษตามพระวินัย คือ โทษสถานหนัก โทษสถานกลางและโทษสถานเบาตามลำดับแห่งการกระทำเช่นกัน

<sup>38</sup>พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตฺโต), เรื่องเดิม, หน้า 122.

<sup>39</sup>ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 18.

แต่กระนั้นก็ดี นอกจากการศึกษาถึงบทลงโทษสถานต่าง ๆ ลดหลั่นลงมาดังที่กล่าวมาแล้ว เมื่อพิจารณาถึงการพ้นโทษตามพระวินัย มีอยู่เพียง 2 ประการ คือ โทษสถานกลาง และโทษสถานเบาเท่านั้น ส่วนโทษสถานหนักไม่อาจแก้ไขให้พ้นโทษได้ แต่เมื่อพิจารณาโทษทางอาญา กฎหมายไม่ได้มองว่าพระภิกษุจะต้องโทษทางพระวินัยสถานใด พ้นโทษทางพระวินัยมาแล้วหรือไม่ หรือขาดจากความเป็นภิกษุเมื่อใด หากพระภิกษุกระทำการใด ๆ ที่ผิดกฎหมายก็ต้องรับโทษทางอาญา เฉกเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป และต้องสละสมณเพศเพื่อเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมด้วยกันทั้งสิ้น ถึงแม้ว่าได้พ้นโทษทางพระวินัย แต่ก็หาพ้นโทษทางอาญาไม่

### 3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อผู้วิจัยได้รวบรวมความผิดที่พระภิกษุละเมิดพระวินัยและต้องถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญาแล้ว ซึ่งตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 29 ได้กำหนดว่า “พระภิกษุรูปใด ถูกจับโดยต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่เห็นสมควรให้ปล่อยชั่วคราว และเจ้าอาวาสแห่งวัดที่พระภิกษุรูปนั้นสังกัดไม่รับมอบตัวไว้ควบคุม หรือพนักงานสอบสวนไม่เห็นสมควรให้เจ้าอาวาสรับตัวไปควบคุมหรือพระภิกษุรูปนั้นมิได้สังกัดในวัดใดวัดหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจจัดดำเนินการให้พระภิกษุรูปนั้นสละสมณเพศเสียได้”

การศึกษาวิจัยในครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความรู้ ความเข้าใจให้แก่พระภิกษุได้ทราบถึง บทบัญญัติตามพระวินัยที่มีองค์ประกอบความผิดอาญาและกฎหมายที่มีโทษทางอาญาที่ส่งผลกระทบต่อพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 เป็นการป้องกันพระภิกษุที่กระทำประมาทในพระวินัยจนส่ง ผลเสียหายต้องรับโทษตามกฎหมายบ้านเมือง ถ้าหากพระภิกษุปฏิบัติดีปฏิบัติชอบ ระมัดระวังในพระวินัย ย่อมทำให้การกระทำนั้น ไม่ข้องเกี่ยวกับความผิดอาญาอย่างแน่แท้ และสามารถครองตนอยู่ใน ร่มกาสาวพัสตร์ได้ด้วยจิตจำนงที่ประสงค์จะสร้างบุญบารมีแก่ตนตลอดไป

การศึกษาในครั้งนี้ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

- 1) หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของคณะสงฆ์ ควรหาทางป้องกันมิให้พระภิกษุต้องถูกสละสมณเพศ ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 จากการกระทำความผิดพระวินัยที่มีผลมาจากการกระทำความผิดตามกฎหมายบ้านเมืองด้วย โดยการให้พระภิกษุได้ศึกษาพระวินัยในทุกสิกขาบทให้เข้าใจอย่างถ่องแท้ ไม่ควรมองข้ามแม้กระทั่งอาบัติเล็กน้อยที่จะเป็นความผิดทางอาญาด้วย

2) หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการดำเนินการของคณะสงฆ์ ที่ได้มีการเรียน การสอน และสอบนักธรรมสนามหลวงของภิกษุในปัจจุบัน ควรเน้นพระวินัยจำนวน 24 สิกขาบทที่ได้ศึกษาค้นคว้ามาในครั้งนี้ โดยการนำไปออกข้อสอบนักธรรมสนามหลวงของแต่ละชั้นปี

3) หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการดำเนินการของคณะสงฆ์ จัดอบรมถวายความรู้แก่พระภิกษุ โดยพระภิกษุผู้มีความรู้ด้านกฎหมาย หรือนักกฎหมายเกี่ยวกับพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 และความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจ สามารถนำไปปฏิบัติใช้ได้จริง

### บรรณานุกรม

- คทาฐ วีระวงษ์. “การดำเนินคดีอาญากับพระสงฆ์ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505.” วิทยานินพนธ์  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- จิตติ ติงศภัทัย. **กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3**. นนทบุรี: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2553.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ**. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร:  
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- นภดล พลกุล. **สัมมนากฎหมายอาญา**. ชลบุรี: สัตตะบรรณ, 2557.
- พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต). **พจนานุกรมพุทธศาสน์ ฉบับประมวลศัพท์**. พิมพ์ครั้งที่ 22.  
กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2557.
- มติชนออนไลน์. **สุด! พระตั้งวงชดเหล้ามาได้ทีที่ติกันยับ หน้าแหก เลือดอาบ ขับริกหนีผิด-แอลกอฮอล์  
สูงปรี๊ด** [Online]. Available URL: [https://www.matichon.co.th/region/news\\_2704890](https://www.matichon.co.th/region/news_2704890),  
2564 (พฤษภาคม, 3).
- มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. **พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย:  
พระวินัยปิฎกมหาวิภังค์ ภาค 1**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย,  
2539.
- \_\_\_\_\_. **พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย: พระวินัยปิฎกมหาวิภังค์ ภาค 2**.  
กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2539.
- \_\_\_\_\_. **“พระวินัยปิฎก.” ในเอกสารประกอบการสอนรายวิชา หมวดวิชาแกนพระพุทธศาสนา**.  
กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2551.
- ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542**. กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คส์  
พับลิเคชันส์, 2542.
- แสวง อุดมศรี. **พระวินัยปิฎก 1 ว่าด้วยมหาวิภังค์หรือภิกขุวิภังค์**. กรุงเทพมหานคร: ประยูรวงศ์พรินต์ติ้ง,  
2546.
- สหรัฐ กิติ ศุภการ. **หลักคำพิพากษา: กฎหมายอาญา**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์  
พรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563.
- พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505.
- ประมวลกฎหมายอาญา.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2199/2519.



กฎระเบียบการคุ้มครองผู้บริโภคด้านกิจการกระจายเสียง  
และโทรทัศน์ในยุคการหลอมรวมสื่อของสิงคโปร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศิริกัญญา ตูสีตนาพันธ์



**กฎระเบียบการคุ้มครองผู้บริโภคด้านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์  
ในยุคการหลอมรวมสื่อของสิงคโปร์\***  
**Consumer Protection Regulations for Broadcasting and Television  
Business in Convergence Media Era of Singapore**

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศิริญญา ดุสิตนานนท์\*\*  
Assistant Professor Dr.Sirinya Dusitnanond

บทคัดย่อ

สิงคโปร์เป็นประเทศที่มีบทบาทสำคัญในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ และมีความก้าวหน้าในหลายด้าน ซึ่งรวมถึงเทคโนโลยีด้านบันเทิงและการสื่อสาร อีกทั้งยังเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคได้ดี ประเทศสิงคโปร์มีกฎหมายว่าด้วยการแพร่ภาพกระจายเสียง ค.ศ. 1994 เป็นกฎหมายสำคัญในการควบคุมกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ มีสำนักงานการพัฒนา

---

\*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “มาตรการและข้อเสนอแนะเพื่อกำหนดนโยบายและกฎระเบียบการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ในยุคการหลอมรวมสื่อ” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากกองทุนวิจัยและพัฒนากิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์สาธารณะ ประจำปี พ.ศ. 2564.

This article is a part of the research title “Measures and recommendations project to formulate consumer protection policies and regulations of broadcasting and television business in media convergence era”. This research is funded by the Broadcasting and Telecommunications Research and Development Fund for Public Interest, 2021.

\*\*ผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; LL.M. in Taxation, King’s College London; Ph.D (Law) Brunel University, UK. E-Mail: sirinya\_dus@utcc.ac.th

Director of Master of Laws, University of the Thai Chamber of Commerce; LLB (2nd class honors) Chulalongkorn University; LL.M. in Taxation, King’s College London; Ph.D (Law) Brunel University, UK.

วันที่รับบทความ (received) 17 กุมภาพันธ์ 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 18 เมษายน 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 21 เมษายน 2565.

ข้อมูลและการสื่อสารเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมหรือกำกับดูแลการคุ้มครองผู้บริโภคด้านกิจการดังกล่าว โดยผู้ประกอบการไม่ว่าผู้ประกอบการดั้งเดิม หรือแบบ OTT TV จำต้องได้รับอนุญาตจาก (“MDA หรือ IMDA” แล้วแต่กรณี) ก่อนเสมอจึงจะสามารถเผยแพร่สื่อของตนได้ นอกจากนี้ ประเทศสิงคโปร์ยังให้ความสำคัญในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็นพิเศษ มีการกำหนดระดับรายการเพื่อให้คำแนะนำแก่ผู้ปกครองในรายการที่มุ่งเสนอต่อเด็ก มีองค์กรอื่นส่งเสริมการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์เป็นจำนวนมากและองค์กรเหล่านี้มีนโยบายที่สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่ก้าวหน้า มีการตรากฎหมายเพื่อสอดคล้องกับยุคโลกาภิวัตน์ทำให้ผู้บริโภคสื่อออนไลน์ได้รับความคุ้มครองอย่างครอบคลุม อาทิ การตรากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค (การค้าที่เป็นธรรม) ค.ศ. 2003 การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ค.ศ. 2012 เป็นต้น การศึกษากฎระเบียบด้านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ของสิงคโปร์จึงเป็นประโยชน์ต่อการกำหนดนโยบายและกฎระเบียบด้านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ในยุคการหลอมรวมสื่อในยุคหลอมรวมสื่อเพื่อการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม

**คำสำคัญ:** กฎระเบียบ, กิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์, โอทีที

### Abstract

Singapore is an important country in Southeast Asia and has made progress in many areas including entertainment and communication technology. It is also a country that attaches great importance to the protection of consumer rights. Singapore has the Broadcasting Law Act B.C. 1994, an important law regulating broadcasting and television businesses. The Info-communications Media Development Authority “IMDA” is an organization that plays an important role in regulating or supervising consumer protection in such matters. Operators, whether traditional operators or OTT TV types, are always required to obtain permission from “MDA or IMDA” depending on case before they can distribute their media. Singapore also attaches great importance to the protection of children and youth. Entry levels are assigned to advise parents on programs aimed at children. There are many other organizations promoting consumer protection in broadcasting and television businesses which their policies are in line with advanced technology. Laws were enacted in response to the globalization era that provide consumers comprehensive protection such as Consumer Protection Fair Trading Act B.C. 2003, Personal Data Protection Act etc. Studying of Singapore’s broadcasting and television businesses regulations is useful for formulating broadcasting and television businesses policies and regulations in the media convergence era in order to protect consumers right in Thailand appropriately.

**Keywords:** regulation, broadcasting and television businesses, OTT

## 1. บทนำ

นับแต่ปลายศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาเกิดการอุบัติขึ้นของเทคโนโลยีสารสนเทศ ส่งผลให้รูปแบบการติดต่อสื่อสารของผู้บริโภคเปลี่ยนแปลงไป รวมถึงช่องทางการรับสื่อที่เปลี่ยนไปตามยุคสมัยด้วย กล่าวคือ จากเดิมที่ผู้บริโภครับสื่อผ่านช่องทางโทรทัศน์ อันเป็นวิธีการของกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิม เป็นการรับชมผ่านช่องทางออนไลน์ หรือ Over-The-Top (“OTT”) มากขึ้น การรับสื่อผ่าน OTT ทำให้ผู้บริโภคเข้าถึงละคร ภาพยนตร์ รายการโทรทัศน์ Streaming วิดีโอ ฯลฯ ได้ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ส่งผลให้ผู้บริโภคเข้าถึงสื่อเหล่านั้นได้อย่างไม่จำกัด เนื่องจากสามารถรับสื่อได้ทุกสถานที่ ทุกเวลา โดยขึ้นอยู่กับความสะดวกและความสบายส่วนตัว ไม่ต้องอิงกับตารางรายการเหมือนดังการรับสื่อผ่านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิม ด้วยความสะดวกอย่างไร้ข้อจำกัดและสอดคล้องกับวิถีชีวิตในปัจจุบันมากขึ้นนี้ จึงทำให้ผู้บริโภคส่วนใหญ่เลือกใช้บริการ OTT อย่างไม่รู้ก็ตาม ในประเทศไทยกลับไม่มีกฎระเบียบที่ใช้ในการกำกับดูแลหรือมีนโยบายในการคุ้มครองผู้บริโภคจากกิจการ OTT อย่างชัดเจน จึงอาจส่งผลให้เกิดปัญหาในอนาคตได้ การศึกษากฎระเบียบว่าด้วยเรื่องกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิม และ OTT ของสิงคโปร์จึงมีความสำคัญต่อประเทศไทย โดยอาจนำหลักการหรือแนวทางปฏิบัติมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ภายในประเทศได้อย่างครอบคลุมและคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพ

## 2. การกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิม

### 2.1 หน่วยงานกำกับดูแล

ประเทศสิงคโปร์มีรูปแบบการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมอย่างชัดเจน โดยมีกระทรวงการสื่อสารและข้อมูล (Ministry of Information Communication and the Arts “MICA”) เป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแล MICA มีหน้าที่ในการกำกับดูแลและพัฒนาการสื่อสารในรูปแบบต่าง ๆ เช่น วิทยุโทรทัศน์และอินเทอร์เน็ต รวมถึงสิ่งพิมพ์อื่น ๆ ที่เผยแพร่ในประเทศสิงคโปร์ด้วย นอกจากนี้ประเทศสิงคโปร์ยังมีหน่วยงานอื่นซึ่งเปรียบเสมือนองคาพยพที่ช่วยส่งเสริมให้การกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมมีประสิทธิภาพมากขึ้น อาทิเช่น สำนักงานพัฒนาสื่อสิงคโปร์ (Media Development Authority หรือ MDA) เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นใหม่จากการรวมหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ตาม Media Development Corporation Act ได้แก่ ออกใบอนุญาตและออกกฎเพื่อควบคุมการดำเนินงานของสื่อไม่ให้ขัดกับประโยชน์สาธารณะ

ศีลธรรมและความสงบเรียบร้อยของประเทศ ส่งเสริมและสนับสนุนการพัฒนาสื่อต่าง ๆ ในประเทศ ศึกษาวิจัยในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและกำกับดูแลสื่อ จัดสรรคลื่นความถี่วิทยุโทรทัศน์ และวงจรดาวเทียมที่ได้รับมอบจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง<sup>1</sup> กิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ของสิงคโปร์ มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการกระจายเสียง Broadcasting Act B.C. 1994, 2003 และ The Media Development Authority of Singapore Act B.C. 2002, 2003<sup>2</sup> เป็นต้น

การกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมของประเทศสิงคโปร์ เป็นการตรวจสอบโดยรัฐ กล่าวคือ รัฐมีหน้าที่ออกกฎระเบียบเพื่อให้อำนาจแก่ MDA ในการควบคุม กิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ การให้ความเห็น วินิจฉัย ชี้ขาด หรือตัดสินเรื่องต่าง ๆ ในกิจการ กระจายเสียงและโทรทัศน์ จึงอยู่ภายใต้ความเห็นเด็ดขาดของ MDA ผู้เดียว องค์กรอื่นไม่ว่าเป็น หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานเอกชน รวมถึงระบบองค์กรศาลยังไม่มีอำนาจหน้าที่หลักในการ ให้ความเห็น วินิจฉัย ชี้ขาด หรือตัดสิน การตัดสินเรื่องดังกล่าว<sup>3</sup>

## 2.2 ผู้ประกอบการกิจการ

ประเทศสิงคโปร์มี Television Singapura ซึ่งเป็นผู้ประกอบการรายแรกที่ดำเนินรายการ โทรทัศน์ระหว่างปี ค.ศ. 1963-1980 Television Corporation of Singapore ผู้ประกอบการในนาม MediaCorp: Channel 5 หรือ Channel 8 หรือ Channel 12 ซึ่งเป็นช่องที่ผลิตโดยกระทรวง ศึกษาธิการประจำประเทศสิงคโปร์ The TV Division of Radio Television Singapore (“RTS”) โดยการให้บริการของผู้ประกอบการกลุ่มนี้เป็นการให้บริการในรูปแบบของฟรีทีวี จึงเป็นที่นิยมของ ผู้บริโภคสมัยนั้น เนื่องจากไม่มีค่าใช้จ่าย แต่มีข้อจำกัดในการรับชม เพราะผู้บริโภคต้องรับชมผ่าน ตารางรายการที่ถูกกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด หรือผู้ประกอบการด้านโทรทัศน์ประเภทเคเบิลและ ไฟเบอร์ออปติก เช่น Singapore Cable Vision (“SCV”) โดยเป็นผู้ประกอบการรายแรกที่ให้บริการ ในรูปแบบ Pay TV หรือผู้ประกอบการด้านโทรทัศน์ระบบอินเทอร์เน็ต เช่น MediaCorp Online

---

<sup>1</sup>กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, กระทรวงพาณิชย์, **อุตสาหกรรมภาพยนตร์ของสิงคโปร์** [Online], available URL: [https://www.ditp.go.th/contents\\_attach/139440/139440.pdf](https://www.ditp.go.th/contents_attach/139440/139440.pdf), 2016 (May, 15).

<sup>2</sup>นิรมล ประสารสุข, **องค์กรกำกับดูแลสื่อวิทยุและโทรทัศน์ในต่างประเทศ** [Online], available URL: <http://www.thaibja.org/wp-content/uploads/2015/11/annual-report-2009-part-3-%E0%B8%AB%E0%B8%99%E0%B9%89%E0%B8%B282-125.pdf>, 2019 (June, 22).

<sup>3</sup>CASBAA Executive Office, **Same Same but Different?** [Online], available URL: [https://gscoalition.org/cms-data/case-studies/CAS\\_Same\\_Same\\_but\\_Different.pdf](https://gscoalition.org/cms-data/case-studies/CAS_Same_Same_but_Different.pdf), 2019 (April, 7).

Broadband Television โดยให้บริการโทรทัศน์ในรูปแบบของการสมัครสมาชิก ผู้บริโภคสามารถชมรายการโทรทัศน์ผ่านระบบ digital streaming หรือดาวน์โหลดได้จากอินเทอร์เน็ต อย่างไรก็ตาม ในช่วงหลังการให้บริการในรูปแบบนี้ได้รับความนิยมลดลง เนื่องจากผู้บริโภคเลือกใช้บริการจากผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งให้บริการในเนื้อหาใกล้เคียงกันแต่ไม่มีค่าใช้จ่ายแทน ในภายหลัง Mediacorp จึงปรับเปลี่ยนรูปแบบการหารายได้จากการเรียกเก็บจากสมาชิกเป็นการหารายได้จากผู้สนับสนุน ซึ่งเป็นผู้ประกอบการด้านโทรทัศน์ดิจิทัลภาคพื้นดินรายแรก ๆ ที่หารายได้โดยการจัดเก็บจากกลุ่มผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งขอลงโฆษณาในรายการเนื้อหาของตนแทนที่จะหารายได้จากกลุ่มผู้บริโภค มากกว่านั้นประเทศสิงคโปร์ยังมีสมาคมวิชาชีพ ได้แก่ Singapore Press Club ซึ่งก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1971 โดยเป็นองค์กรที่ส่งเสริมให้เกิดการเชื่อมโยงกันระหว่างผู้ประกอบการด้านสื่อแต่ละสาขาและด้านที่เกี่ยวข้อง อาทิ สื่อสิ่งพิมพ์ กิจกรรมกระจายเสียง สื่อข่าวต่างประเทศ ฯลฯ<sup>4</sup> เพื่อให้กิจกรรมกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมได้ดำเนินถูกต้องตามกฎหมายและสะท้อนความต้องการของผู้บริโภคได้มากที่สุด

ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า นอกจากประเทศสิงคโปร์จะมีหน่วยงานของรัฐจะเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจหน้าที่เพื่อกำกับกิจกรรมกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมภายในประเทศแล้วยังมีหน่วยงานเอกชนเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการกำกับดูแลกิจกรรมกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมอีกด้วย เพราะเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมและปฏิบัติตามกฎหมายหรือแนวทางปฏิบัติในการกระจายเสียงและโทรทัศน์ให้สอดคล้องกฎหมาย ความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน และเพื่อควบคุมให้ผู้บริโภคจากการกระจายเสียงและโทรทัศน์ได้เข้าถึงสื่อได้อย่างปลอดภัยและเป็นธรรม

## 2.3 กฎระเบียบ

กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมของประเทศสิงคโปร์ถูกกำหนดโดย MDA โดยมีรัฐบัญญัติองค์กรพัฒนาสื่อของสิงคโปร์ (Media Development Authority Of Singapore Act) เป็นกฎระเบียบที่กำหนดสาระสำคัญของอำนาจและหน้าที่ของสำนักพัฒนาสื่อ<sup>5</sup> รัฐบัญญัติจัดตั้งหน่วยงานพัฒนาสื่อสารสนเทศเพื่อจัดเตรียมการแข่งขันและ

<sup>4</sup>Singapore Press Club, **About** [Online], available URL: <https://pressclub.org.sg/about/>, 2020 (May, 28).

<sup>5</sup>Media Development Authority of Singapore Act, **CHAPTER 172** [Online], available URL:

การคุ้มครองผู้บริโภคในอุตสาหกรรมสื่อ (Info-communications Media Development Authority Act B.C. 2016) ว่าด้วยเรื่องการจัดตั้งหน่วยงานพัฒนาสื่อสารสนเทศเพื่อเตรียมการแข่งขันและการคุ้มครองผู้บริโภคในอุตสาหกรรมสื่อ<sup>6</sup> ซึ่งรัฐบัญญัตินี้ถือว่ามีความสำคัญในการวางกฎระเบียบเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์อย่างชัดเจน โดยผู้ประกอบการจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจก่อนจึงจะมีสิทธิในการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ได้ รัฐบัญญัติกิจการกระจายเสียง (Broadcasting Act) ว่าด้วยเรื่องการควบคุมดูแลกิจการและการดำเนินการบริการกิจการกระจายเสียงและอุปกรณ์กระจายเสียง รวมถึงเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้อง<sup>7</sup> รัฐบัญญัติภาพยนตร์ (Films Act) ว่าด้วยเรื่องการครอบครอง การนำเข้า การเผยแพร่และการจัดการฉายภาพยนตร์<sup>8</sup> รัฐบัญญัติสิ่งพิมพ์ที่ไม่พึงประสงค์ (Undesirable Publications Act) ว่าด้วยเรื่องมาตรการการป้องกันการนำเข้า แจกจ่าย หรือการทำให้สำเนาสิ่งพิมพ์ที่ไม่พึงประสงค์<sup>9</sup> รัฐบัญญัติการบันเทิงและการประชุมสาธารณะ (Public Entertainments And Meetings Act) ว่าด้วยเรื่องการค้ากับกิจกรรมการบันเทิงและการประชุมสาธารณะ<sup>10</sup> รัฐบัญญัติหนังสือพิมพ์และสิ่งพิมพ์ (Newspaper And Printing Presses Act) ว่าด้วยเรื่องการทำใบอนุญาตสำหรับบริษัทหนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ และเรื่องที่เกี่ยวข้อง<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup>Singapore Statutes OnlinePlus, **Info-communications Media Development Authority Act 2016** [Online], available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/IMDAA2016>, 2016 (October, 2).

<sup>7</sup>The Wayback Machine, **Broadcasting Act (Chapter 28)** [Online], available URL: [https://web.archive.org/web/20040804014518/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non\\_version/cgi-bin/cgi\\_retrieve.pl?actno=REVED-28&doctitle=BROADCASTING%20ACT%0a&date=latest&method=part](https://web.archive.org/web/20040804014518/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-28&doctitle=BROADCASTING%20ACT%0a&date=latest&method=part), 2004 (August, 4).

<sup>8</sup>The Wayback Machine, **FILMS ACT (CHAPTER 107)** [Online], available URL: [https://web.archive.org/web/20050309160339/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non\\_version/cgi-bin/cgi\\_retrieve.pl?actno=REVED-107&doctitle=FILMS%20ACT%0a&date=latest&method=part](https://web.archive.org/web/20050309160339/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-107&doctitle=FILMS%20ACT%0a&date=latest&method=part), 2005 (March, 9).

<sup>9</sup>The Wayback Machine, **UNDESIRABLE PUBLICATIONS ACT (CHAPTER 338)** [Online], available URL: [https://web.archive.org/web/20040413094417/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non\\_version/cgi-bin/cgi\\_retrieve.pl?actno=REVED-338&doctitle=UNDESIRABLE%20PUBLICATIONS%20ACT%0a&date=latest&method=part](https://web.archive.org/web/20040413094417/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-338&doctitle=UNDESIRABLE%20PUBLICATIONS%20ACT%0a&date=latest&method=part), 2004 (April, 13).

<sup>10</sup>The Wayback Machine, **PUBLIC ENTERTAINMENTS AND MEETINGS ACT (CHAPTER 257)** [Online], available URL: [https://web.archive.org/web/20040413091235/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non\\_version/cgi-bin/cgi\\_retrieve.pl?actno=REVED-257&doctitle=PUBLIC%20ENTERTAINMENTS%20AND%20MEETINGS%20ACT%0a&date=latest&method=part](https://web.archive.org/web/20040413091235/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-257&doctitle=PUBLIC%20ENTERTAINMENTS%20AND%20MEETINGS%20ACT%0a&date=latest&method=part), 2020 (April, 13).

<sup>11</sup>Singapore Statutes Online, **NEWSPAPER AND PRINTING PRESSES ACT (CHAPTER 206)** [Online], available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/NPPA1974>, 2020 (May, 22).

กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ดังที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นกฎระเบียบที่ใช้กำกับดูแลและควบคุมให้ผู้ประกอบการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ปฏิบัติตามเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก กล่าวคือ สื่อที่ผู้ประกอบการผลิตออกมานั้นต้องห้ามมิให้มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการทำลายเชื้อชาติหรือมีลักษณะเป็นการดูหมิ่นศาสนาหรือความเชื่อใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการศาสนาระมัดระวังการเผยแพร่เนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเหนือธรรมชาติ โชคลาภ การพนัน อาชญากรรม หรือพฤติกรรมที่มีก่อให้เกิดหรืออาจก่อให้เกิดการต่อต้านทางสังคม ผู้ประกอบการมีหน้าที่ผลิตเนื้อหาให้สอดคล้องกับบรรทัดฐานและค่านิยมทางสังคมกับทั้งให้ความสำคัญกับสถาบันครอบครัว

### 2.3.1 กฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นเด็ก

เดิมประเทศสิงคโปร์ยังไม่มีกฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นเด็กอย่างชัดเจนหรือเป็นรูปธรรมมากพอ ภายหลังรัฐบาลสิงคโปร์จึงออก Content Code For Nationwide Managed Transmission Linear Television Services ซึ่งเป็นกฎระเบียบที่ใช้ควบคุมเนื้อหาที่เผยแพร่ทางโทรทัศน์ภายในประเทศมีกฎระเบียบในการควบคุมเนื้อหาผ่านรหัสเพื่อคุ้มครองเด็กเพราะถึงแม้เด็กจะมีความสามารถในการคิด การจำ การพูด และการรับรู้มากขึ้นตามช่วงวัย รับรู้ความเป็นจริงในชีวิตหลาย ๆ อย่างเช่น การเกิด การตาย ความแตกต่างของเพศหญิง และชายมากขึ้น ความคิดมีเหตุผลมากขึ้น<sup>12</sup> แต่ความรู้หรือความคิดของเด็กยังมีข้อจำกัด กล่าวคือ เด็กยังไม่สามารถแยกแยะชีวิตจริงจากนิยายได้ จึงจำเป็นต้องควบคุมกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ในรายการสำหรับเด็กโดยการจัดประเภทเนื้อหารายการตามหลักเกณฑ์การจัดประเภทภาพยนตร์เพื่อช่วยให้คำแนะนำแก่ผู้ปกครองในการรับชมโทรทัศน์ของเด็ก แบ่งเป็น 6 อันดับ ดังนี้ (1) G (General) ทั่วไป (2) PG (Parental Guidance) คำแนะนำสำหรับผู้ปกครอง (3) PG13 (Parental Guidance for Children below 13) คำแนะนำสำหรับผู้ปกครองที่มีเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี (4) NC16 (No Children below 16 years of age) รายการไม่เหมาะสมสำหรับเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี (5) M18 (Mature 18, for persons 18 years and above) รายการสำหรับผู้ที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไป และ (6) R21 (Restricted to persons 21 years and above) รายการจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีอายุ 21 ปีขึ้นไป<sup>13</sup> การควบคุมเนื้อหาที่ขึ้นอยู่กับประเภท

<sup>12</sup>Rama Mental, พัฒนาการทางจิตใจ [Online], available URL: <https://www.rama.mahidol.ac.th/ramamental/generalknowledge/child/06242014-1920>, 2021 (October, 5).

<sup>13</sup>Infocomm Media Development Authority, **CONTENT CODE FOR NATIONWIDE MANAGED TRANSMISSION LINEAR TELEVISION SERVICES** [Online], available URL: <https://www.imda.gov.sg/-/media/Imda/Files/Regulations-and-Licensing/Regulations/Codes-of-Practice/Codes-of-Practice-Media/Managed-Linear-TV-Services-Content-Code-updated-29-April-2019.pdf>, 2019 (April, 29).

ของบริการที่นำเสนอระหว่างการใช้บริการแบบบอกรับสมาชิกกับทั่วประเทศ ควบคุมเนื้อหาของสื่อทางโทรทัศน์ซึ่งไม่อนุญาตให้มีการเก็บค่าใช้จ่ายล่วงหน้า การควบคุมทางด้านภาษาซึ่งผู้ประกอบการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกและทั่วประเทศที่ได้รับอนุญาตให้เผยแพร่รายการผ่านช่องท้องถิ่นจะต้องรักษามาตรฐานของภาษาในระดับสูงและต้องเสนอสื่อในภาษาราชการ<sup>14</sup> เป็นต้น ซึ่งเนื้อหาใด ๆ ที่ไม่สอดคล้องตามกฎหมายระเบียบดังกล่าวย่อมไม่ได้รับอนุญาตให้เผยแพร่

### 2.3.2 กฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคประเภทบอกรับสมาชิก

ประเทศสิงคโปร์มีกฎระเบียบซึ่งใช้คุ้มครองสิทธิผู้บริโภคกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ประเภทบอกรับสมาชิก<sup>15</sup> เป็นการเฉพาะโดยให้สิทธิผู้บริโภคในการโต้แย้งผู้ประกอบการที่เรียกเก็บค่าใช้จ่ายบริการที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม มีการกำหนดมาตรฐานหรือวิธีการโต้แย้งอย่างเป็นรูปธรรม ควบคุมอายุสัญญาสำหรับการให้บริการให้มีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 2 ปี และป้องกันไม่ให้มีค่าใช้จ่ายที่มากเกินไปสำหรับการยกเลิกบริการก่อนครบกำหนดรายการที่มีผู้ชมเป็นเด็กจำนวนมาก ต้องนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับค่าบริการและกลไกการเรียกเก็บค่าบริการในรูปแบบที่เด็กสามารถเข้าใจได้ ต้องแสดงให้เห็นชัดเจนว่าควรได้รับอนุญาตจากผู้ปกครองก่อนเข้าใช้บริการดังกล่าว กิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ประเภทถ่ายทอดสด มีเนื้อหาเชิงโต้ตอบหรือรายการที่แสดงความคิดเห็นของผู้ชมที่ส่งผ่านรายการความคิดเห็นทั้งหมดต้องได้รับการกลั่นกรองก่อนออกเผยแพร่สำหรับโทรทัศน์รูปแบบสมัครสมาชิก ผู้ประกอบการต้องคัดกรองความคิดเห็นและกลั่นกรองก่อนเผยแพร่เนื้อหาที่ไม่เหมาะสม ต้องลบ งดการเผยแพร่ทันทีที่ตรวจพบ<sup>16</sup> ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ได้รับความคุ้มครองสูงสุด

### 2.3.3 กฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจากการควบคุมผังรายการ

ประเทศสิงคโปร์มีกฎระเบียบในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์โดยการควบคุมผังรายการ Free To Air Television “FTA TV” อย่างชัดเจนเพื่อควบคุมเนื้อหาที่ออกอากาศให้มีความเหมาะสมกับกลุ่มผู้บริโภคที่รับชมโดยรายการที่ออกอากาศระหว่างเวลา 06.00 น. ถึง 22.00 น. ต้องเหมาะสมสำหรับสถาบันครอบครัวและไม่เกินระดับ PG จากการจัดประเภทเนื้อหา รายการที่จัดประเภทเนื้อหา รายการ PG13 ถูกกำหนดช่วงเวลาการออก

<sup>14</sup>Singapore Press Club, op. cit.

<sup>15</sup>บริการโทรทัศน์ประเภทบอกรับสมาชิก หมายถึง บริการโทรทัศน์ประเภทที่ผู้ใช้บริการประสงค์จะรับบริการตามเงื่อนไขที่ผู้ให้บริการกำหนด ทำให้ผู้ให้บริการไม่ให้บริการเป็นการทั่วไปซึ่งจะมีค่าบริการหรือไม่ก็ได้ ประเภทของโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิก ได้แก่ เคเบิลทีวี โทรทัศน์ดาวเทียม ฯลฯ.

<sup>16</sup>Singapore Press Club, op. cit.

อากาศในช่วงกลางคืนระหว่างเวลา 22.00 น. ถึง 06.00 น. ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เด็กจำนวนมาก รับชมรายการดังกล่าว สำหรับรายการที่จัดประเภทเนื้อหารายการ NC16 และ M18 ต้องปฏิบัติตาม กฎระเบียบบางประการเป็นการเฉพาะเช่น รายการที่จัดประเภทเนื้อหารายการ M18 ต้องออกอากาศ ในช่วงเวลาระหว่าง 22.00 น. ถึง 06.00 น. และผู้ประกอบการโทรทัศน์ระบบบอกรับสมาชิกที่เสนอ รายการที่จัดประเภทเนื้อหารายการ NC16 ขึ้นไป จะต้องมีการคำแนะนำแก่ผู้บริโภคให้รับชมภายใต้การ กำกับดูแลโดยผู้ปกครอง เป็นต้น

การจัดรายการสำหรับเด็กตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์นั้นหมายถึง การจัดรายการ ที่มุ่งนำเสนอต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ซึ่งบุคคลในสภาวะดังกล่าว หรือเด็กมีข้อจำกัดในการแยกแยะ ระหว่างโลกแห่งความเป็นจริงและโลกเสมือนจริง กล่าวคือ เด็กอาจไม่สามารถแยกแยะได้ว่าสิ่งที่รับชม ผ่านรายการเป็นเพียงการแสดง ไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นจริงในชีวิตประจำวันเสมอไป ในการนี้ ด้วยข้อจำกัด ของเด็กจึงอาจทำให้เด็กเลียนแบบการปฏิบัติในรายการและนำไปใช้ในชีวิตประจำวันซึ่งอาจเกิดผลร้าย ต่อเด็กและสิ่งแวดล้อมของเด็กได้ โดยทั่วไปรายการของเด็กควรมีประโยชน์และได้รับการออกแบบ มาเพื่อให้ความรู้เพิ่มทักษะส่งเสริมคุณค่าทางสังคมหรือศีลธรรมอันดี รวมถึงการเคารพกฎระเบียบ ในสังคม รายการที่นำเสนอต่อเด็กต้องห้ามนำเสนอด้วยการแสดงภาพความรุนแรงหรือภาพสยองขวัญที่ เสมือนจริง เพราะอาจส่งผลกระทบหรือสร้างความตื่นกลัวให้กับเด็กและกระทบต่อการใช้ชีวิตประจำวัน ของเด็กในทางลบได้ หรือหากนำเสนอก็ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสมและสมเหตุสมผล รายการสำหรับเด็กต้องไม่มีฉากที่แสดงถึงการบริโภคสุราหรือผลิตภัณฑ์ยาสูบ เว้นแต่จะมีการให้ ความรู้หรือมีเหตุผลที่ชัดเจนไม่ใช่ภาษาหยาบคายและควรหลีกเลี่ยงการแสดงให้เห็นถึงความ อันตราย หรือพฤติกรรมที่อันตราย หรือในลักษณะที่น่าจะส่งผลให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย หรือจิตใจ ซึ่งนำไปสู่การลอกเลียนแบบและการประพฤติตนที่ไม่เหมาะสมในวัยเด็ก รายการสำหรับเด็กที่อายุน้อย หรือเด็กก่อนวัยเรียนจำเป็นต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ ผู้ประกอบการต้องให้คำแนะนำเพื่อแจ้งเตือน ผู้ปกครองให้กำกับดูแลเด็กก่อนรับชมรายการอย่างชัดเจน เป็นต้น<sup>17</sup>

อย่างไรก็ตามข้อสังเกตว่าประเทศสิงคโปร์กลับไม่มีกฎระเบียบว่าด้วยเรื่องการควบคุม ราคาแบบขั้นสูงสุดหรือต่ำสุดของรายการแต่ละประเภทเป็นการทั่วไป คงมีเฉพาะการควบคุมราคาเป็น รายเฉพาะเท่านั้น ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนในการเรียกเก็บเงินค่าธรรมเนียมระหว่าง

<sup>17</sup>บริการโทรทัศน์ประเภทบอกรับสมาชิก หมายถึง บริการโทรทัศน์ประเภทที่ผู้ใช้บริการประสงค์จะรับ บริการตามเงื่อนไขที่ผู้ให้บริการกำหนด ทำให้ผู้ให้บริการไม่ให้บริการเป็นการทั่วไปซึ่งจะมีค่าบริการหรือไม่ก็ได้ ประเภทของโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิก ได้แก่ เคเบิลทีวี โทรทัศน์ดาวเทียม ฯลฯ.

ผู้ประกอบการและผู้บริโภค นอกจากนี้ ประเทศสิงคโปร์ยังไม่มีกฎหมายการเรียกเก็บรายได้จากผู้ประกอบการอย่างเหมาะสม กล่าวคือ ผู้ประกอบการทุกรายต้องเสียภาษีในอัตราร้อยละ 2.5 ของรายได้ที่ตนได้รับ ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการในรูปแบบใดก็ตาม<sup>18</sup>

### 3. การกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์บนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต (OTT TV)

Over-The-Top หรือ OTT คือ การให้บริการเนื้อหารายการเพื่อการค้าผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นช่องทางสมัยใหม่ที่ผู้บริโภคนิยมรับชม เพราะมีความสะดวกสบายและสามารถควบคุมช่วงเวลา หรือเนื้อหาในการรับชมได้สอดคล้องกับความต้องการของตน ต่างจากการรับชมผ่านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมซึ่งผู้บริโภคจำต้องรับชมรายการตามช่วงเวลาและเนื้อหาที่ผังรายการถูกกำหนดไว้ ในประเทศสิงคโปร์มีการกำกับดูแลกิจการ OTT โดยผู้ประกอบการ OTT จะต้องได้รับอนุญาต (Internet Content Provider) จากหน่วยงานที่มีอำนาจ การประกอบกิจการสอดคล้องกับกฎระเบียบ (Internet Code of Practice) โดยเนื้อหาการเผยแพร่ต้องไม่มีสื่อลามกอนาจาร สื่อการมีเพศสัมพันธ์กับผู้เยาว์ หรือผู้อื่นด้วยความไม่ยินยอม สื่อที่ก่อหรืออาจก่อให้เกิดความรุนแรงขึ้นในสังคม สื่อที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อเชื้อชาติศาสนา ทั้งต้องจัดเนื้อหาให้ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ไม่เผยแพร่รายการหรือโฆษณาที่มีเนื้อหาไม่เป็นความจริง บิดเบือน หรือละเมิดต่อข้อเท็จจริงที่ควรนำเสนอตามกฎระเบียบสิงคโปร์เป็นประเทศเดียวในอาเซียนที่กำกับกิจการ OTT อย่างเคร่งครัดและให้ความสำคัญการให้ใบอนุญาตการคุ้มครองผู้บริโภค การพิจารณาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์และการกำกับโฆษณาอย่างเป็นสาระสำคัญ

#### 3.1 หน่วยงานกำกับดูแล

ประเทศสิงคโปร์มีกฎหมายว่าด้วยการแพร่ภาพกระจายเสียง ค.ศ. 1994 (Broadcasting Act B.C. 1994) เป็นกฎหมายหลักในการกำกับดูแลการเผยแพร่เนื้อหารายการหรือสื่อใด ๆ ผ่านทางช่องทางต่าง ๆ รวมถึงกำกับดูแลเนื้อหารายการในสื่อยุคหลอมรวมที่มีการเผยแพร่เนื้อหารายการและการให้บริการโทรคมนาคมที่มีการหลอมรวมอยู่ในบริการประเภทเดียวกัน กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจแก่สำนักงานการพัฒนาข้อมูลและการสื่อสาร (The Info-communications Media Development Authority หรือ “IMDA”) เป็นหน่วยงานหลักที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการ OTT โดย IMDA

<sup>18</sup>Singapore Press Club, op. cit.

มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดประเภทของใบอนุญาตสำหรับการให้บริการเผยแพร่เนื้อหารายการต่าง ๆ และกำหนดเงื่อนไขที่เหมาะสมในการประกอบกิจการตามที่เห็นสมควร อีกทั้งให้อำนาจในการกำหนดหน้าที่ในทางปฏิบัติตามแนวปฏิบัติที่เกี่ยวกับมาตรฐานของเนื้อหารายการและโฆษณา<sup>19</sup>

### 3.2 ผู้ประกอบการ

โดยพื้นฐานแล้วประชากรในสิงคโปร์หรือชาวสิงคโปร์เป็นคนหลากหลายเชื้อชาติ กิจการ OTT จึงมักมีเนื้อหารายการจากต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ อาทิ Netflix, StarHub Go, Viu, Amazon Video, HOOQ, Fox+, Spuul หรือสื่อภาษาจีน ได้แก่ Viu ซึ่งเป็นที่นิยมเป็นอย่างมาก เพราะเป็นภาษาราชการประจำประเทศมีการรวมกลุ่มของผู้ประกอบการ OTT อย่างหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการรวมกลุ่มผู้ประกอบการรายใหญ่ เช่น Amazon Prime, HBO Go และ BBC หรือการรวมกลุ่มของผู้ประกอบการรายย่อยอย่าง Fox+, Hooq, Viu ทั้งยังมีการรวมกลุ่มระหว่างเว็บไซต์ที่ถูกออกแบบมาเพื่อเข้าถึงข้อมูลและบริการต่าง ๆ เช่น STB และ PORTAL WEB อีกด้วย ซึ่งการเรียกเก็บเงินของผู้ประกอบการทั้งสามประเภทจะแตกต่างกัน การรวมกลุ่มของผู้ประกอบการ OTT นั้นมีบทบาทสำคัญเพราะทำให้ผู้บริโภคลดหรือเลิกใช้บริการแบบเดิมและไปแสวงหาการให้บริการรูปแบบอื่นที่เกิดจากการรวมกลุ่มของผู้ประกอบการมากขึ้น เนื่องจากมีเนื้อหาที่น่าสนใจมากขึ้นและมีราคาที่ใกล้เคียงกันกับการให้บริการรูปแบบเดิม แต่ทั้งนี้ผู้ประกอบการ OTT ต่างประเทศย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบของสิงคโปร์ มิฉะนั้นย่อมต้องห้ามมิให้เผยแพร่กิจการ OTT ภายในประเทศ ในการนี้จึงกล่าวได้ว่า IMDA มีหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการ OTT ทั้งผู้ประกอบการท้องถิ่นและต่างประเทศ การออกใบอนุญาตสำหรับกิจการ OTT แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) Niche TV License สำหรับผู้ประกอบการที่มีผู้ชมต่ำกว่า 1 แสนคนต่อช่องรายการหรือต่ำกว่า 2.5 แสนคนต่อวันต่อการให้บริการทั้งหมด และ (2) Nationwide TV License สำหรับผู้ประกอบการที่มีผู้ชมมากกว่าประเภทแรก หรือตามที่หน่วยงานผู้รับผิดชอบได้ให้ใบอนุญาตตามประเภทกิจการที่พิจารณาว่าเหมาะสมกับข้อบังคับของอุตสาหกรรมกระจายเสียงประเภทใบอนุญาตกระจายเสียงหรือใบอนุญาตอุปกรณ์กระจายเสียง

### 3.3 กฎระเบียบ

นอกจากประเทศสิงคโปร์จะมีกฎหมายว่าด้วยการแพร่ภาพกระจายเสียง ค.ศ. 1994 เป็นกฎระเบียบหลักที่ใช้ในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบ OTT แล้ว ยังมีกฎหมายอื่น

<sup>19</sup>Infocomm Media Development Authority, **Acts and Regulations** [Online], available URL: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing/Regulations/Acts-and-Regulations>, 2019 (May, 29).

ซึ่งเปรียบเสมือนองคาพยพเพื่อให้อำนาจแก่ IMDA ในการกำกับดูแลกิจการ OTT ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ได้แก่ รัฐบัญญัติการพัฒนาสื่อข้อมูลการสื่อสาร (Info-communications Media Development Authority Act) ว่าด้วยเรื่องการจัดตั้งองค์กร IMDA เพื่อให้อำนาจแก่ IMDA ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกัน<sup>20</sup> รัฐบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Transactions Act) ที่มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคในช่องทางออนไลน์โดยเฉพาะ ซึ่งรวมถึงผู้บริโภคในกิจการ OTT ด้วย โดยรัฐบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎระเบียบที่ตราขึ้นให้สอดคล้องกับการปรับเปลี่ยนวิธีการในการติดต่อสื่อสารและทำธุรกรรมของสังคมที่อาศัยพัฒนาการของเทคโนโลยีมาเกี่ยวข้อง จึงต้องมีการรองรับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ให้สอดคล้องกับการทำธุรกรรมโดยวิธีการทั่วไป เช่น การทำสัญญาเพื่อสมัครสมาชิกบอกรับกับผู้ประกอบการ OTT เป็นต้น<sup>21</sup> รัฐบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Personal Data Protection Act) ว่าด้วยเรื่องการควบคุม รวบรวม ใช้ เผยแพร่ และคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อสอดคล้องกับความก้าวหน้าของเทคโนโลยีที่อาจทำให้การล่วงละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลกระทำได้ง่าย ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภค ผู้ประกอบกิจการ OTT จึงมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎระเบียบดังกล่าว เพื่อให้ผู้บริโภคในกิจการ OTT ได้รับความคุ้มครองอย่างครอบคลุม<sup>22</sup> รัฐบัญญัติการพนันปี ค.ศ. 2014 (The Remote Gambling Act 2014) ว่าด้วยเรื่องการควบคุมกิจกรรมการพนันระยะไกลในสิงคโปร์อันเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายอื่นและลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการเล่นเกมการพนันออนไลน์ระยะไกล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มวัยรุ่น<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup>The Wayback Machine, **MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY OF SINGAPORE ACT (CHAPTER 172)** [Online], available URL: [https://web.archive.org/web/20040228134731/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non\\_version/cgi-bin/cgi\\_retrieve.pl?actno=REVED-172&doctitle=MEDIA%20DEVELOPMENT%20AUTHORITY%20OF%20SINGAPORE%20ACT%0a&date=latest&method=part](https://web.archive.org/web/20040228134731/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-172&doctitle=MEDIA%20DEVELOPMENT%20AUTHORITY%20OF%20SINGAPORE%20ACT%0a&date=latest&method=part), 2013 (January, 1).

<sup>21</sup>Infocomm Media Development Authority, **The Electronic Transactions Act (Cap. 88)** [Online], available URL: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/electronic-transactions-act-and-regulations>, 2021 (April, 6).

<sup>22</sup>Singapore Statutes Online, **PERSONAL DATA PROTECTION ACT 2012** [Online], available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/PDPA2012>, 2021 (December, 31).

<sup>23</sup>IMDA, **Remote-Gambling-Act-Clarification-note-on-the-scope-of-Games** [Online], available URL: <https://www.imda.gov.sg/-/media/Imda/Files/Regulations-and-Licensing/Regulations/Codes-of-Practice/Codes-of-Practice-Media/Remote-Gambling-Act-Clarification-note-on-the-scope-of-Games.pdf>, 2015 (January, 28).

รัฐบัญญัติควบคุมสแปม (Spam Control Act หรือ Cap.311A) เป็นกฎระเบียบว่าด้วยเรื่องการควบคุมสแปมที่ไม่พึงประสงค์ในรูปแบบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรือการส่งข้อความมัลติมีเดียไปยังหมายเลขโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เชื่อมต่อกัน โดยผู้ประกอบการ OTT มีหน้าที่ควบคุมไม่ให้มีการส่งสแปมโดยไม่พึงประสงค์ไปยังผู้บริโภคที่ใช้บริการของตน<sup>24</sup> ในกรณีนี้จึงกล่าวได้ว่าการกำกับดูแลกิจการ OTT ของประเทศสิงคโปร์นั้น นอกจากกฎระเบียบจะกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐแล้ว ยังได้รับการสนับสนุนและส่งเสริมจากภาคเอกชนอีกด้วย

### 3.3.1 กฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ประเทศสิงคโปร์ให้ความสำคัญในทรัพย์สินทางปัญญาแก่กิจการ OTT เป็นการเฉพาะ โดยผู้ประกอบการ OTT มีหน้าที่ปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา มี Intellectual Property Office of Singapore (“IPOS”) เป็นหน่วยงานเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา มีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ โดย IPOS เป็นหน่วยงานที่ IMDA ให้การสนับสนุนด้านข้อมูลการสื่อสารนอกจากนี้ประเทศสิงคโปร์ยังมีศูนย์ข้อมูลเครือข่ายสิงคโปร์ (Singapore Network Information Centre “SGNIC”) มีอำนาจหน้าที่ในการจัดการพื้นที่ชื่อโดเมนอินเทอร์เน็ตในสิงคโปร์และเป็นศูนย์กลางการลงทะเบียนโดยองค์กรที่ได้กำหนดชื่อและหมายเลข (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers “CANN”) เพื่อบริหารการจดทะเบียนชื่อโดเมนให้ใช้งานผ่านระบบอินเทอร์เน็ต และเพื่อกำกับดูแลการประกอบกิจการของ OTT ต่อไป

### 3.3.2 กฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจากการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ประเทศสิงคโปร์มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค (การค้าที่เป็นธรรม) ค.ศ. 2003 (Consumer Protection Fair Trading Act B.C. 2003) ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปที่ใช้คุ้มครองผู้บริโภคจากแนวปฏิบัติและพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมจากการทำธุรกรรมกับผู้ประกอบการประเภทต่าง ๆ การจัดทำสัญญาให้บริการโดยผู้ประกอบการ OTT ต้องไม่เป็นการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้น หากผู้ประกอบการ OTT จัดทำสัญญาโดยมีลักษณะไม่เป็นธรรมตามที่กฎหมายกำหนด ผู้บริโภคมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งจากผู้ประกอบการได้<sup>25</sup>

<sup>24</sup>Singapore Statutes Online, **SPAM CONTROL ACT (CHAPTER 311A)** [Online], available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/SCA2007>, 2007 (June, 15).

<sup>25</sup>Competition and Consumer Commission of Singapore, **Consumer Protection (Fair trading) Act 2003 Article 4** [Online], available URL: <https://www.cccs.gov.sg/legislation/consumer-protection-fair-trading-act>, 2022 (January, 28).

นอกจากนี้ หากมีการทำสัญญาให้บริการสำหรับช่วงระยะเวลาทดลองการรับบริการ ผู้ประกอบกิจการ OTT ต้องมีหนังสือแจ้งเตือนไปยังผู้บริโภคล่วงหน้าอย่างน้อย 3 วันทำการก่อนสิ้นสุดระยะเวลาการทดลองรับบริการ หรือในกรณีที่ระยะเวลาการทดลองรับบริการมีระยะเวลาเพียง 3 วันหรือสั้นกว่านั้น ต้องมีหนังสือแจ้งเตือนขณะที่เริ่มทดลองรับบริการไป ณ สถานที่ที่มีการจัดหาบริการให้แก่ผู้บริโภคและต้องแสดงอย่างชัดเจนเกี่ยวกับวันสิ้นสุดระยะเวลาการทดลองใช้บริการตามที่อยู่หรือเบอร์โทรศัพท์ของผู้บริโภคก่อนสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว เพื่อคุ้มครองมิให้ผู้บริโภคต้องผูกพันเป็นสมาชิกและเสียค่าใช้จ่ายโดยไม่ได้ให้ความยินยอมโดยชัดเจนในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการ OTT ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวและทำให้ผู้บริโภคต้องชำระค่าบริการสำหรับการใช้บริการที่ไม่ได้แสดงความจำนงว่าจะรับบริการ ผู้บริโภคมีสิทธิเรียกให้ผู้ประกอบกิจการ OTT คืนค่าบริการดังกล่าวได้ ประเทศสิงคโปร์มีกรอบนโยบายเกี่ยวกับความเป็นกลางทางอินเทอร์เน็ต (Net Neutrality Policy Framework) ที่ใช้คุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเพื่อบริโภคสื่อต่าง ๆ รวมถึงการรับบริการจากกิจการ OTT<sup>26</sup>

### 3.3.3 กฎระเบียบว่าด้วยหลักการรับบริการวิดีโอตามความต้องการและเฉพาะกลุ่ม

ประเทศสิงคโปร์ยังมีหลักการรับบริการวิดีโอตามความต้องการและเฉพาะกลุ่ม (Content Code For Over-The-Top, Video-On-Demand And Niche Services) เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากกิจการ OTT โดยผู้ประกอบกิจการ OTT ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การกำกับดูแลเนื้อหารายการตามการประมวลเนื้อหาสำหรับธุรกิจบริการ OTT ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมให้มั่นใจว่ารายการหรือเนื้อหาที่เผยแพร่โดยผู้ประกอบกิจการให้บริการ OTT ที่ได้รับอนุญาตนั้น จะต้องไม่กระทำการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ คำสั่ง หรือความสามัคคีของชาติ การเผยแพร่สื่อทาง OTT ต้องจำแนกประเภทเนื้อหารายการ ต้องจัดหมวดหมู่ที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจน เพื่อให้ผู้บริโภคทราบถึงการจำแนกรายการก่อนที่จะตัดสินใจหรือซื้อรายการในบริการ OTT สำหรับรายการที่มีระดับ PG13 ขึ้นไป ผู้ประกอบการมีหน้าที่กำกับคำแนะนำแก่ผู้บริโภค หรือการระบอบองค์ประกอบหลักในการจัดประเภท เช่น M18 สำหรับความรุนแรงสูง รวมไปถึงตัวอย่างการส่งเสริมการขายแบบแถบข้อความบนรายการที่จะต้องได้รับการแก้ไขให้เทียบเท่าหรือต่ำกว่ามาตรฐาน ตัวอย่างของรายการ M18 ที่ติดแถบบนรายการ NC16 จะต้องได้รับการแก้ไขตามมาตรฐาน NC16 หรือต่ำกว่าการจัดประเภทของข้อเสนอหรือมีการไม่อนุญาตให้ใช้ ตัวอย่างการส่งเสริมการขายแบบติดแถบสำหรับรายการที่มีระดับ PG13 ขึ้นไปเป็นส่วนหนึ่งของรายการที่กำหนดเป้าหมายไปที่เด็กด้วย

---

<sup>26</sup>มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, งานวิจัยเรื่องมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจบริการ OTT [Online], available URL: [http://ethesisarchive.library.tu.ac.th/thesis/2017/TU\\_2017\\_5801033316\\_8721\\_8213.pdf](http://ethesisarchive.library.tu.ac.th/thesis/2017/TU_2017_5801033316_8721_8213.pdf), 2018 (August, 10).

### 3.3.4 กฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจากการควบคุมผังรายการ

การจัดผังรายการผ่านการให้บริการ OTT นั้น ผู้ประกอบการมีหน้าที่ตรวจสอบว่าเนื้อหาที่เผยแพร่ไม่มีเนื้อหาทำลายความสงบเรียบร้อยของประชาชน ก่อให้เกิดความรุนแรงหรือส่งเสริมการใช้ความรุนแรงภายในประเทศ ไม่เป็นเนื้อหาที่ขัดกับประโยชน์สาธารณะ เป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติ และไม่เป็นอันตรายต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศสิงคโปร์กับประเทศอื่น ไม่เผยแพร่เนื้อหาที่มีประเด็นขัดแย้งอย่างมีนัยยะต่อสาธารณะในสิงคโปร์ จัดรายการอย่างเป็นกลาง ไม่บิดเบือนหรือละข้อเท็จจริงซึ่งอาจทำให้ประชาชนเข้าใจผิดและต้องใช้ความพยายามอย่างสมเหตุสมผลเพื่อให้แน่ใจว่าเนื้อหาที่นำเสนอเป็นความจริง ผู้ประกอบการควรคำนึงถึงความหลากหลายเชื้อชาติของชาวสิงคโปร์ การเผยแพร่เนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับศาสนาและความเชื่อควรใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสมและให้เกียรติ ต้องตรวจสอบว่าสื่อที่นำเสนอไม่เป็นการดูหมิ่นศาสนาหรือความเชื่อใด ไม่ลบหลู่หรือมีแนวโน้มที่จะรุกรานความอ่อนไหวของเชื้อชาติใด ๆ ซึ่งอาจก่อให้เกิดการปลุกระดม หรือมีแนวโน้มที่จะปลุกระดมการเหยียดเชื้อชาติ หรือศาสนาใด เป็นต้น

ผู้ประกอบการ OTT ในประเทศสิงคโปร์มีหน้าที่แสดงสัญลักษณ์การจัดระดับรายการที่เหมาะสมและให้คำแนะนำผู้บริโภคสำหรับรายการที่ได้รับการจัดระดับ NC 16 หรือสูงกว่าในสื่อโฆษณาออนไลน์ สัญลักษณ์กำกับสื่อโฆษณาในรายการใด ๆ ต้องมีการแก้ไขให้มีระดับเท่ากับหรือต่ำกว่าระดับเนื้อหารายการที่ให้บริการ เช่น สื่อโฆษณาตัวอย่างรายการที่มีเนื้อหารายการระดับ M18 ซึ่งนำมาโฆษณาบนเนื้อหารายการระดับ NC16 จะต้องแก้ไขให้มีเนื้อหาเท่ากับมาตรฐานของเนื้อหารายการระดับ NC16 หรือต่ำกว่า การโฆษณาและตัวอย่างสำหรับภาพยนตร์หรือวิดีโอใด ๆ ซึ่งถูกจัดในระดับ R21 หรือศิลปะการแสดงใดที่ถูกจัดระดับ R18 จะได้รับอนุญาตให้เผยแพร่ได้ต่อเมื่อใช้รหัสสำหรับเนื้อหารายการระดับ R21 การโฆษณาเนื้อหารายการระดับ R21 จะได้รับอนุญาตให้แสดงผ่านช่องทางออนไลน์ได้ต่อเมื่อเป็นโฆษณาที่เหมาะสมสำหรับผู้ชมทั่วไปและจัดทำสัญลักษณ์สอดคล้องกับระดับเนื้อหาการานั้น ๆ นอกจากนี้ ประเทศสิงคโปร์ยังควบคุมกำกับกิจการ OTT ที่มุ่งเสนอต่อเด็กเป็นพิเศษโดยห้ามมิให้มีการแสดงสื่อโฆษณาตัวอย่างเนื้อหารายการระดับ M18 หรือสูงกว่าในเนื้อหาการเช่นนั้น

## 4. กฎระเบียบการคุ้มครองผู้บริโภคด้านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ในยุคการหลอมรวมสื่อของประเทศไทย

การประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ในยุคการหลอมรวมของสื่อเป็นการให้บริการที่อาศัยโครงสร้างพื้นฐานของผู้ให้บริการโครงข่ายที่มีอยู่เดิม เช่น โครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ และโครงข่ายอินเทอร์เน็ตบรอดแบนด์ เพื่อเป็นช่องทางในการสื่อสารเนื้อหาไปยังผู้รับบริการที่มีอุปกรณ์

เชื่อมต่อกับโครงข่ายดังกล่าว เช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่ คอมพิวเตอร์ตั้งโต๊ะหรือพกพา และสมาร์ตทีวี การบริโภคกิจการดังกล่าวจึงสามารถกระทำได้ง่าย โดยเฉพาะผู้บริโภคที่เป็นเด็กและเยาวชน เนื่องจากพฤติกรรมและวัฒนธรรมของเด็กและเยาวชนไทยนิยมใช้งานโทรศัพท์เคลื่อนที่ ไอแพด แท็บเล็ต ฯลฯ สื่อที่เสนอออกมาผ่านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบ OTT จึงมีนัยยะหรือบทบาทสำคัญแก่ผู้กลุ่มผู้บริโภคข้างต้น แต่ในปัจจุบันประเทศไทยกลับยังไม่มีกฎระเบียบหรือแนวทางในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบ OTT แต่อย่างใด อีกทั้งการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบ OTT ยังไม่อยู่ภายใต้ระบบอนุญาต การปล่อยปะละเลยโดยไม่ควบคุมการให้หรือใช้บริการกิจการเช่นนี้ จึงอาจส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของผู้บริโภคในระยะยาวได้ ในขณะที่การประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมนั้นอยู่ภายใต้ระบบอนุญาตจากคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) และมีกฎระเบียบที่ใช้กำกับดูแลการประกอบกิจการอย่างชัดเจน ในกรณีนี้จึงกล่าวได้ว่ามาตรฐานการคุ้มครองผู้บริโภคสำหรับกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมและแบบ OTT แตกต่างกัน

#### 4.1 หน่วยงานกำกับดูแล

ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็นกฎระเบียบที่วางกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับองค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิม โดยกำหนดให้ กสทช. มีกรรมการจำนวน 11 คน แบ่งเป็น 2 คณะย่อย ได้แก่ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (กสท.) ซึ่งทำหน้าที่ปฏิบัติการแทน กสทช. ในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทค.) ซึ่งทำหน้าที่ปฏิบัติการแทน กสทช. ต่อมาในปี พ.ศ. 2560 สืบเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีประเทศไทยจึงปรับเปลี่ยนโครงสร้างขององค์กรกำกับดูแลเพื่อให้สอดคล้องกับการให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบ OTT โดยได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ยกเลิกคณะกรรมการย่อย กสท. และ กทค. เนื่องจากการกำกับดูแลโดยแยกกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมออกจากกัน ไม่ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีภายใต้การหลอมรวมสื่อ (Media Convergence) และกำหนดให้ กสทช. มีกรรมการจำนวน 7 คน<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=711259&ext=htm>, 2019 (April, 16).

## 4.2 ผู้ประกอบการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์

ผู้ประกอบการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ของประเทศไทย แบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ผู้ให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิม และผู้ให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบ OTT ซึ่งการให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมนั้น ผู้ให้บริการต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อน ได้แก่ กสทช. ตัวอย่างของผู้ประกอบการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิม ได้แก่ (ก.) ผู้ประกอบการโทรทัศน์ภาคพื้นดินประกอบด้วยช่องรายการ 4 ประเภท คือ (1) ช่องรายการเด็กและเยาวชน (2) ช่องรายการข่าวสารและสารประโยชน์ (3) ช่องรายการทั่วไป และ (4) ช่องรายการทั่วไป (ข.) ผู้ประกอบการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายเคเบิลเป็นการให้บริการโทรทัศน์แบบไม่ต้องขอรับการจัดสรรคลื่นความถี่ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 แต่ต้องได้รับใบอนุญาตเพื่อให้บริการโครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์สำหรับกิจการที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ (ค.) ผู้ประกอบการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายดาวเทียมเป็นการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ที่จะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์เพื่อให้บริการโครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์สำหรับกิจการที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ เช่น บริษัท ไทยเซทเทลไลท์ ทีวี จำกัด บริษัท ไทย แอดวานซ์ อินโนเวชัน จำกัด บริษัท ทูริซัน กรุ๊ป จำกัด เป็นต้น และ (ง.) ผู้ให้บริการโทรทัศน์แบบ IPTV เป็นการส่งสัญญาณภาพ และเสียง โดยเข้ารหัสสัญญาณภาพ และเสียงเป็นสัญญาณดิจิทัลก่อนส่งผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ตที่เป็นบรอดแบนด์ IPTV เป็นระบบการให้บริการที่ต้องบอกรับเป็นสมาชิกและผู้ใช้บริการสามารถสนทนาโต้ตอบกับผู้ให้บริการได้โดยผ่านสื่อตัวเดียวกัน (Interactive) และสามารถกำหนดการรับชมรายการตามที่ใช้บริการต้องการได้ (Video on demand) เช่น บริษัท ซุปเปอร์ บรอดแบนด์ เน็ตเวิร์ค จำกัด (AIS Playbox) บริษัท ทีโอที จำกัด (TOT IPTV) บริษัท ทริปเปิ้ลทีบรอดแบนด์ จำกัด (มหาชน) (3BB IPTV) เป็นต้น<sup>28</sup>

สำหรับผู้ให้บริการกิจการกระจายเสียงแบบดั้งเดิมและแบบ OTT นั้น สืบเนื่องจากบริการ OTT เป็นการให้บริการโดยอาศัยโครงสร้างพื้นฐานของผู้ให้บริการโครงข่ายที่มีอยู่เดิม ผู้ให้บริการจึงไม่ต้องลงทุนโครงข่ายโทรคมนาคม หรืออุปกรณ์สื่อสารเป็นของตนเอง โดยสามารถแบ่งออกได้หลายรูปแบบ ดังนี้ (1) ผู้ให้บริการโทรทัศน์แบบดั้งเดิมเข้ามาประกอบกิจการโทรทัศน์แบบ OTT

<sup>28</sup> คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, รายงานสภาพการแข่งขันและพฤติกรรมในอุตสาหกรรมกิจการโทรทัศน์ประจำปี 2561-2562 [Online], available URL: <https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/621200000006.pdf>, 2019 (October, 1).

ตัวอย่างเช่น Bugaboo TV, Mello, MONOMAX (2) ผู้ให้บริการโทรคมนาคมเข้ามาประกอบกิจการโทรทัศน์แบบ OTT ตัวอย่างเช่น AIS Play, LINE TV และ (3) ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาประกอบกิจการโทรทัศน์แบบ OTT ตัวอย่างเช่น YouTube, Netflix, WeTV, Viu, Iflix, HOOQ เป็นต้น

### 4.3 กฎระเบียบ

การให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์เป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐไทย ที่จัดสรรขึ้นเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ประเทศชาติและประชาชนในประเทศ แต่สืบเนื่องจากการให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์เป็นกิจการที่อาจกระทบสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น เพราะเป็นการให้บริการฝ่ายเดียว กล่าวคือ ผู้ประกอบการส่งสารไปยังผู้บริโภคเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งการรับสาร เช่นว่านี้อาจกระทบสิทธิเสรีภาพหรือก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยภายในประเทศหรือระหว่างประเทศได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงบัญญัติให้ กสทช. ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็นองค์กรผู้รับผิดชอบและกำกับการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังมีพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายที่บัญญัติเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ของประเทศไทย เช่น ประเภทของใบอนุญาตทั้งในกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่และไม่ใช้คลื่นความถี่ คุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาต การบริหารจัดการสถานี การกำกับดูแลเนื้อหา การคุ้มครองผู้บริโภค รวมถึงการกำกับดูแลการแข่งขันของผู้ประกอบการในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ เพื่อวางกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ในประเทศไทย<sup>29</sup> อีกทั้งยังมีกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 เช่น ประกาศ กสทช. เรื่อง มาตรการกำกับดูแลการรวมธุรกิจในการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ วางหลักเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่ประสงค์จะทำการรวมธุรกิจกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นต้องรายงานต่อ กสทช. ล่วงหน้า 30 วันก่อนการรวมธุรกิจ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการผูกขาด อันจะก่อให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม รวมถึงป้องกันผลกระทบระยะยาว เช่น อัตราค่าบริการ

---

<sup>29</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=573055&ext=htm>, 2016 (December, 20).

ที่จะกระทบสิทธิทางทรัพย์สินของผู้บริโภค<sup>30</sup> ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป พ.ศ. 2555 เป็นกฎระเบียบว่าด้วยเรื่องกำหนดให้ผู้ให้บริการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิก ได้แก่ เคเบิลทีวี ทีวีดาวเทียม และ IPTV มีหน้าที่ต้องออกอากาศรายการฟรีทีวี (ทีวีดิจิทัล) ให้ประชาชนได้รับชมได้โดยตรงอย่างต่อเนื่อง และไม่มีการเปลี่ยนแปลงทำซ้ำ ดัดแปลง ผังรายการหรือเนื้อหารายการ เพื่อให้ประชาชนสามารถรับชมฟรีทีวีในโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกได้อย่างทั่วถึง<sup>31</sup> ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดลำดับบริการโทรทัศน์ พ.ศ. 2558 เป็นกฎระเบียบว่าด้วยการกำหนดให้ผู้ให้บริการโทรทัศน์แบบดั้งเดิมต้องมีการเรียงช่องฟรีทีวีตั้งแต่หมายเลข 1-36 ในทุกแพลตฟอร์ม เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการโทรทัศน์ที่มีคุณภาพเป็นธรรม และส่งเสริมให้ประชาชนได้รับบริการโทรทัศน์ที่เป็นการทั่วไปได้อย่างทั่วถึง ตลอดจนเป็นการอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงบริการโทรทัศน์<sup>32</sup>

สำหรับกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบ OTT ของประเทศไทยในปัจจุบันนั้นยังไม่มีกฎระเบียบที่นำมาใช้กำกับดูแลกิจการดังกล่าว หรือมุ่งใช้บังคับแก่ผู้ประกอบการ OTT เป็นการเฉพาะ ดังนั้น กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบ OTT จึงเป็นกฎหมายกลางที่บังคับเป็นการทั่วไป เช่น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นกฎระเบียบว่าด้วยเรื่องกำหนดมาตรการเพื่อให้ผู้ประกอบการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรี และเป็นธรรม<sup>33</sup> เช่น ห้ามมิให้ผู้ประกอบการ OTT กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองมิให้ผู้บริโภคต้องเสียค่าบริการในการใช้บริการกิจการ

<sup>30</sup>เป็นกฎหมายที่ออกมาในปี พ.ศ. 2561 อันมีผลยกเลิกกฎหมายเดิม คือ ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดลักษณะและมาตรการกำกับดูแลการควบรวมกิจการ การถือหุ้นไขว้ และการครอบงำกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2557 เพื่อเป็นการผ่อนปรนหลักเกณฑ์ (จากการขออนุญาตควบรวมเป็นการแจ้งรายงาน) และลดขั้นตอนที่ยุ่งยากซับซ้อนในการควบรวมกิจการ.

<sup>31</sup>คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, **หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป** [Online], available URL: <https://www.nbtc.go.th/getattachment/0e37a635-fd01-42ac-a707-22ed21eefdc3/11.pdf.aspx?ext=.pdf>, 2012 (July, 24).

<sup>32</sup>คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, **หลักเกณฑ์การจัดลำดับบริการโทรทัศน์** [Online], available URL: [http://bcp.nbtc.go.th/uploads/items/attachments/bac9162b47c56fc8a4d2a519803d51b3/\\_410086b2d38c5f7f2c01d0bbc5b1ac15.PDF](http://bcp.nbtc.go.th/uploads/items/attachments/bac9162b47c56fc8a4d2a519803d51b3/_410086b2d38c5f7f2c01d0bbc5b1ac15.PDF), 2015 (October, 2).

<sup>33</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, **พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560** [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=780886&ext=htm>, 2017 (July, 17).

กระจายเสียงและโทรทัศน์อย่างไม่เป็นธรรม พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เป็นกฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเป็นการทั่วไป โดยกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาต่อผู้บริโภคเพื่อให้ความเป็นธรรมตามสมควรแก่ผู้บริโภค<sup>34</sup> เช่น ห้ามมิให้ผู้ประกอบการ OTT เผยแพร่โฆษณาด้วยข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริงผ่านช่องรายการของตน พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นกฎระเบียบว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์<sup>35</sup> เช่น ห้ามมิให้ผู้ประกอบการ OTT นำข้อมูลที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน เนื้อหาลามกอนาจารบนอินเทอร์เน็ต เนื้อหาที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นกฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ให้ถูกละเมิดโดยผู้อื่น<sup>36</sup> ซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์อาจเกี่ยวข้องกับเนื้อหารายการที่เผยแพร่ผ่านกิจการ OTT เช่น ห้ามมิให้ผู้ประกอบการ OTT ทำซ้ำหรือดัดแปลงภาพยนตร์อันมีลิขสิทธิ์ของผู้ประกอบการรายอื่น เป็นต้น

กสทช. ไม่มีอำนาจกำกับดูแลกิจการโทรทัศน์แบบ OTT โดยตรงเนื่องจากความหมายของ “กิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่” และ “กิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่” ไม่ได้ครอบคลุมถึงลักษณะกิจการโทรทัศน์แบบ OTT หากผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์แบบ OTT ดำเนินการฝ่าฝืนกฎหมายทั่วไปเรื่องใด ก็ต้องถูกลงโทษตามที่กำหนดในกฎหมายเรื่องนั้น เช่น ไฟล์วิดีโอที่เผยแพร่ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในกิจการโทรทัศน์แบบ OTT ถือเป็น “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ประเภหนึ่งตามความหมายที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หากผู้ประกอบกิจการโทรทัศน์แบบ OTT นำเสนอข้อมูลอันเป็นเท็จผ่านระบบคอมพิวเตอร์ ก็ต้องรับผิดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นต้น

---

<sup>34</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=302495&ext=htm>, 2019 (June, 13).

<sup>35</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=766928&ext=htm>, 2017 (January, 25).

<sup>36</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=686804&ext=htm>, 2018 (November, 16).

#### 4.3.1 กฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจากการควบคุมผังรายการ

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แบบดั้งเดิมต้องจัดผังรายการให้มีสัดส่วนรายการที่เป็นข่าวสารที่เป็นประโยชน์ตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 และผู้รับใบอนุญาตต้องจัดผังรายการให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการประกอบกิจการที่ได้รับอนุญาตสำหรับใบอนุญาตแต่ละประเภทด้วย<sup>37</sup> หากเห็นว่าผังรายการไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตแก้ไขผังรายการให้ถูกต้องได้

นอกจากนี้ กสทช. ยังได้ประกาศหลักเกณฑ์การจัดทำผังรายการสำหรับให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นกฎระเบียบที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดผังรายการไว้หลายประการ เช่น ผู้รับใบอนุญาตต้องจัดทำและเสนอผังรายการ รวมถึงสัดส่วนรายการของสถานีที่จะให้บริการในแต่ละประเภทใบอนุญาตต่อคณะกรรมการก่อนเริ่มให้บริการอย่างน้อย 15 วัน ผู้รับใบอนุญาตที่ใช้คลื่นความถี่ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป ต้องจัดให้มีการออกอากาศรายการตามเวลาที่กำหนด เช่น เพลงชาติไทย ข่าวในพระราชสำนัก เป็นต้น รวมถึงผู้รับใบอนุญาตต้องจัดทำผังรายการให้สอดคล้องกับระดับความเหมาะสมของรายการและกำหนดช่วงเวลาการออกอากาศตามความเหมาะสมของรายการแต่ละประเภทเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน เช่น รายการที่มีระดับความเหมาะสมของรายการในระดับ น.13 ห้ามมิให้ออกอากาศ ในช่วงเวลา ก่อน 20.30 น. ของทุกวัน และให้ออกอากาศได้จนถึงเวลา 05.00 น. ของวันถัดไป รายการที่มีระดับความเหมาะสมของรายการในระดับ น.18 หรือรายการที่มีลักษณะตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ห้ามมิให้ออกอากาศในช่วงเวลา ก่อน 22.00 น. ของทุกวัน และให้ออกอากาศได้จนถึงเวลา 05.00 น. ของวันถัดไป รายการที่มีระดับความเหมาะสมของรายการในระดับ “ฉ” ห้ามมิให้ออกอากาศในช่วงเวลา ก่อน 24.00 น. ของทุกวัน และให้ออกอากาศได้จนถึงเวลา 05.00 น. ของวันถัดไป เป็นต้น<sup>38</sup>

<sup>37</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=573055&ext=htm>, 2016 (December, 20).

<sup>38</sup>คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, หลักเกณฑ์การจัดทำผังรายการสำหรับให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ [Online], available URL: [https://broadcast.nbtc.go.th/schedule\\_info](https://broadcast.nbtc.go.th/schedule_info), 2020 (May, 12).

#### 4.3.2 กฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคโดยการกำกับโฆษณา

ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นกฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจากการบริโภคโฆษณาจากกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิม อาทิเช่น ผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่สามารถโฆษณาบริการหรือสินค้าได้ไม่เกินชั่วโมงละ 12.5 นาที โดยเมื่อรวมเวลาโฆษณาตลอดทั้งวันเฉลี่ยแล้วต้องไม่เกินชั่วโมงละ 10 นาที ผู้ให้บริการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ (แบบบอกรับสมาชิก) สามารถโฆษณาบริการหรือสินค้าได้ไม่เกินชั่วโมงละ 6 นาที โดยเมื่อรวมเวลาโฆษณาและการบริการธุรกิจ ตลอดทั้งวันเฉลี่ยแล้วต้องไม่เกินชั่วโมงละ 5 นาที เป็นต้น<sup>39</sup> ซึ่งการกำหนดกฎระเบียบเช่นนี้ ย่อมทำให้ผู้บริโภคไม่ถูกรบกวนหรือถูกยัดเยียดให้ต้องรับชมโฆษณาเกินสมควรแก่เหตุและไม่เป็นธรรม การให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ที่ดีควรคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ผู้บริโภคพึงรับจากกิจการของตนด้วย ไม่ว่าในเชิงเนื้อหาหรือปริมาณ นอกจากนี้ กสทช. ยังประกาศกฎระเบียบว่าด้วยเรื่องการทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2555 โดยห้ามผู้ให้บริการโทรทัศน์แบบดั้งเดิมออกอากาศรายการหรือการโฆษณาที่มีเนื้อหาจูงใจให้ผู้บริโภคเลือกใช้บริการหรือสินค้าโดยหลอกลวง หรือทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญ หรือโดยอ้างอิงรายงานทางวิชาการ สถิติ หรือข้อมูลอันไม่เป็นความจริง หรือเกินความจริง อันเป็นพฤติกรรมการโฆษณาเพื่อเอาเปรียบผู้บริโภค<sup>40</sup>

สำหรับกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบ OTT ยังไม่มีกฎระเบียบที่คุ้มครองผู้บริโภคเชิงเนื้อหาเพื่อกำกับการโฆษณาเป็นการเฉพาะทำให้ผู้ประกอบการในกิจการ OTT สามารถให้บริการผู้บริโภคโดยแฝงโฆษณาได้โดยไม่จำกัดทั้งด้านเนื้อหาและปริมาณ

#### 4.3.3 กฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นกฎระเบียบที่นำมาใช้คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ให้ถูกละเมิดผ่านการเผยแพร่จากกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบ OTT เช่น ห้ามมิให้ผู้ประกอบการ OTT ทำซ้ำหรือดัดแปลงภาพยนตร์อันมีลิขสิทธิ์

---

<sup>39</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=573055&ext=htm>, 2016 (December, 20).

<sup>40</sup>คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, หลักเกณฑ์การกระทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ [Online], available URL: <http://www.indyconsumers.org/main/phocadownload/Law/Announced-TheActionIsExploited-NBTC-2555.pdf>, 2012 (December, 26).

ของผู้ประกอบการรายอื่น ห้ามมิให้ผู้ประกอบการ OTT นำงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์มาเผยแพร่โดยมิได้รับอนุญาต เป็นต้น ซึ่งกฎระเบียบเช่นว่านี้ ย่อมทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบ OTT ของประเทศไทย อันส่งผลให้มีการส่งเสริมและกระตุ้นให้มีการสร้างสรรค์ผลงานภายในประเทศไทยต่อไป<sup>41</sup>

## 5. ข้อเสนอแนะในการนำกฎระเบียบการคุ้มครองผู้บริโภคด้านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ ในยุคการหลอมรวมสื่อของสิงคโปร์มาปรับใช้กับประเทศไทย

### 5.1 แนวปฏิบัติและกฎระเบียบในการคุ้มครองผู้บริโภคจากกิจการ OTT

ประเทศสิงคโปร์มีแนวปฏิบัติ (Codes of Practice) สำหรับการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์บนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต (OTT TV) ทั่วประเทศ หากเนื้อหาใดที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือต้องห้ามภายใต้กฎระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องย่อมต้องห้ามนำเสนอออกอากาศ นอกจากนี้ การแพร่ภาพของช่องต่างประเทศในประเทศสิงคโปร์จะทำได้ต่อเมื่อมีใบอนุญาตผู้ให้บริการและผู้ประกอบการกิจการ OTT จะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบอย่างเคร่งครัด มีขอบเขตเนื้อหาที่ออกอากาศได้อย่างจำกัด กล่าวคือ ต้องไม่มีการออกอากาศลามกอนาจาร การมีเพศสัมพันธ์กับเยาวชน หรือโดยไม่ได้รับความยินยอม ความรุนแรง การก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อเชื้อชาติ ศาสนา ทั้งยังต้องมีการจัดระดับ (Rating) เนื้อหา การคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ และการห้ามการโฆษณาที่มีเนื้อหาไม่เป็นจริง ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายจากการเผยแพร่สื่อภายในประเทศของตน แต่ในกรณีของประเทศไทยนั้นยังมิได้มีการออกแนวปฏิบัติสำหรับกิจการ OTT หรือเงื่อนไขในการเผยแพร่ภาพของช่องต่างประเทศอย่างชัดเจน กสทช. ในฐานะหน่วยงานกำกับดูแลจึงควรเน้นการกำกับดูแลแบบล่วงหน้าดังเช่นที่ประเทศสิงคโปร์ปฏิบัติ เช่น การออกใบอนุญาตสำหรับกิจการโทรทัศน์ประเภทต่าง ๆ ที่ให้บริการ OTT หรือรายการที่มีเนื้อหาต่างประเทศ เป็นต้น โดยควรมุ่งเน้นการกำกับดูแลที่ส่งเสริมจริยธรรมเพื่อการนำเสนอสื่อที่สร้างสรรค์ ซึ่ง กสทช. รวมถึงสมาคมที่เกี่ยวข้อง อาทิ สำนักงานส่งเสริมเศรษฐกิจดิจิทัล (DEPA) อาจมีนโยบายให้รางวัลแก่ช่องรายการโทรทัศน์ที่ผลิตสื่อสร้างสรรค์หรือรายการที่มีคุณภาพ ให้เงินอุดหนุนรายการโทรทัศน์ที่มีคุณภาพ การให้สิทธิลดหย่อนภาษี ฯลฯ ส่งเสริมรายการที่จัดทำเนื้อหาเหมาะสมสำหรับเด็กและเยาวชน เช่น การให้รางวัลหรือเงินอุดหนุนสำหรับ

<sup>41</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=686804&ext=htm>, 2018 (November, 16).

รายการที่จัดทำเนื้อหาสำหรับเด็กและเยาวชน การให้สิทธิลดหย่อนภาษี เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อจูงใจให้ผู้ประกอบการ OTT ผลิตสื่อตามแนวทางกำกับดูแลของตน และเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการกิจการ OTT ในประเทศไทย

นอกจากนี้ประเทศไทยควรมีกฎหมายใหม่ซึ่งเป็นฉบับเฉพาะเพื่อมุ่งบังคับใช้กับการกำกับดูแลกิจการ OTT มีการจัดตั้งคณะกรรมการเป็นองค์กรเพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลและคุ้มครองผู้บริโภคจากกิจการดังกล่าวเช่นเดียวกันกับประเทศสิงคโปร์ กล่าวคือ ประเทศสิงคโปร์ได้จัดตั้ง IMDA เป็นคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่ในการส่งเสริมและพัฒนาสื่อต่าง ๆ ภายในประเทศเป็นการเฉพาะเจาะจง มีการเปิดเสรีการสื่อสาร การกระจายเสียง และมีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงต่อการพัฒนาสื่อและอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้อง แต่ประเทศไทยกลับยังไม่มีคณะกรรมการอย่างเฉพาะเจาะจงเพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการ OTT แต่อย่างใด ฉะนั้นเมื่อการให้บริการ OTT มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ มีเทคโนโลยีและอินเทอร์เน็ตเข้ามาเกี่ยวข้อง รูปแบบการให้บริการโดยทั่วไปทำในลักษณะออนไลน์ ขอบเขตในการเข้าถึงบริการดังกล่าว ไม่ว่าในด้านเนื้อหาพื้นที่ หรือระยะเวลา ย่อมแตกต่างกับการให้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิม ดังนั้น การใช้กฎระเบียบแบบดั้งเดิม หรือคณะกรรมการชุดเดิมอาจไม่มีความสอดคล้องหรือมีคุณสมบัติสัมพันธ์กับกิจการ OTT ด้วยเหตุนี้เพื่อควบคุมป้องกันมิให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายจากการเผยแพร่สื่อภายในประเทศจากกิจการ OTT ประเทศไทย จึงสมควรจัดตั้งคณะกรรมการและมีกฎระเบียบเพื่อใช้บังคับกับกิจการ OTT เป็นการเฉพาะเจาะจง

## 5.2 การคุ้มครองผู้บริโภคจากกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ด้านเนื้อหา

ประเทศไทยควรกำหนดกฎระเบียบในกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ในด้านเนื้อหาโดยนำแนวทางจากกฎระเบียบของประเทศสิงคโปร์ที่กำหนดไม่ให้มีเนื้อหาที่ก่อให้เกิดอันตรายหรือการกล่าวหาบุคคลหรือองค์กรใด ต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการรับผิดชอบในด้านเนื้อหา กล่าวคือ ผู้ประกอบการในกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ในประเทศไทยควรมีหน้าที่กลั่นกรองเนื้อหารายการของตนเสมอก่อนเผยแพร่สู่สาธารณะ ห้ามเผยแพร่รายการที่มีเนื้อหาขู่ให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) ความรุนแรง และเนื้อหาที่ขัดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดความขัดแย้งภายในประเทศจากการบริโภคสื่อในกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ภายในประเทศ อีกทั้ง ประเทศไทยควรกำหนดกฎระเบียบในลักษณะเดียวกับสิงคโปร์โดยกำหนดมาตรการสำหรับผู้บริโภคที่เป็นเยาวชนในการบริโภคสื่อเป็นการเฉพาะเจาะจง เช่น เนื้อหาต้องไม่มีความรุนแรงทางร่างกายและจิตใจ ต้องพิจารณาถึงการจัดเนื้อหาที่เหมาะสม

รวมถึงการจัดผังเวลาด้วย เพื่อลดผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับผู้บริโภคโดยเฉพาะผู้บริโภคที่เป็นเยาวชน เป็นต้น

สำหรับกิจการ OTT นอกจากประเทศไทยจะกำหนดให้ผู้ประกอบการจะมีหน้าที่ควบคุมเนื้อหาจากการเผยแพร่สื่อแล้ว ยังควรกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการลั่นกรงเลือกโฆษณาที่ถูกกฎหมายมาลงในรายการหรือแพลตฟอร์มของตนสนับสนุนในการใช้เทคโนโลยี AI เพื่อคัดกรองโฆษณาที่ถูกกฎหมายมาลงในรายการของตน กำหนดเงื่อนไขเพื่อคัดกรองโฆษณาที่เข้ามาลงในระบบของตนเอง ให้สอดคล้องกฎหมายภายในประเทศ มาตรฐานทางศีลธรรม ป้องกันการเข้าใจผิด หรือเผยแพร่สิ่งที่ไม่เป็นความจริงหรืออาจก่อให้เกิดการสำคัญผิดในตัดสินใจสินค้าที่นำมาโฆษณา เป็นต้น

### 5.3 การคุ้มครองผู้บริโภคในการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์

ประเทศสิงคโปร์มีรัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปที่ใช้คุ้มครองผู้บริโภคจากแนวปฏิบัติและพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมจากการทำธุรกรรมกับผู้ให้บริการประเภทต่าง ๆ การจัดทำสัญญาให้บริการโดยผู้ประกอบการกระจายเสียงและโทรทัศน์ต้องไม่เป็นการกระทำหรือการดเว้นการกระทำที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้น หากผู้ประกอบการกระจายเสียงและโทรทัศน์ทำสัญญาให้บริการโดยมีลักษณะไม่เป็นธรรมตามกฎหมายระเบียบผู้บริโภคมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งจากผู้ประกอบการได้ นอกจากนี้ สิงคโปร์ยังมีกรอบนโยบายเกี่ยวกับความเป็นกลางทางอินเทอร์เน็ต (Net Neutrality Policy Framework) ที่ใช้คุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตเพื่อบริโภคเนื้อหาต่าง ๆ บนระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งรวมถึงการใช้บริการกิจการ OTT ด้วย ทั้งยังให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคจากการใช้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ กล่าวคือ ผู้ประกอบการที่ได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลจากการให้บริการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามรัฐบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล อันเป็นการกำกับดูแลที่ทำให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองจากการใช้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ภายในประเทศเป็นการเฉพาะเจาะจง

สำหรับประเทศไทยถึงแม้จะมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคแต่กฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางหรือกฎหมายแม่บทซึ่งใช้บังคับกับสัญญาทุกประเภท ส่งผลให้สัญญาบางข้อที่เกิดจากการใช้บริการกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์อาจมีความเฉพาะเจาะจงหรือมีข้อแตกต่างจากสัญญาประเภทอื่น ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาการตีความหรือปัญหาในการใช้บังคับต่อไป ฉะนั้นประเทศไทยจึงสมควรตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์เป็นการ

เฉพาะเจาะจงให้สอดคล้องหรือสัมพันธ์กับการให้บริการกิจการ OTT ที่มีลักษณะเป็นสื่อออนไลน์ การทำธุรกรรมโดยทั่วไปย่อมกระทำในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งกฎระเบียบที่ปรากฏในกฎหมายกลางอาจไม่ครอบคลุมเพียงพอ เพื่อให้ผู้บริโภคกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ในประเทศไทยได้รับความคุ้มครองมากขึ้น จึงสมควรตรากฎหมายเพื่อใช้กำกับดูแลการทำธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์เป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ กสทช. ในฐานะหน่วยงานกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แห่งประเทศไทย และสมาคมโฆษณาดิจิทัล (ประเทศไทย) ในฐานะหน่วยงานที่มีความเกี่ยวข้องกับกิจการ OTT ยังควรจัดทำคู่มือสำหรับการขายสินค้าผ่านโทรทัศน์ (Home shopping) และโฆษณาแฝง (Tie-in Ads) รวมถึงในสื่อหรือแพลตฟอร์มออนไลน์ โดยเฉพาะ และกำหนดรายละเอียดสำหรับรายการที่เหมาะสม เช่น ห้ามใช้คำพูดประเภทใดบ้างที่อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในคุณสมบัติของสินค้าและบริการ ลักษณะของหลักฐานยืนยันว่าผู้รับรองสินค้าเคยทดลองใช้สินค้าจริง ฯลฯ ควรจัดทำคู่มือแนะนำว่ากิจการโทรทัศน์แบบ OTT ควรคัดเลือกโฆษณาลักษณะใดเข้ามาในรายการ เช่น สินค้าที่มีเนื้อหาโฆษณาไม่เกินจริง สินค้าที่ถูกกฎหมาย โฆษณาที่ไม่มีเนื้อหาในเชิงอคติและเลือกปฏิบัติทางเพศ เชื้อชาติ ศาสนา กฎระเบียบเกี่ยวกับการรับเงินสนับสนุนในการโฆษณาสินค้า (Product Placement) นอกจากนี้ ยังควรกำหนดข้อจำกัดในการโฆษณาบูทรี และการตีพิมพ์เครื่องตีพิมพ์แอลกอฮอล์ โดยมุ่งเป้าไปที่การคุ้มครองเยาวชน เป็นต้น อันเป็นแนวการปฏิบัติตาม Internet Code of Practice ของประเทศสิงคโปร์ ซึ่งมีข้อกำหนดห้ามไม่ให้มีการออกอากาศเกี่ยวกับการโฆษณาที่มีเนื้อหาไม่เป็นจริง การศึกษากฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคด้านกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมในยุคการหลอมรวมสื่อของประเทศสิงคโปร์ จึงเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทย โดยประเทศไทยสามารถนำแนวทางด้านกฎหมาย กฎระเบียบ หรือแนวทางปฏิบัติที่ดีมาประยุกต์ใช้ให้สอดคล้องกับสภาพบริบทสังคมไทยต่อไป

## 6. บทสรุป

กิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมของประเทศสิงคโปร์ถูกกำกับดูแลโดยสำนักงานพัฒนาสื่อสิงคโปร์ (Media Development Authority หรือ MDA) ซึ่งทำหน้าที่ควบคุมกิจการให้ถูกต้องตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องและเพื่อมิให้เกิดการเอาเปรียบผู้บริโภคอย่างไม่เป็นธรรม ผู้ประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมต้องได้รับอนุญาตจาก MDA ก่อน จึงมีสิทธิเผยแพร่สื่อภายในประเทศได้ MDA กำหนดกฎระเบียบในการคุ้มครองผู้บริโภคโดยการจัดประเภทเนื้อหารายการซึ่งมีการแบ่งช่วงระยะเวลาของรายการให้เหมาะสมกับกลุ่มผู้บริโภคเป็นการเฉพาะ

มี Content Code For Nationwide Managed Transmission Linear Television Services เป็นกฎระเบียบที่ใช้ควบคุมเนื้อหาที่เผยแพร่ทางโทรทัศน์ภายในประเทศ ผู้ประกอบการมีหน้าที่เผยแพร่สื่อที่สอดคล้องกับกฎระเบียบ ศีลธรรมอันดี และระมัดระวังไม่ให้เนื้อหาก่อให้เกิดความขัดแย้งในสังคม ประเทศสิงคโปร์มีกฎระเบียบในการควบคุมเนื้อหาผ่านรหัสเพื่อคุ้มครองเด็ก ส่งผลให้ผู้บริโภคที่เป็นเด็กได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ กล่าวคือ นอกจากกลุ่มผู้ประกอบการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมจะต้องปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามกฎระเบียบในการคุ้มครองผู้บริโภคโดยทั่วไปแล้วยังต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบในการคุ้มครองเด็กเป็นการเฉพาะ ระดับภาษา ภาพหรือเนื้อหาที่ก่อให้เกิดความกลัว ภัยอันตราย ความสับสนที่อาจเกิดขึ้นแก่เด็กได้ ต้องเผยแพร่ด้วยความระมัดระวังและสมเหตุสมผล ต้องมีคำแนะนำสำหรับผู้ปกครองในรายการเด็กโดยเฉพาะ เพื่อให้ผู้ปกครองจัดการให้เด็กได้รับสื่อได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม การกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมของประเทศสิงคโปร์มีกฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคประเภทบอกรับสมาชิกเป็นการเฉพาะมีการกำหนดมาตรฐานหรือวิธีการโต้แย้งอย่างเป็นรูปธรรม สำหรับรายการที่มีผู้ชมเป็นเด็กต้องนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับค่าบริการและกลไกการเรียกเก็บค่าบริการในรูปแบบที่เด็กสามารถเข้าใจได้เพื่อให้ผู้บริโภคประเภทบอกรับสมาชิกที่เป็นเด็กได้รับความคุ้มครองในการใช้บริการอย่างเป็นธรรม อีกทั้งมีกฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจากการควบคุมผังรายการ โดยควบคุมเนื้อหาที่ออกอากาศให้มีความเหมาะสมกับกลุ่มผู้บริโภครายการที่ออกอากาศระหว่างเวลา 06.00 น. ถึง 22.00 น. ต้องเหมาะสมสำหรับสถาบันครอบครัว สำหรับรายการที่เกินระดับ PG ถูกกำหนดช่วงเวลาการออกอากาศในช่วงกลางคืนระหว่างเวลา 22.00 น. ถึง 06.00 น. ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เด็กจำนวนมากชมรายการซึ่งกฎระเบียบดังกล่าวนี้เป็นกฎระเบียบที่ประเทศไทยยังไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ การศึกษากฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจากกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิมจึงเป็นประโยชน์แก่ประเทศไทยในการกำหนดนโยบายหรือกรอบในการคุ้มครองดูแล อาทิ การกำหนดกฎระเบียบว่าด้วยการจัดเก็บค่าบริการสำหรับผู้บริโภคประเภทบอกรับสมาชิกที่เป็นเด็ก การกำหนดวิธีการในการโต้แย้งของผู้บริโภคต่อผู้ประกอบการในกรณีที่มีการเรียกเก็บค่าบริการที่ไม่ชอบ การควบคุมเนื้อหารายการให้มีความเหมาะสมกับกลุ่มผู้บริโภคในแต่ละช่วงเวลา เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองจากการบริโภคกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ ไม่ให้ได้รับความเสียหายทางทรัพย์สิน จิตใจ ร่างกาย หรือชีวิตจากการบริโภคกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ดังกล่าว

ในยุคการหลอมรวมสื่อประเทศสิงคโปร์มีปรับกฎระเบียบเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ให้สอดคล้องกับวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีมีกฎหมายว่าด้วยการแพร่ภาพกระจายเสียง ค.ศ. 1994 (Broadcasting Act B.C. 1994, 2003) และรัฐบัญญัติการพัฒนาสื่อข้อมูลการสื่อสาร (Info-communications Media Development Authority Act)

เป็นกฎระเบียบว่าด้วยกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์บนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต (OTT TV) เป็นการเฉพาะ และมีการปรับใช้กฎหมายสมัยใหม่ อาทิเช่น รัฐบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Transactions Act) รัฐบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Personal Data Protection Act) รัฐบัญญัติการพนันปี ค.ศ. 2014 (The Remote Gambling Act 2014) รัฐบัญญัติควบคุมสแปม (Spam Control Act หรือ Cap.311A) ฯลฯ มากำกับดูแลผู้บริโภค ในกิจการ OTT ประเทศสิงคโปร์ได้จัดตั้งสำนักงานการพัฒนาข้อมูลและการสื่อสาร (The Information Communications Media Development Authority หรือ IMDA) เพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลและคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการ OTT โดย IMDA ทำหน้าที่ในการออกใบอนุญาตให้ผู้ประกอบการซึ่งมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด ผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาตมีหน้าที่เผยแพร่ชื่อของตนให้สอดคล้องกับกฎระเบียบที่ใช้บังคับ นอกจากนี้ ประเทศสิงคโปร์ยังให้ความสำคัญแก่ทรัพย์สินทางปัญญาโดยมี Intellectual Property Office of Singapore (“IPOS”) เป็นหน่วยงานเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค (การค้าที่เป็นธรรม) ค.ศ. 2003 (Consumer Protection Fair Trading Act B.C. 2003) เป็นกฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจากการค้าที่ไม่เป็นธรรม คุ้มครองผู้บริโภคจากแนวปฏิบัติและพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมจากการทำธุรกรรมกับผู้ประกอบการ โดยผู้ประกอบการมีหน้าที่จัดทำหนังสือแจ้งเตือนไปยังผู้บริโภคล่วงหน้าอย่างน้อย 3 วันทำการก่อนสิ้นสุดระยะเวลาการทดลองรับบริการ ประเทศสิงคโปร์มีกฎระเบียบว่าด้วยหลักการให้บริการวิดีโอตามความต้องการและเฉพาะกลุ่ม ทำหน้าที่วางกฎระเบียบเพื่อกำกับดูแลเนื้อหารายการตามการประมวลเนื้อหา ต้องจัดหมวดหมู่ที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนเพื่อให้ผู้บริโภคทราบถึงการจำแนกรายการก่อนที่จะตัดสินใจหรือซื้อรายการในบริการ OTT มีการคุ้มครองผู้บริโภคจากการจัดผังรายการ โดยผู้ประกอบการมีหน้าที่ตรวจสอบว่า เนื้อหาที่เผยแพร่ไม่มีเนื้อหาทำลายความสงบเรียบร้อยของประชาชน ก่อให้เกิดความรุนแรง หรือส่งเสริมการใช้ความรุนแรงภายในประเทศ ไม่เป็นเนื้อหาที่ขัดกับประโยชน์สาธารณะ เป็นกลาง ไม่บิดเบือน คำนึงถึงความหลากหลายเชื้อชาติของชาวสิงคโปร์ มีหน้าที่แสดงสัญลักษณ์การจัดระดับรายการที่เหมาะสมและให้คำแนะนำผู้บริโภคสำหรับรายการที่ได้รับการจัดระดับ NC16 หรือสูงกว่า สื่อโฆษณาออนไลน์ สัญลักษณ์กำกับสื่อโฆษณาในรายการใด ๆ ต้องมีการแก้ไขให้มีระดับเท่ากับหรือต่ำกว่าระดับเนื้อหา รายการ การศึกษากฎระเบียบการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการกระจายเสียงและโทรทัศน์ในยุคการหลอมรวมสื่อของประเทศสิงคโปร์จะทำให้ประเทศไทยมีแนวทางในการออกนโยบายหรือออกกฎระเบียบเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการทำธุรกรรมออนไลน์ซึ่งเป็นกฎระเบียบที่ประเทศไทยยังไม่มีบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้บริโภคในกิจการ OTT ได้รับความคุ้มครองจากการทำธุรกรรมทางออนไลน์ที่ไม่เป็นธรรมจากผู้ประกอบการ

อาทิ การออกกฎระเบียบว่าด้วยการกำหนดระยะเวลาบอกกล่าวระยะเวลาสิ้นสุดการทดลองใช้บริการ เพื่อมิให้ผู้บริโภคต้องผูกพันเป็นสมาชิกและเสียค่าบริการโดยมิได้ให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้ง การกำกับดูแลรายการหรือโฆษณาในสื่อ OTT ให้สอดคล้องกับระดับการจัดประเภทรายการ การออกกฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากการเผยแพร่สื่อ OTT ที่มีขอบ เพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและส่งเสริมให้เกิดการสร้างสรรคในการประดิษฐ์ผลงานในประเทศไทยต่อไป

การศึกษาการกำกับดูแลกิจการ OTT ของประเทศสิงคโปร์เป็นแนวทางสำหรับประเทศไทย ในการนำนโยบายและกฎระเบียบบางประการมาปรับใช้ให้เหมาะสมในกรณีแห่งประเทศไทย อาทิ การคุ้มครองผู้บริโภคโดยการกำกับดูแลเนื้อหารายการผ่านทางรหัส การจัดประเภทภาพยนตร์ การคุ้มครองผู้บริโภคจากการทำธุรกรรมในสัญญาที่เกิดขึ้นจากการใช้บริการจากกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ โดยเฉพาะผู้บริโภคประเภทบอกรับสมาชิก รวมถึงการตรากฎหมายและจัดตั้งคณะกรรมการเพื่อกำกับดูแลกิจการ OTT เป็นการเฉพาะเจาะจง เพื่อให้การให้บริการของผู้ประกอบกิจการ OTT อยู่ภายใต้ระบบอนุญาต ดังเช่นผู้ประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบดั้งเดิม เป็นต้น ซึ่งประเทศไทยยังไม่มีหลักการที่ชัดเจนในการร่างกฎระเบียบเพื่อกำกับดูแล โดยเฉพาะเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์แบบ OTT ผู้วิจัยเห็นว่า แนวปฏิบัติที่ดีของประเทศสิงคโปร์จะสามารถแก้ไขปัญหาที่ประเทศไทยกำลังประสบอันได้แก่การขาดมาตรการกำกับดูแลหรือควบคุมที่ชัดเจนทำให้มีการเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร หรือพฤติกรรมไม่เหมาะสมในทางเพศซึ่งอาจเกิดการลอกเลียนแบบได้โดยง่าย หรือการนำเสนอสื่อที่มีเนื้อหาส่อหรืออาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางสังคม อาจทำให้ผู้บริโภคถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ หรืออาจทำให้เกิดความเสียหายทางทรัพย์สิน จิตใจ กายหรือชีวิตได้ เพื่อเป็นการป้องกัน แก้ไข และคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ได้รับสื่อที่ไม่เหมาะสม ขัดแย้งต่อศีลธรรม หรือก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย

### บรรณานุกรม

- กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ. กระทรวงพาณิชย์. **อุตสาหกรรมภาพยนตร์ของสิงคโปร์** [Online]. Available URL: [https://www.ditp.go.th/contents\\_attach/139440/139440.pdf](https://www.ditp.go.th/contents_attach/139440/139440.pdf), 2016 (May, 15).
- คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. **รายงานสภาพการแข่งขันและพฤติกรรมในอุตสาหกรรมกิจการโทรทัศน์ประจำปี 2561-2562** [Online]. Available URL: <https://broadcast.nbtc.go.th/data/academic/file/621200000006.pdf>, 2019 (October, 1).
- \_\_\_\_\_. **หลักเกณฑ์การกระทำที่เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์** [Online]. Available URL: <http://www.indyconsumers.org/main/phocadownload/Law/Announced-TheActionIsExploited-NBTC-2555.pdf>, 2012 (December, 26).
- \_\_\_\_\_. **หลักเกณฑ์การจัดทำผังรายการสำหรับให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์** [Online]. Available URL: [https://broadcast.nbtc.go.th/schedule\\_info](https://broadcast.nbtc.go.th/schedule_info), 2020 (May, 12).
- \_\_\_\_\_. **หลักเกณฑ์การจัดลำดับบริการโทรทัศน์** [Online]. Available URL: [http://bcp.nbtc.go.th/uploads/items/attachments/bac9162b47c56fc8a4d2a519803d51b3/\\_410086b2d38c5f7f2c01d0bbc5b1ac15.PDF](http://bcp.nbtc.go.th/uploads/items/attachments/bac9162b47c56fc8a4d2a519803d51b3/_410086b2d38c5f7f2c01d0bbc5b1ac15.PDF), 2015 (October, 2).
- \_\_\_\_\_. **หลักเกณฑ์การเผยแพร่กิจการโทรทัศน์ที่ให้บริการเป็นการทั่วไป** [Online]. Available URL: <https://www.nbtc.go.th/getattachment/0e37a635-fd01-42ac-a70722ed21eefdc3/11.pdf.aspx?ext=.pdf>, 2012 (July, 24).
- นิรมล ประสารสุข. **องค์กรกำกับดูแลสื่อวิทยุและโทรทัศน์ในต่างประเทศ** [Online]. Available URL: <http://www.thaibja.org/wp-content/uploads/2015/11/annual-report2009-part-3-%E0%B8%AB%E0%B8%99%E0%B9%89%E0%B8%B282-125.pdf>, 2019 (June, 22).
- มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. **งานวิจัยเรื่องมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจบริการ OTT** [Online]. Available URL: [http://ethesisarchive.library.tu.ac.th/thesis/2017/TU\\_20117\\_5801033316\\_8721\\_8213.pdf](http://ethesisarchive.library.tu.ac.th/thesis/2017/TU_20117_5801033316_8721_8213.pdf), 2018 (August, 10).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560** [Online]. Available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=780886&ext=htm>, 2017 (July, 17).

- \_\_\_\_\_. พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 [Online]. Available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=573055&ext=htm>, 2016 (December, 20).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 [Online]. Available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=302495&ext=htm>, 2019 (June, 13).
- \_\_\_\_\_. พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 [Online]. Available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=686804&ext=htm>, 2018 (November, 16).
- \_\_\_\_\_. พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 [Online]. Available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=766928&ext=htm>, 2017 (January, 25).
- \_\_\_\_\_. พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 [Online]. Available URL: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=711259&ext=htm>, 2019 (April, 16).
- CASBAA Executive Office. Same Same but Different? [Online]. Available URL: [https://gscoalition.org/cms-data/case-studies/CAS\\_Same\\_Same\\_but\\_Different.pdf](https://gscoalition.org/cms-data/case-studies/CAS_Same_Same_but_Different.pdf), 2019 (April, 7).
- Competition and Consumer Commission of Singapore. **Consumer Protection (Fair trading) Act 2003 Article 4** [Online]. Available URL: <https://www.cccs.gov.sg/legislation/consumer-protection-fair-trading-act>, 2022 (January, 28).
- Infocomm Media Development Authority. **Acts and Regulations** [Online]. Available URL: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing/Regulations/Acts-and-Regulations>, 2019 (May, 29).
- \_\_\_\_\_. **CONTENT CODE FOR NATIONWIDE MANAGED TRANSMISSION LINEAR TELEVISION SERVICES** [Online]. Available URL: <https://www.imda.gov.sg/media/Imda/Files/Regulations-and-Licensing/Regulations/Codes-of-Practice/Codes-of-Practice-Media/Managed-Linear-TV-Services-Content-Code-updated-29-April-2019.pdf>, 2019 (April, 29).
- \_\_\_\_\_. **The Electronic Transactions Act (Cap. 88)** [Online]. Available URL: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/electronic-transactions-act-and-regulations>, 2021 (April, 6).

Media Development Authority of Singapore Act. **CHAPTER 172** [Online]. Available URL: [https://web.archive.org/web/20040228134731/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non\\_version/cgi-bin/cgi\\_retrieve.pl?actno=REVED-172&doctitle=MEDIA%20DEVELOPMENT%20AUTHORITY%20OF%20SINGAPORE%20ACT%0a&date=latest&method=part](https://web.archive.org/web/20040228134731/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-172&doctitle=MEDIA%20DEVELOPMENT%20AUTHORITY%20OF%20SINGAPORE%20ACT%0a&date=latest&method=part), 2004 (February, 28).

Rama Mental. **พัฒนาการทางจิตใจ** [Online]. Available URL: <https://www.rama.mahidol.ac.th/ramamental/generalknowledge/child/06242014-1920>, 2021 (October, 5).

Singapore Statutes Online. **Info-communications Media Development Authority Act 2016** [Online]. Available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/IMDAA2016>, 2016 (October, 2).

\_\_\_\_\_. **NEWSPAPER AND PRINTING PRESSES ACT (CHAPTER 206)** [Online]. Available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/NPPA1974>, 2020 (May, 22).

\_\_\_\_\_. **PERSONAL DATA PROTECTION ACT 2012** [Online]. Available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/PDPA2012>, 2021 (December, 31).

\_\_\_\_\_. **SPAM CONTROL ACT (CHAPTER 311A)** [Online]. Available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/SCA2007>, 2007 (June, 15).

The Info-communications Media Development Authority. **Remote-Gambling-Act-Clarification-note-on-the-scope-of-Games** [Online]. Available URL: <https://www.imda.gov.sg/-/media/Imda/Files/Regulations-and-Licensing/Regulations/Codes-of-practice/Codes-of-Practice-Media/Remote-Gambling-Act-Clarification-note-on-the-scope-of-Games.pdf>, 2015 (January, 28).

The Wayback Machine. **BROADCASTING ACT (CHAPTER 28)** [Online]. Available URL: [https://web.archive.org/web/20040804014518/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non\\_version/cgi-bin/cgi\\_retrieve.pl?actno=REVED28&doctitle=BROADCASTING%20ACT%0a&date=latest&method=part](https://web.archive.org/web/20040804014518/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED28&doctitle=BROADCASTING%20ACT%0a&date=latest&method=part), 2004 (August, 4).

\_\_\_\_\_. **FILMS ACT (CHAPTER 107)** [Online]. Available URL: [https://web.archive.org/web/20050309160339/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non\\_version/cgi-bin/cgi\\_retrieve.pl?actno=REVED-107&doctitle=FILMS%20ACT%0a&date=latest&method=part](https://web.archive.org/web/20050309160339/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-107&doctitle=FILMS%20ACT%0a&date=latest&method=part), 2005 (March, 9).

- \_\_\_\_\_. **MEDIA DEVELOPMENT AUTHORITY OF SINGAPORE ACT (CHAPTER 172)** [Online]. Available URL: [https://web.archive.org/web/20040228134731/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non\\_version/cgi-bin/cgi\\_retrieve.pl?actno=REVED172&doctitle=MEDIA%20DEVELOPMENT%20AUTHORITY%20OF%20SINGAPORE%20ACT%0a&date=latest&method=part](https://web.archive.org/web/20040228134731/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED172&doctitle=MEDIA%20DEVELOPMENT%20AUTHORITY%20OF%20SINGAPORE%20ACT%0a&date=latest&method=part), 2013 (January, 1).
- \_\_\_\_\_. **PUBLIC ENTERTAINMENTS AND MEETINGS ACT (CHAPTER 257)** [Online]. Available URL: [https://web.archive.org/web/20040413091235/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non\\_version/cgi-bin/cgi\\_retrieve.pl?actno=REVED-257&doctitle=PUBLIC%20ENTERTAINMENTS%20AND%20MEETINGS%20ACT%0a&date=latest&method=part](https://web.archive.org/web/20040413091235/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-257&doctitle=PUBLIC%20ENTERTAINMENTS%20AND%20MEETINGS%20ACT%0a&date=latest&method=part), 2020 (April, 13).
- \_\_\_\_\_. **UNDESIRABLE PUBLICATIONS ACT (CHAPTER 338)** [Online]. Available URL: [https://web.archive.org/web/20040413094417/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non\\_version/cgi-bin/cgi\\_retrieve.pl?actno=REVED338&doctitle=UNDESIRABLE%20PUBLICATIONS%20ACT%0a&date=latest&method=part](https://web.archive.org/web/20040413094417/http://agcvldb4.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED338&doctitle=UNDESIRABLE%20PUBLICATIONS%20ACT%0a&date=latest&method=part), 2004 (April, 13).

การแจ้งเบาะแส การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส และ  
การให้เงินจูงใจตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์  
เปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ดวงฤทัย บุญญาเสถียร



การแจ้งเบาะแส การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส และการให้เงินจูงใจ  
ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ เปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา\*  
Whistleblower, Whistleblower Protection and Incentives under  
Securities Laws, Compared with the Laws of the United States of America

ดวงฤทัย บุญญาเสถียร\*\*  
Duangrutai Boonyasatian

บทคัดย่อ

มาตรการการแจ้งเบาะแสนั้นได้ถูกนำมาใช้เป็นหนึ่งมาตรการที่ใช้ในการเพิ่มประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายทั้งภาครัฐและเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดที่เกี่ยวกับการคอร์รัปชันและการฉ้อโกงในรูปแบบต่างๆ รวมถึงกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ซึ่งกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ของประเทศไทยก็ได้นำหลักการดังกล่าวมาใช้ด้วย

บทความวิจัยนี้ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการการแจ้งเบาะแสดตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ของประเทศไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถือได้ว่าเป็นหนึ่งในประเทศที่มีชื่อเสียงที่สุดในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว โดยผลของการวิจัยพบว่า เมื่อเปรียบเทียบ

---

\*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัยเรื่อง “ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการการแจ้งเบาะแสดตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ เปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา” โดยได้รับทุนอุดหนุนจากวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ. 2565.

This article is part of the research title “Problems Relating to Whistleblower Rules under Securities Laws, Compared with the Laws of the United States of America”. This research is funded by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, 2022.

\*\*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง); น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; LL.M. in Corporation Law, New York University School of Law, USA. E-mail: duangrutai\_b@rumail.ru.ac.th.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. at Chulalongkorn University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. in Corporation Law at New York University School of Law, USA.

วันที่รับบทความ (received) 28 กุมภาพันธ์ 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 3 พฤษภาคม 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 11 พฤษภาคม 2565.

กับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ในการรับแจ้งเบาะแสภายใต้กฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยนั้นยังคงมีปัญหาโดยถึงแม้ว่าจะมีช่องทางในการรับแจ้งเบาะแส แต่ในแบบฟอร์มการรับแจ้งเบาะแสมีการระบุคำถามที่ค่อนข้างกว้างเอาไว้ ทำให้คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์อาจได้รับข้อมูลที่ไม่ละเอียดเพียงพอในการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส กฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยไม่ได้กำหนดห้ามหน่วยงานกำกับดูแลเปิดเผยตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสไว้เป็นการเฉพาะ และมีได้กำหนดห้ามนายจ้างของผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวบุคคลใดในการติดต่อกับหน่วยงานกำกับดูแลเพื่อแจ้งเบาะแสดังกล่าวการกระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์ อีกทั้ง มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การให้เงินจูงใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสไว้ในกฎหมายหลักทรัพย์อีกด้วย

ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะในการพัฒนาประสิทธิภาพในการบังคับใช้มาตรการการแจ้งเบาะแสว่าควรมีแบบฟอร์มที่มีคำถามที่ละเอียดขึ้นเพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถใช้เป็นแนวทางในการให้เบาะแส ควรมีการแก้ไขกฎหมายหลักทรัพย์เพื่อให้มีการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสมากยิ่งขึ้น เพิ่มโทษต่อผู้ที่ทำการตอบโต้ผู้แจ้งเบาะแส เพิ่มบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเรียกค่าเสียหายหรือค่าทดแทน และมาตรการในการเยียวยาในกรณีที่ผู้แจ้งเบาะแสดูถูกตอบโต้ และเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดและโทษทางอาญาในกรณีที่บุคคลใดขัดขวางมิให้บุคคลอื่นมีการติดต่อกับหน่วยงานกำกับดูแลเพื่อแจ้งเบาะแสดังกล่าวการกระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์ รวมทั้ง เพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้เงินจูงใจ และแนวปฏิบัติที่เป็นรูปธรรมในการกำหนดนโยบายการแจ้งเบาะแสภายในองค์กร เพื่อสนับสนุนให้เกิดการแจ้งเบาะแสให้มากขึ้น

**คำสำคัญ:** ผู้แจ้งเบาะแส, เงินจูงใจ, กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์

### Abstract

Whistleblowing has long been applied as one of the measures to increase the efficiency of law enforcement in both public and private sectors especially in the crime like corruption or fraud.

This research article aims to study the concept of whistleblowing under Thai securities laws, by comparing such with those of the United States of America which is one of the most renowned countries that imposes the most powerful and effective whistleblower programs. The research finds that, compared with the laws of the United States of America, there are some problems concerning whistleblowing rules under the Thai securities laws. Even though there are channels to accept the tips from the whistleblowers, but the questions provided in the form for accepting the tips are quite broad which may cause the information received by the Securities and Exchange Commission to be inadequate to further proceed with the fact-finding for the misconduct. Regarding the whistleblower protection, the Thai securities laws do not specifically prescribe to prohibit the government agencies from exposing the identity of the whistleblower and do not prescribe to prohibit the employer from impeding the employee from contacting the authorized agency in order to make the tips under the securities laws. Moreover, there is no provision regarding the whistleblower incentives prescribed under the Thai securities laws.

In this regard, the author would like to suggest as follows. Regarding the acceptance of the tips, detailed questions should be provided in the form so that the whistleblower would have more guidelines to provide the tips. In addition, the securities laws should be amended to give more protection to the whistleblower. The provisions regarding the punishment for those who retaliate against the whistleblower, the claim for damages or compensation, including the remedy for the whistleblower who is retaliated against and the offence and punishment in the case that a person

impedes the other person from contacting the authorized agency in order to make the tips under the securities laws should also be added. Adding whistleblower incentives and practical guidelines for internal whistleblowing policy is also recommended in order to encourage whistleblowing.

**Keywords:** whistleblower, incentives, securities laws

## 1. บทนำ

การให้ประชาชนสามารถแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดได้นั้นเป็นหนึ่งในวิธีการที่นำมาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปราบปรามการกระทำความผิดอย่างการคอร์รัปชัน การบริหารงานที่ผิดพลาด และการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายโดยทั่วไป<sup>1</sup> เพื่อให้ภาครัฐสามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวเป็นผู้ที่ช่วยรักษาผลประโยชน์ให้แก่สังคมโดยรวม<sup>2</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ข้อมูลบางประการนั้น ภาครัฐอาจไม่สามารถตรวจสอบได้ หรือหากมีการตรวจสอบก็อาจต้องใช้ทรัพยากรทั้งผู้ปฏิบัติงานและเวลามาก หรืออาจมีเหตุผลประการอื่นที่ทำให้ภาครัฐไม่ใช่นักข่าวที่มีประสิทธิภาพที่สุดในการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดซึ่งภาคประชาชนสามารถให้การช่วยเหลือแก่ภาครัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดที่เกี่ยวกับการคอร์รัปชัน และการฉ้อโกงในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งหากมีการแจ้งเบาะแสดังกล่าวไว้ก็ยังสามารถลดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้เร็วขึ้นเท่านั้น<sup>3</sup>

ภายใต้กฎหมายไทยในปัจจุบัน มาตรการการแจ้งเบาะแสนั้นมิได้มีปรากฏเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการแจ้งเบาะแสเป็นการเฉพาะ แต่จะถูกบัญญัติอยู่ตามพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องต่าง ๆ ที่กฎหมายมุ่งให้มีการแจ้งเบาะแสสำหรับฐานความผิดที่ปรากฏในกฎหมายฉบับนั้น เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เป็นต้น ดังนั้น ในการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการการแจ้งเบาะแสของประเทศไทยจึงต้องศึกษารายละเอียดที่เกี่ยวข้องในแต่ละพระราชบัญญัติเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ ปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน การฉ้อโกง รวมถึงความผิดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายหลักทรัพย์ในปัจจุบันนั้นมีความรุนแรงและซับซ้อนขึ้นในหลายประเทศทั่วโลกเนื่องจากบริบททางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนไป รวมทั้งความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่ทำให้การก่ออาชญากรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมทางการเงินและธุรกิจนั้นมีความซับซ้อน และไม่สามารถตรวจสอบได้ง่าย ไม่ว่าจะเป็นการปกปิดหรือตกแต่งบัญชี การซื้อขายหลักทรัพย์โดยใช้ข้อมูลภายใน การเปิดเผยข้อมูลเท็จหรือบิดเบือนจากความเป็นจริง เป็นต้น โดยอาชญากรรมทางการเงินที่เกิดขึ้นกับภาคธุรกิจเอกชนและสร้างความเสียหายให้แก่نگลงทุนหรือประชาชนโดยทั่วไปนั้นมักเป็นความผิดที่อยู่ภายใต้กฎหมายหลักทรัพย์

<sup>1</sup>Gregor Thüsing and Gerrit Forst (Editors), *Whistleblowing – A Comparative Study* (Switzerland: Springer International Publishing Switzerland, 2016), p. v.

<sup>2</sup>พิติคุณ นิลถนอม, *Whistleblowing: การเปิดโปงการทุจริตกับราคาที่ต้องจ่าย จะอย่างไรให้คนกล้าทำในสิ่งที่ถูกต้อง* [Online], available URL: <https://thaipublica.org/2020/05/pitikhun-nilthanom-09/>, 2021(พฤษภาคม, 31).

<sup>3</sup>เรื่องเดียวกัน.

ดังจะเห็นได้จากกรณีของ Enron ที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีทั้งการตกแต่งบัญชี การสร้างรายได้และกำไรปลอม อีกทั้งมีการปกปิดหนี้สิน ซึ่งในคดีอย่าง Enron นั้นมีผู้แจ้งเบาะแสที่สำคัญคือ นาง Sherron Watkins ที่เป็นอดีตผู้บริหารของ Enron ซึ่งได้แจ้งเบาะแสเกี่ยวกับความผิดปกติทางด้านบัญชีและงบการเงินของ Enron ไปยังประธานกรรมการบริหารของบริษัท เป็นต้น ซึ่งการเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวนั้นก็เป็ปัจจัยสำคัญที่ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาหันมาให้ความสำคัญกับผู้แจ้งเบาะแสซึ่งเป็นบุคคลสำคัญที่ช่วยหน่วยงานของรัฐในการเปิดโปงการกระทำความผิดในองค์กรธุรกิจที่เป็นองค์กรเอกชนและออกกฎหมาย Sarbanes Oxley Act ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องนักลงทุนจากการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการตกแต่งบัญชีของบริษัท รวมทั้งมีการบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัทจดทะเบียนซึ่งได้แจ้งเบาะแสเกี่ยวกับการทุจริตภายในบริษัทไว้ด้วย<sup>4</sup> และได้บัญญัติกฎหมายดอดด์-แฟรงค์ (Dodd Frank Act) ขึ้นในปี ค.ศ. 2010 (พ.ศ. 2553) ซึ่งแก้ไขพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (Securities Exchange Act of 1934) โดยเพิ่มเติมมาตรา 21F ซึ่งวางบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสและการให้เงินจูงใจไว้โดยเฉพาะ

ในการนี้ ถึงแม้ว่าหลายประเทศจะมีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับมาตรการการแจ้งเบาะแสไว้ แต่ก็ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งเบาะแสหรือมีการบังคับคดีโดยอาศัยข้อมูลจากการแจ้งเบาะแสมากนัก<sup>5</sup> และในบางประเทศก็ไม่ได้มีกฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายพิเศษใดๆ ที่ให้การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส<sup>6</sup> หรืออาจมีกฎหมายเฉพาะเพื่อการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสเพียงบางกลุ่มบางพื้นที่ หรือเพียงบางเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับกฎหมายหลักทรัพย์โดยเฉพาะ<sup>7</sup> นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าบางประเทศอาจมีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์โดยเฉพาะแต่ยังคงมีการศึกษาที่ไม่มากนัก<sup>8</sup> ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นให้ความสำคัญกับการแจ้งเบาะแสเป็นอย่างสูง และถือได้ว่าเป็นหนึ่งในประเทศที่มีชื่อเสียงที่สุดในการบังคับใช้หลักการแจ้งเบาะแส

<sup>4</sup>Sarbanes Oxley Act Section 806 - Protection for Employees of Publicly Traded Companies Who Provide Evidence of Fraud.

<sup>5</sup>Gregor Thüsing and Gerrit Forst (Editors), op. cit., pp. 311-326. ยกตัวอย่างเช่น ประเทศออสเตรีย เบลเยียม บราซิล แคนาดา โครเอเชีย ไซปรัส สาธารณรัฐเชค เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี อิตาลี ญี่ปุ่น มอลตา เนเธอร์แลนด์ โปแลนด์ โปรตุเกส โรมาเนีย สโลวีเนีย เกาหลีใต้ สหราชอาณาจักร.

<sup>6</sup>Ibid., pp. 311-324. ยกตัวอย่างเช่น ประเทศบราซิล โครเอเชีย ไซปรัส สาธารณรัฐเชค เอสโตเนีย ฟินแลนด์ โปแลนด์ โปรตุเกส.

<sup>7</sup>Ibid. ยกตัวอย่างเช่น ประเทศออสเตรีย เบลเยียม แคนาดา ฝรั่งเศส เยอรมนี อิตาลี เนเธอร์แลนด์ โรมาเนีย สโลวีเนีย.

<sup>8</sup>Ibid., p. 321. ยกตัวอย่างเช่น ประเทศสิงคโปร์.

และการให้เงินจูงใจที่แข็งแกร่งและมีประสิทธิภาพ<sup>9</sup> มีกฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสในกรณีทั่วไป และกฎหมายเฉพาะสำหรับการแจ้งเบาะแสในคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายหลักทรัพย์แยกออกมาอย่างชัดเจน มีรายละเอียดเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแส การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส และการให้เงินจูงใจตามกฎหมายหลักทรัพย์ที่ครบถ้วน ครอบคลุม และเป็นการเฉพาะมากกว่ากฎเกณฑ์ลักษณะเดียวกันของประเทศอื่น ๆ อีกทั้งมีตัวอย่างการแจ้งเบาะแสซึ่งนำไปสู่การบังคับคดีต่อผู้กระทำความผิดในคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายหลักทรัพย์อันเป็นประจักษ์จำแนกจำนวนมากซึ่งเป็นบรรทัดฐานที่ดีในการศึกษาเปรียบเทียบ

จากเหตุผลเบื้องต้น บทความวิจัยฉบับนี้จึงจะมุ่งเน้นในการวิเคราะห์เปรียบเทียบรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรการการแจ้งเบาะแส ในส่วนของการแจ้งเบาะแส การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส และการให้เงินจูงใจ เฉพาะในส่วนที่ปรากฏอยู่ภายใต้กฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นสำคัญ และจากบทวิเคราะห์นั้น ผู้เขียนจะได้เสนอแนวทางและข้อเสนอแนะในการปรับปรุง แก้ไข และ/หรือ บังคับใช้กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ของประเทศไทยในส่วนที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการการแจ้งเบาะแส ซึ่งรวมถึงการให้ความคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส และ/หรือ การให้เงินจูงใจ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งเบาะแสในการกระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์นั้นเกิดประสิทธิผลสูงสุด โดยสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์มาดำเนินคดีและเรียกผลประโยชน์อันผู้กระทำความผิดมิพึงได้กลับคืนมา รวมทั้งลงโทษผู้กระทำความผิดอันจะเป็นประโยชน์ต่อผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นภาครัฐ ภาคธุรกิจ และประชาชนทั่วไป

## 2. ประวัติศาสตร์และความเป็นมาของมาตรการการแจ้งเบาะแส

### 2.1 การแจ้งเบาะแส (Whistleblowing)

การแจ้งเบาะแส (Whistleblowing) นั้นโดยทั่วไปจะหมายถึงการกระทำการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดหรืออาชญากรรมโดยบุคคลที่รู้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด โดยการแจ้งข้อมูลไปยังหน่วยงานที่สามารถจะดำเนินการให้เกิดการแก้ไขได้<sup>10</sup> เช่น หัวหน้างาน กรรมการผู้จัดการ ฝ่ายตรวจสอบภายใน หรือแม้แต่หน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานกำกับดูแล

<sup>9</sup>Caroline Bradley, **Rewards for Whistleblowing** [Online], available URL: [http://blenderlaw.umlaw.net/wp-content/uploads/2007/07/Rider-Research\\_Handbook\\_International\\_Financial\\_Crime\\_49.pdf](http://blenderlaw.umlaw.net/wp-content/uploads/2007/07/Rider-Research_Handbook_International_Financial_Crime_49.pdf), 2021 (May, 15).

<sup>10</sup>Petter Gottschalk, **Whistleblowing: White-Collar Fraud Signal Detection** (UK: Cambridge Scholars Publishing, 2018) p. 2., Ruth V. Aguilera and Abhijeet K. Vadera, “The Evolution of Vocabularies and Its Relation to Investigation of White-Collar Crimes: An Institutional Work Perspective,” **Journal of Business Ethics** 128 (2015): 21-38 cited by Petter Gottschalk, op. cit., p. 72.

ที่เป็นหน่วยงานภายนอกองค์กร<sup>11</sup> ซึ่งหลักการให้บุคคลสามารถเป็นผู้แจ้งเบาะแสดังนั้นมักถูกนำไปใช้กับกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามการทุจริต คอร์รัปชันต่าง ๆ ซึ่งการทุจริตนั้นไม่ได้เกิดขึ้นแต่ในภาครัฐเพียงอย่างเดียว แต่อาจเกิดขึ้นกับภาคธุรกิจได้และมีความเสียหายเกิดขึ้นไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการทุจริตในภาครัฐ โดยความผิดที่เกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชัน หรือการกระทำความผิดในรูปแบบเดียวกันในองค์กรธุรกิจโดยทั่วไปนั้นเป็นความผิดที่สามารถจับผิดได้ยากยิ่ง ดังนั้น ในประวัติศาสตร์หลาย ๆ ประเทศจึงต้องอาศัยความร่วมมือจากภาคประชาชนในการช่วยสอดส่องดูแลแล้วมีการกระทำความผิดเช่นนั้นเกิดขึ้นหรือไม่และรายงานต่อภาครัฐโดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศอังกฤษนั้นเริ่มนำบทบัญญัติที่ให้ประชาชนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาผู้ทราบเบาะแสมีสืสิทธิฟ้องคดีแทนรัฐบาล (Qui Tam) มาใช้ตั้งแต่ศตวรรษที่ 7 โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องในยุคเริ่มต้นนั้นมีหลักการพื้นฐานในการให้รางวัลแก่บุคคลที่ช่วยในการค้นพบหรือจับผิดการกระทำความผิดนั้นได้โดยแบ่งเงินรางวัลมาจากเงินที่ผู้กระทำความผิดต้องชำระให้แก่รัฐซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ก็ยังใช้เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายที่ว่าด้วยการแจ้งเบาะแสดในหลายประเทศมาจนถึงปัจจุบัน<sup>12</sup> โดยในช่วงแรกของการใช้กฎหมายที่ว่าด้วยการแจ้งเบาะแสนั้นจะเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสดการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับสาธารณประโยชน์ซึ่งมักจะเกี่ยวพันกับความผิดที่เกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชันในหน่วยงานภาครัฐก่อน ในภายหลัง หลักการเดียวกันจึงได้ถูกนำมาใช้กับการกระทำความผิดอาญาในลักษณะเดียวกันที่เกิดขึ้นกับองค์กรธุรกิจภาคเอกชนด้วย

ทั้งนี้ ผู้แจ้งเบาะแสดอาจเป็นผู้แจ้งเบาะแสดภายในองค์กร ซึ่งหมายถึง พนักงานขององค์กร<sup>13</sup> ซึ่งเป็นบุคคลที่สามารถล่วงรู้ข้อมูลการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นภายในองค์กรได้ง่าย<sup>14</sup> โดยพนักงานขององค์กรนั้นจะแจ้งข้อมูลการกระทำความผิดไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องภายในองค์กร<sup>15</sup> หรือผู้แจ้งเบาะแสดภายนอกองค์กร ซึ่งหมายถึง บุคคลที่ไม่ใช่พนักงานขององค์กรหรือบุคคลที่อาจเป็นอดีตพนักงานขององค์กร<sup>16</sup> ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก โดยบุคคลดังกล่าวนี้สามารถเป็นผู้แจ้งเบาะแสดได้เช่นกัน

<sup>11</sup>ศูนย์พัฒนาการกำกับดูแลกิจการบริษัทจดทะเบียน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “มาตรการในการแจ้งเบาะแสด (Whistleblowing) สำคัญอย่างไร,” วารสารตลาดหลักทรัพย์ 10, 9 (กุมภาพันธ์ 2550): 10-11.

<sup>12</sup>Whistleblowers International, *The History of Whistleblowing* [Online], available URL: <https://www.whistleblowersinternational.com/what-is-whistleblowing/history/>, 2021 (May, 25).

<sup>13</sup>Frederick D. Lipman, *Whistleblowers: Incentives, Disincentives, and Protection Strategies* (New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, 2012), p. 5.

<sup>14</sup>ศูนย์พัฒนาการกำกับดูแลกิจการบริษัทจดทะเบียน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, เรื่องเดิม.

<sup>15</sup>Frederick D. Lipman, op. cit., p. 5.

<sup>16</sup>Ibid.

หากบุคคลภายนอกนั้นได้รับข้อมูลหรือทำการสืบเสาะประเด็นที่สงสัยจนได้รู้ข้อเท็จจริงในระดับหนึ่ง<sup>17</sup> แล้วนำข้อมูลที่เป็นความลับนั้นมาแจ้งแก่หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแล หรือเปิดเผยต่อสาธารณะ หรือต่อตัวองค์กร<sup>18</sup> โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันหรือหยุดการกระทำผิดนั้น<sup>19</sup>

โดยในการแจ้งเบาะแสนั้น ผู้แจ้งเบาะแสภายในองค์กรอาจพบอุปสรรคมากกว่าผู้แจ้งเบาะแสภายนอกองค์กร ทำให้ในกรณีที่บุคคลซึ่งอาจเป็นผู้แจ้งเบาะแสภายในองค์กรนั้นเกิดความสงสัยต่อการกระทำบางประการในองค์กร แต่บุคคลนั้นอาจไม่ได้ทำการแจ้งข้อมูลดังกล่าวต่อบุคคลอื่นหรือหน่วยงานภายในที่เกี่ยวข้องเนื่องจากสาเหตุหลายประการ เช่น บุคคลนั้นอาจไม่แน่ใจว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริงหรือไม่ หรือบุคคลนั้นอาจไม่แน่ใจว่าควรแจ้งเบาะแสดังกล่าวกับใครหรือบุคคลนั้นอาจไม่มั่นใจว่าตนเองจะได้รับผลกระทบจากการแจ้งเบาะแสหรือให้สัญญาณดังกล่าวขึ้นหรือไม่โดยอาจเกรงกลัวว่าตนเองจะโดนตอบโต้ในรูปแบบต่าง ๆ เนื่องจากความคุ้มครองไม่เพียงพอ<sup>20</sup> ดังนั้น ถึงแม้ว่าบุคคลผู้มีข้อมูลนั้นอาจมีความมั่นใจว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง บุคคลก็อาจมีความลังเลที่จะแจ้งข้อมูลนั้นเนื่องจากบุคคลนั้นอาจมีความไม่มั่นใจในการเก็บรักษาความลับเกี่ยวกับตัวบุคคลที่เป็นผู้แจ้งเบาะแสในขั้นตอนต่าง ๆ และเกรงกลัวการถูกตอบโต้โดยไม่เป็นธรรม<sup>21</sup> หรือ เนื่องจากบุคคลที่มักจะก่อการกระทำผิดนั้นมักจะเป็นบุคคลระดับสูงในองค์กร ดังนั้น ในหลายกรณีจึงเกิดปัญหาว่ถึงแม้จะมีการแจ้งเบาะแสไปแล้ว บุคคลที่ได้รับแจ้งเบาะแสนั้นก็ไม่สามารถดำเนินการใด ๆ กับบุคคลระดับสูงซึ่งเป็นต้นตอในองค์กรที่เป็นผู้ถูกกล่าวหาได้ และผู้แจ้งเบาะแสมักจะไม่มีหลักฐานที่ชัดเจนมากนักเนื่องจากการกระทำที่คาดว่าเป็นความผิดนั้นได้ถูกอำพรางซ่อนเร้นไว้อย่างดีโดยผู้กระทำความผิด<sup>22</sup> และในบางกรณีผู้รับแจ้งเบาะแสอาจไม่มีความรู้ความสามารถในการแยกแยะเบาะแสที่ได้รับมา ซึ่งอาจเกิดจากกรณีที่ผู้รับแจ้งเบาะแสไม่ได้มีประสบการณ์ในด้านการสืบสวน หรือไม่มีความรู้เกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเงิน หรือรูปแบบการทำธุรกรรมที่ซับซ้อนหรือการบิดเบือนข้อมูลทางบัญชี ฯลฯ มาก่อน ทำให้เมื่อได้รับเบาะแสมมาแล้ว ไม่สามารถนำไปคิดวิเคราะห์ถึงรูปแบบของการกระทำความผิด แรงจูงใจในการกระทำความผิด รวมทั้งบุคคลผู้่น่าจะกระทำความผิดในลักษณะนั้นได้<sup>23</sup> จึงไม่มีการแจ้งเบาะแสเกิดขึ้น

<sup>17</sup>ศูนย์พัฒนาการกำกับดูแลกิจการบริษัทจดทะเบียน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, เรื่องเดิม.

<sup>18</sup>Frederick D. Lipman, op. cit., p. 5.

<sup>19</sup>Gregor Thüsing and Gerrit Forst (Editors), op. cit., p. v.

<sup>20</sup>Lisa Zipparo, "Factors which deter public officials from reporting corruption," *Crime Law & Social Change* 30, 3 (1999): 273-287 cited by Petter Gottschalk, op. cit., p. 74.

<sup>21</sup>Petter Gottschalk, op. cit., p. 68.

<sup>22</sup>Ibid., p. 69.

<sup>23</sup>Ibid., p. 70.

## 2.2 การตอบโต้โดยไม่เป็นธรรมและการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส (Retaliation and Whistleblower Protection)

การตอบโต้โดยไม่เป็นธรรม (Retaliation) หมายถึงการกระทำอันไม่พึงประสงค์ต่อผู้แจ้งเบาะแสที่ทำการแจ้งเบาะแสมิ่ว่าจะในองค์กรหรือนอกองค์กร หรือการกระทำอันเป็นโทษต่อลูกจ้างที่ต่อต้านการกระทำอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการจ้าง หรือลูกจ้างที่เข้าร่วมในการสืบสวนหรือการดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าว<sup>24</sup> โดยนาย David M. Becker อดีตผู้อำนวยการด้านกฎหมายของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกาได้เคยกล่าวไว้ว่า

“... การที่จะเป็นผู้แจ้งเบาะแสดังนั้น คุณต้องใช้ความกล้าอย่างมากเนื่องจากการแจ้งเบาะแสที่เกี่ยวข้องกับการทำความผิดในองค์กรนั้นย่อมหมายถึงการโดนคว่ำบาตรจากในองค์กรเป็นอย่างมาก โดยในหลายกรณีนั้นยังหมายถึงการที่คุณสูญเสียการงานอาชีพ หรืออย่างน้อยที่สุดก็คือคุณไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในการทำงานของคุณได้ และอาจหมายถึงการสูญเสียเพื่อนของคุณด้วย โดยมีโอกาสอันน้อยนิดที่จะพิสูจน์การกระทำของคุณได้ หรือกว่าจะพิสูจน์ได้ก็ต้องใช้เวลานานหลายปี”<sup>25</sup>

จากคำกล่าวเบื้องต้น แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการตอบโต้โดยไม่เป็นธรรม (Retaliation) ต่อผู้แจ้งเบาะแสนั้นอาจมาจากบุคคลใดก็ได้ซึ่งรวมถึงเพื่อนร่วมงานและหัวหน้างาน<sup>26</sup> ด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งระหว่างองค์กรและลูกจ้างโดยการข่มขู่ว่าจะดำเนินการหรือดำเนินการบางอย่างซึ่งเป็นผลร้ายต่อความเป็นอยู่ของลูกจ้างเป็นการตอบโต้การแจ้งเบาะแสของลูกจ้างไม่ว่าจะเป็นการแจ้งเบาะแสภายในหรือภายนอก<sup>27</sup> และมักเป็นการกระทำที่เป็นความผิดและส่งผลร้ายต่อตัวลูกจ้าง เช่น การไล่ออก หรือการกดดันในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การไม่ได้เลื่อนขั้นเงินเดือนซึ่งนำไปสู่การลาออกของลูกจ้างในเวลาต่อมา ดังนั้น การจะทำให้การแจ้งเบาะแสนั้นมีมากขึ้นทั้งในด้านปริมาณและคุณภาพ การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสจึงเป็นปัจจัยอีกประการหนึ่งที่องค์กรและหน่วยงานกำกับดูแลต้องให้ความสำคัญ

<sup>24</sup>Brita Bjørkelo and Stig Berge Matthiesen, **Preventing and dealing with retaliation against whistleblowers** [Online], available URL: <https://pfs.brage.unit.no/pfs-xmlui/bitstream/handle/11250/174970/whistleblowers.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 2021 (May, 15).

<sup>25</sup>David M. Becker, **Speech by SEC Staff: Remarks at the Practising Law Institute's Ninth Annual Institute on Securities Regulation in Europe** [Online], available URL: <https://www.sec.gov/news/speech/2011/spch012511dmb.htm.>, 2021 (May, 25).

<sup>26</sup>Kate Kenny, **Whistleblowing: toward a new theory** (Cambridge, Massachusetts, United States of America: Harvard University Press, 2019), p. 19.

<sup>27</sup>Ibid., p. 20.

ทั้งนี้การตอบโต้โดยไม่เป็นธรรมต่อผู้แจ้งเบาะแสโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของผู้แจ้งเบาะแสภายในองค์กรนั้นอาจมีได้หลายรูปแบบ เช่น การตอบโต้โดยไม่เป็นธรรมทางการเงินโดยการประเมินสมรรถภาพในการทำงานที่ต่ำกว่าปกติโดยหัวหน้างานของผู้แจ้งเบาะแส การกีดขวางไม่ให้เลื่อนตำแหน่ง การไม่สามารถหางานใหม่ได้เนื่องจากได้รับหนังสือแนะนำ (Recommendation Letter) ที่ไม่ดีเท่าไรนักจากนายจ้างหรือนายจ้างอาจไม่ออกหนังสือแนะนำให้เลย<sup>28</sup> หรือ การตอบโต้โดยไม่เป็นธรรมในรูปแบบอื่น เช่น การกีดกันทางจิตวิทยาโดยเพื่อนร่วมงานในสถานที่ทำงาน เช่น การไม่เชิญไปร่วมงานสังสรรค์ภายในองค์กร หรือการไม่ส่งสิ่งกับผู้ที่เป็นผู้แจ้งเบาะแสนั้น เป็นต้น<sup>29</sup>

เมื่อผู้แจ้งเบาะแสภายในองค์กรนั้นมีโอกาสที่จะถูกตอบโต้โดยไม่เป็นธรรมในรูปแบบต่างๆ ได้ จึงทำให้ผู้ที่มีข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้นไม่กล้าที่จะเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวให้แก่บริษัทหรือหน่วยงานกำกับดูแลเพราะเกรงกลัวการถูกตอบโต้โดยไม่เป็นธรรม ดังนั้น การที่รัฐจะสามารถอาศัยภาคเอกชนในการให้เบาะแสดังนั้นจึงต้องมีการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสที่สามารถใช้บังคับได้จริงหรือมีแรงจูงใจอื่น ๆ ที่เหมาะสมควบคู่กันไป โดยทั่วไปแล้ว ประเทศส่วนมากจะมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพยานในระหว่างการดำเนินคดี อย่างไรก็ตาม ผู้แจ้งเบาะแสโดยทั่วไปจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองหากยังมิได้มีการดำเนินคดีเกิดขึ้น ดังนั้น ประเทศต่าง ๆ จึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายที่ว่าด้วยการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสให้ชัดเจนด้วย

---

<sup>28</sup>หนังสือแนะนำ(Recommendation Letter)ในที่นี้ไม่ได้หมายความว่าหนังสือรับรองการทำงานซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ลักษณะ 6 ว่าด้วยการจ้างแรงงาน มาตรา 585 บัญญัติเอาไว้ว่า “ เมื่อการจ้างแรงงานสิ้นสุดลงแล้ว ลูกจ้างชอบที่จะได้รับใบสำคัญแสดงว่าลูกจ้างนั้นได้ทำงานมานานเท่าไรและงานที่ทำนั้นเป็นงานอย่างไร ” โดยศาลฎีกาได้พิพากษาไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3502/2543ว่า “ มาตรา 585 บัญญัติเพื่อประโยชน์ของลูกจ้างไม่ได้ให้สิทธินายจ้างที่จะออกใบสำคัญการทำงานด้วยข้อความใด ๆ ตามความประสงค์ของนายจ้างให้ผิดไปจากที่กฎหมายกำหนดดังนั้นนายจ้างจึงไม่มีสิทธิระบุดข้อความในใบสำคัญแสดงการทำงานว่าได้เลิกจ้างลูกจ้างเมื่อใด ด้วยวิธีใด และสาเหตุใด ” ดังนั้น ตามกฎหมายไทยอาจพิจารณาได้ว่านายจ้างจะไม่สามารถระบุสิ่งที่ไม่เป็นคุณต่อลูกจ้าง เช่น การกระทำความผิด หรือนิสัยไม่ดีส่วนตัวของลูกจ้างลงในหนังสือรับรองการทำงานได้ซึ่งจะแตกต่างจากหนังสือแนะนำที่บางบริษัทในตอนรับสมัครงานอาจขอเพิ่มเติมโดยนายจ้างเดิมสามารถออกให้หรือไม่ก็ได้ และไม่มีกฎหมายระบุไว้ว่านายจ้างสามารถเขียนข้อความใดลงในหนังสือแนะนำได้บ้าง และ Frederick D. Lipman, op. cit., p. 58.

<sup>29</sup>Maarten De Schepper, **Setting the Right Incentives for Whistleblowers**, paper submitted for European Master in Law and Economics, 2008-2009 cited by Frederick D. Lipman, op. cit., p. 59.

โดยทั่วไปกฎหมายที่ว่าด้วยการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสจะกำหนดโทษปรับหรือจำคุกหรือทั้งจำทั้งปรับบุคคลหรือบริษัทที่มีการกระทำความผิดเป็นการตอบโต้โดยไม่เป็นธรรมต่อผู้แจ้งเบาะแส และในบางกรณีอาจมีการกำหนดให้บริษัทที่มีการตอบโต้ผู้แจ้งเบาะแสนั้นจ่ายเงินเดือนย้อนหลังให้แก่ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวได้ รวมทั้งค่าทนายความ และต้องรับผู้แจ้งเบาะแสกลับเข้าทำงานในตำแหน่งเดิมในกรณีที่มีการไล่ผู้แจ้งเบาะแสออกจากบริษัท

### 2.3 การให้เงินจูงใจ (Incentives)

จากรูปแบบการตอบโต้ที่อาจเกิดขึ้นกับผู้แจ้งเบาะแสมายในองค์กรได้นั้นอาจกล่าวได้ว่าโดยทั่วไปแล้ว บุคคลทั่วไปอาจไม่มีแรงจูงใจที่จะดำเนินการแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดมากนักเนื่องจากบุคคลอาจมีความเกรงกลัวต่อการถูกตอบโต้ในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งส่งผลกระทบต่อตัวผู้แจ้งเบาะแสดังนั้นในด้านหน้าที่การงาน การเงิน อนาคต และสภาพจิตใจของผู้แจ้งเบาะแสดังนั้นในการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชัน นอกจากการให้ความคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสแล้ว จึงได้มีการนำเอาหลักการให้เงินจูงใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสมาใช้บังคับโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดกฎหมายต่าง ๆ ให้ผู้บังคับใช้กฎหมายทราบ และให้เงินจูงใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสหากข้อมูลที่เกี่ยวข้องนั้นนำไปสู่การดำเนินคดีจนสำเร็จสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ หรือได้รับเงินคืนจากการกระทำความผิดที่ก่อขึ้นโดยผู้กระทำความผิดได้ ซึ่งการให้เงินจูงใจนั้นจะช่วยจูงใจให้บุคคลนำข้อมูลการกระทำความผิดมาเปิดเผยมากขึ้นซึ่งเมื่อผู้กระทำความผิดถูกลงโทษโดยมีโทษปรับหรือโทษอันเป็นตัวเงินรวมอยู่ด้วยแล้วนั้น รัฐก็จะแบ่งเงินที่ได้รับจากค่าปรับนั้นให้แก่ผู้แจ้งเบาะแส โดยส่วนแบ่งที่มากขึ้นย่อมหมายถึงแรงจูงใจที่สูงขึ้นด้วย

การให้เงินจูงใจนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภทกล่าวคือ “เงินรางวัล” และ “เงินสินบน” โดย “เงินรางวัล” นั้นจะให้แก่ผู้จับผู้กระทำความผิด ซึ่งมักจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นหลัก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานโดยการสร้างแรงจูงใจในการให้ค่าตอบแทนพิเศษที่เพิ่มขึ้นและลดความเสี่ยงในการทุจริตจากการรับสินบน และในส่วนของ “เงินสินบน” นั้นจะให้แก่ประชาชนทั่วไปที่มีส่วนร่วมในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดกฎหมาย<sup>30</sup> ซึ่งเป็นการให้ค่าตอบแทนเพื่อสร้างแรงจูงใจให้แก่ภาคเอกชนในการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นอีกทางหนึ่ง โดยในบทความนี้ในกรณีที่มีการกล่าวถึงเงินจูงใจผู้เขียนจะหมายถึงเงินจูงใจในรูปแบบของเงินสินบนเท่านั้น โดยการให้เงินจูงใจนั้นมีมาพร้อมกันกับการแจ้งเบาะแสในช่วงศตวรรษที่ 7 ที่ประเทศอังกฤษได้มีกฎหมายบัญญัติให้ประชาชนซึ่งเป็น

<sup>30</sup>วรชัย แสนสิระ, “หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจ่ายเงินสินบนและเงินรางวัล ตอน การจ่ายเงินสินบนและเงินรางวัลตามกฎหมายเฉพาะด้าน,” *จุลนิติ* (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2558): 159-166.

บุคคลธรรมดา ผู้ทราบเบาะแสมีสิทธิฟ้องคดีแทนรัฐบาล (Qui Tam) และให้รางวัลแก่บุคคลที่ช่วยในการค้นพบหรือจับผิดการกระทำความผิดนั้นได้โดยแบ่งมาจากเงินที่ผู้กระทำความผิดต้องชำระให้แก่รัฐ<sup>31</sup> ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ก็ยังใช้เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายที่ว่าด้วยการแจ้งเบาะแสในหลายประเทศมาจนถึงปัจจุบัน<sup>32</sup>

### 3. บทวิเคราะห์เกี่ยวกับมาตรการการแจ้งเบาะแสการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสการให้เงินจูงใจ และผลการบังคับใช้มาตรการการแจ้งเบาะแสตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับของประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 3.1 การแจ้งเบาะแส

##### 3.1.1. ช่องทางและวิธีการในการแจ้งเบาะแส

สำหรับช่องทางและวิธีการในการแจ้งเบาะแสตามกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยนั้น กฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยมิได้มีการกำหนดช่องทางและวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ในการจัดให้มีช่องทางและวิธีการในการแจ้งเบาะแสเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535<sup>33</sup> ในการนี้ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และ

---

<sup>31</sup>The declaration of King Wihtred of Kent explained that “if a freeman works during [the Sabbath], he shall forfeit his [profits], and the man who informs against him shall have half the fine, and [the profits] of the labor.”

<sup>32</sup>Whistleblowers International, op. cit.

<sup>33</sup>พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535, มาตรา 14 กำหนดให้คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มีอำนาจหน้าที่วางนโยบายการส่งเสริมและพัฒนาตลอดจนกำกับดูแลในเรื่องหลักทรัพย์ ธุรกิจหลักทรัพย์ ตลาดหลักทรัพย์ ศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์ และธุรกิจที่เกี่ยวข้อง องค์การที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ การออกหรือเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน การเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการและการป้องกันการกระทำความผิดอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ ซึ่งรวมถึงการออกกระเปียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่งหรือข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติ และปฏิบัติการอื่นใดเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ กรณีจึงเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ในการวางหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งเบาะแสในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์เพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายหลักทรัพย์ให้เกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้นด้วย.

ตลาดหลักทรัพย์จึงจัดให้มี SEC Help Center<sup>34</sup> เพื่อรับเรื่องร้องเรียนและเบาะแส<sup>35</sup> โดยผู้แจ้งเบาะแสสามารถแจ้งเบาะแสเกี่ยวกับการกระทำความผิดได้ทางเว็บไซต์ อีเมล โทรศัพท์ ไปรษณีย์ และสามารถเดินทางมาพบเจ้าหน้าที่ด้วยตนเองที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้<sup>36</sup>

ในขณะที่ช่องทางและวิธีการในการแจ้งเบาะแสดำเนินการตามกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถดำเนินการได้ 2 วิธี<sup>37</sup> ได้แก่ 1. การกรอกแบบฟอร์มการแจ้งเบาะแสและข้อร้องเรียน (Form TCRs) ผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ที่หน้าเว็บไซต์ <https://www.sec.gov/whistleblower/submit-a-tip> และ 2. การกรอกแบบฟอร์มการแจ้งเบาะแสและข้อร้องเรียน (Form TCRs) และนำส่งทางไปรษณีย์หรือโทรสาร จึงอาจสรุปความแตกต่างของช่องทางและวิธีการในการแจ้งเบาะแสดำเนินการตามกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ดังตารางต่อไปนี้

---

<sup>34</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, **เรื่องร้องเรียนที่SEC Help Center สามารถช่วยท่านได้** [Online], available URL: <https://www.sec.or.th/TH/Pages/ABOUTUS/SECPEOPLE.aspx>, 2021 (พฤษภาคม, 1).

<sup>35</sup>การให้เบาะแสดำเนินการหมายถึง การให้ข้อมูลที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดีในกรณีที่เกิดการกระทำผิดกฎหมาย

สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, **การให้เบาะแสดำเนินการ** [Online], available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/ABOUTUS/SECSECHC\\_CLUE.aspx](https://www.sec.or.th/TH/Pages/ABOUTUS/SECSECHC_CLUE.aspx), 2021 (พฤษภาคม, 1).

<sup>36</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, **ช่องทางการร้องเรียน / แจ้งเบาะแสดำเนินการ** [Online], available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/ABOUTUS/SECSECHC\\_CHANNEL.aspx](https://www.sec.or.th/TH/Pages/ABOUTUS/SECSECHC_CHANNEL.aspx), 2021 (พฤษภาคม, 1).

<sup>37</sup>U.S. Securities and Exchange Commission, **Submit a Tip** [Online], available URL: <https://www.sec.gov/whistleblower/submit-a-tip>, 2021 (May, 3).

| ช่องทางและวิธีการแจ้งเบาะแส                                 | ประเทศไทย                         | ประเทศสหรัฐอเมริกา                          |
|-------------------------------------------------------------|-----------------------------------|---------------------------------------------|
| กรอกแบบฟอร์มออนไลน์ผ่านหน้าเว็บไซต์ของหน่วยงานกำกับดูแล     | สามารถทำได้                       | สามารถทำได้ <sup>38</sup>                   |
| กรอกแบบฟอร์มแล้วนำส่งหน่วยงานกำกับดูแลทางไปรษณีย์หรือโทรสาร | สามารถทำได้โดยการนำส่งทางไปรษณีย์ | สามารถทำได้โดยการนำส่งทางไปรษณีย์หรือโทรสาร |
| กรอกแบบฟอร์มแล้วนำส่งทางอีเมลที่หน่วยงานกำกับดูแลกำหนด      | สามารถทำได้                       | ไม่สามารถทำได้                              |
| โทรศัพท์ไปยังหน่วยงานกำกับดูแล                              | สามารถทำได้                       | ไม่สามารถทำได้                              |
| เดินทางมาพบเจ้าหน้าที่ ณ ที่ตั้งของหน่วยงานกำกับดูแล        | สามารถทำได้                       | ไม่สามารถทำได้                              |
| แจ้งเบาะแสผ่าน Facebook ของหน่วยงานกำกับดูแล                | สามารถทำได้                       | ไม่สามารถทำได้                              |

ตารางที่ 1 การเปรียบเทียบช่องทางและวิธีการในการแจ้งเบาะแสดตามกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการเปรียบเทียบข้างต้น หากพิจารณาในเรื่องของความสะดวกและความหลากหลายของช่องทางในการแจ้งเบาะแส การกำหนดช่องทางในการแจ้งเบาะแสของประเทศไทยจะค่อนข้างมีความสะดวกและหลากหลายมากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้แจ้งเบาะแสในประเทศไทยอาจแจ้งเบาะแสในรูปแบบที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างการแจ้งผ่านทางโทรศัพท์หรือเดินทางไปพบเจ้าหน้าที่ที่หน่วยงานกำกับดูแลได้ ในขณะที่การแจ้งเบาะแสในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะมีลักษณะที่เป็นทางการมากกว่าคือการดำเนินการจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้นและในกรณีที่เป็นกรอกแบบฟอร์มออนไลน์ ผู้แจ้งเบาะแสจะได้รับหมายเลขอ้างอิงสำหรับการแจ้งเบาะแสนั้นเพื่อเก็บไว้เป็นหลักฐานทันที

<sup>38</sup>เป็นช่องทางที่หน่วยงานกำกับดูแลแนะนำในการแจ้งเบาะแส เนื่องจากการกรอกแบบฟอร์มออนไลน์ผ่านหน้าเว็บไซต์หน่วยงานกำกับดูแล ผู้แจ้งเบาะแสจะได้รับแจ้งการยืนยันการได้รับข้อมูลเบาะแสสำเร็จและได้รับหมายเลขอ้างอิงสำหรับการแจ้งเบาะแสนั้นเพื่อเก็บไว้เป็นหลักฐาน และ U.S. Securities and Exchange Commission, *Submit a Tip*, op. cit.

### 3.1.2. ข้อมูลที่ต้องเตรียมในการแจ้งเบาะแส

ในการแจ้งเบาะแสโดยวิธีที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นมีเฉพาะในประเทศไทย โดยคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มีได้กำหนดว่าในการแจ้งเบาะแสในรูปแบบที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจะต้องแจ้งข้อมูลใดบ้าง

สำหรับการแจ้งเบาะแสหรือข้อร้องเรียนในกรณีที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวจะต้องจัดเตรียมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดและกรอกข้อมูลต่าง ๆ ตามแบบฟอร์มที่หน่วยงานกำกับดูแลของแต่ละประเทศกำหนดไว้ โดยข้อมูลทั่วไปที่ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวจะต้องกรอกนั้นจะมีความคล้ายคลึงกัน<sup>39</sup> ได้แก่ ข้อมูลของผู้แจ้งเบาะแส/ผู้ร้องเรียน ข้อมูลของผู้ถูกร้องเรียน เรื่องที่ร้องเรียน/แจ้งเบาะแสดังกล่าว การกระทำความผิด รายละเอียดของเรื่องร้องเรียนและเอกสารหลักฐานในการพิจารณา

อย่างไรก็ดี เมื่อเปรียบเทียบในส่วนของการรายละเอียดของเรื่องร้องเรียนที่ปรากฏในแบบฟอร์มของทั้งสองประเทศแล้วนั้น แบบฟอร์มของประเทศไทยจะมีได้มีคำถามที่ระบุเจาะจงมากขึ้น โดยจะเป็นแบบฟอร์มเปล่าที่ให้ผู้ร้องเรียนหรือผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวกรอกข้อมูลเองอย่างกว้าง ๆ ในขณะที่แบบฟอร์มของประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีคำถามที่ค่อนข้างเจาะจงมากกว่า เช่น วันที่เกิดเหตุการณ์ ในกรณีที่เคยติดต่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แล้วให้ระบุชื่อเจ้าหน้าที่ที่ติดต่อ ข้อร้องเรียนนี้มีความเกี่ยวข้องกับหน่วยงานหรือองค์กรที่ผู้ร้องเรียนเป็นพนักงาน กรรมการ ที่ปรึกษา ลูกจ้าง หรือคู่สัญญาหรือไม่ ในกรณีที่ตอบว่าใช่ ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวจะต้องแจ้งเรื่องร้องเรียนนี้ต่อผู้บังคับบัญชา เจ้าหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมภายใน สายด่วนแจ้งเบาะแส หรือโดยวิธีการอื่นใดที่มีภายในองค์กรแล้วหรือไม่ ประเภทของหลักทรัพย์ที่เกี่ยวข้องและชื่อผู้ออกหลักทรัพย์ (ถ้ามีความเกี่ยวข้องกับข้อร้องเรียน) เป็นต้น

นอกจากนี้ แบบฟอร์มของประเทศไทยยังได้กำหนดให้ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวอธิบายเอกสารประกอบการพิจารณาทั้งหมดที่อยู่ในการครอบครองของผู้แจ้งเบาะแส การมีอยู่และสถานที่ของเอกสารที่อาจเป็นประโยชน์อื่น ๆ แต่ไม่ได้อยู่ในการครอบครองของผู้แจ้งเบาะแส วิธีการได้มาซึ่งข้อมูลต่าง ๆ ที่ปรากฏในข้อร้องเรียนและบุคคลผู้ให้ข้อมูล รวมทั้ง การให้ระบุถึงข้อมูลในเอกสารหรือข้อมูลอื่นใดที่ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวและอาจทำให้ตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวถูกเปิดเผยได้ โดยให้อธิบายถึงเหตุผลว่า เพราะเหตุใดผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวจึงเชื่อว่าตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวจะถูกเปิดเผยหากข้อมูลนั้นได้ถูกล่วงรู้โดยบุคคลที่สาม

<sup>39</sup>อ้างอิงตามแบบร้องเรียนตามที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ประเทศไทย กำหนดและ FORM TCR สำหรับแจ้งเบาะแส เรื่องร้องเรียนตามที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนด.

การที่ในแบบฟอร์มของประเทศสหรัฐอเมริกาเน้นปรากฏคำถามที่ค่อนข้างเฉพาะเจาะจงและมีแนวทางในการกรอกแบบฟอร์มมากกว่านั้น ย่อมทำให้ข้อมูลที่หน่วยงานกำกับดูแลได้รับนั้นมีความครบถ้วนสมบูรณ์มากกว่า นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการตอบคำถามบางข้อในแบบฟอร์มนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้หน่วยงานกำกับดูแลสามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นอีกด้วย เช่น คำถามเกี่ยวกับการมีอยู่และสถานที่ของเอกสารที่อาจเป็นประโยชน์อื่น ๆ แต่ไม่ได้ใช้ในการครอบครองของผู้แจ้งเบาะแสนั้นอาจช่วยให้หน่วยงานกำกับดูแลสามารถสืบหาข้อมูลอื่นเพิ่มเติมนอกเหนือจากข้อมูลที่ผู้แจ้งเบาะแสดำเนินมาแล้วได้ หรือคำถามที่ให้ผู้แจ้งเบาะแสระบุถึงข้อมูลในเอกสารหรือข้อมูลอื่นใดที่ผู้แจ้งเบาะแสดำเนินมาแล้วและอาจทำให้อัตนของผู้แจ้งเบาะแสดูถูกเปิดเผยและเหตุผล อาจช่วยให้หน่วยงานกำกับดูแลสามารถคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสดีขึ้น เป็นต้น

### 3.2 การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส

สำหรับในส่วนของการให้ความคุ้มครองแก่ผู้แจ้งเบาะแสนั้น ทั้งกฎหมายของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาต่างก็มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้แจ้งเบาะแสปรากฏอยู่ โดยกฎหมายของประเทศไทยนั้น แต่เดิม ในการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสโดยทั่วไปจะเป็นการให้การคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานที่ให้ความคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสเกี่ยวกับการเลิกจ้างอย่างไม่เป็นธรรมเท่านั้น<sup>40</sup> อย่างไรก็ตามในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 จึงได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสเพิ่มเติมโดยห้ามมิให้บริษัทกระทำการใดอันเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมในรูปแบบต่าง ๆ ต่อพนักงาน ลูกจ้าง หรือบุคคลอื่นใดที่รับจ้างทำงานให้แก่บริษัท อันเนื่องมาจากการที่บุคคลเหล่านั้นมีส่วนช่วยเหลือคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ คณะกรรมการกำกับตลาดทุน หรือสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ในการตรวจสอบการกระทำความผิด<sup>41</sup> ซึ่งมีหลักการเบื้องต้นในการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ในที่นี้ ผู้เขียนจึงอาจเปรียบเทียบรูปแบบการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสตามที่ปรากฏในกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาโดยสรุปได้ ดังตารางต่อไปนี้

<sup>40</sup>พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522, มาตรา 49.

<sup>41</sup>พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/2 “ห้ามมิให้บริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทกระทำการใดอันเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อพนักงาน ลูกจ้าง หรือบุคคลอื่นใดที่รับจ้างทำงานให้แก่บริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ ไม่ว่าจะโดยการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งงาน ลักษณะงาน หรือ

| รูปแบบการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส                                                                             | ประเทศไทย                                                    | ประเทศสหรัฐอเมริกา                                      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| การห้ามหน่วยงานกำกับดูแลเปิดเผยตัวตนของผู้แจ้งเบาะแส เว้นแต่การเปิดเผยต่อหน่วยงานอื่นที่กำกับดูแลตามกฎหมาย | ไม่มีการกำหนดไว้โดยเฉพาะในกฎหมายหลัก<br>ทรัพย์ <sup>42</sup> | มี-กำหนดไว้โดยเฉพาะใน<br>กฎหมายหลักทรัพย์ <sup>43</sup> |

สถานที่ทำงาน สัมภาษณ์ ชุมชน ครอบคลุมการปฏิบัติงาน เลิกจ้าง หรือกระทำการอื่นใดที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อบุคคลดังกล่าว ด้วยเหตุที่บุคคลนั้น

(1) ให้ข้อมูล ให้ความร่วมมือ หรือให้ความช่วยเหลือไม่ว่าด้วยประการใด ๆ แก่คณะกรรมการ ก.ล.ต. คณะกรรมการกำกับตลาดทุน หรือสำนักงาน อันเกี่ยวข้องกับกรณีที่พนักงาน ลูกจ้างหรือบุคคลอื่นใดนั้นเชื่อหรือมีเหตุอันควรเชื่อโดยสุจริตว่ามีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

(2) ให้ถ้อยคำ ยื่นเอกสารหลักฐาน หรือให้ความช่วยเหลือไม่ว่าด้วยประการใด ๆ แก่คณะกรรมการ ก.ล.ต. คณะกรรมการกำกับตลาดทุน หรือสำนักงาน เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาหรือตรวจสอบกรณีที่มีเหตุสงสัยว่ามีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ว่าจะกระทำไปโดยที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. คณะกรรมการกำกับตลาดทุน หรือสำนักงานมีคำสั่งให้ปฏิบัติหรือไม่.”

<sup>42</sup>การเก็บรักษาข้อมูลและการคุ้มครองข้อมูลที่ประชาชนให้เบาะแสดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐนั้นมีหลักการทั่วไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 23 และมาตรา 24 ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตนต่อหน่วยงานของรัฐแห่งอื่นหรือผู้อื่น โดยปราศจากความยินยอมเป็นหนังสือของเจ้าของข้อมูลที่ให้ไว้ล่วงหน้าหรือในขณะนั้นมีได้ เว้นแต่เป็นการเปิดเผยในกรณีต่าง ๆ ตามที่กำหนด เช่น การเปิดเผยต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานของตนเพื่อการนำไปใช้ตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น หรือการเปิดเผยต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อการป้องกันการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย การสืบสวน การสอบสวน หรือการฟ้องคดี ไม่ว่าเป็นคดีประเภทใดก็ตาม หรือการเปิดเผยต่อศาล และเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะขอข้อมูลที่จริงดังกล่าว เป็นต้น และในปัจจุบันมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพิ่มเติมซึ่งมาตรา 23 กำหนดให้ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบก่อนหรือในขณะเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลถึงรายละเอียดต่าง ๆ เช่น วัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวมเพื่อนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้หรือเปิดเผยซึ่งรวมถึงการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อเป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นคู่สัญญาหรือเพื่อใช้ในการดำเนินการตามคำขอของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนเข้าทำสัญญานั้นหรือเพื่อเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล การแจ้งให้ทราบถึงกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลต้องให้ข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายหรือสัญญาหรือมีความจำเป็นต้องให้ข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อเข้าทำสัญญา รวมทั้งแจ้งถึงผลกระทบที่เป็นไปได้จากการไม่ให้ข้อมูลส่วนบุคคล ประเภทของบุคคลหรือหน่วยงานซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวมอาจจะถูกเปิดเผย และสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เป็นต้น.

<sup>43</sup>Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. § 78a (1934), § 21F(h)(2).

| รูปแบบการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส                                                                                                                   | ประเทศไทย                                                                     | ประเทศสหรัฐอเมริกา                                                                                                                                  |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| การห้ามนายจ้างของผู้แจ้งเบาะแสทำการตอบโต้ผู้แจ้งเบาะแสอันเนื่องมาจากเหตุที่ผู้แจ้งเบาะแสนั้นได้ให้ข้อมูลหรือช่วยเหลือหน่วยงานกำกับดูแล           | มี-หากฝ่าฝืนจะมีโทษทางอาญา <sup>44</sup> (โทษปรับหรือจำคุกหรือทั้งจำทั้งปรับ) | มี <sup>45</sup> - คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้ดำเนินคดีกับนายจ้างที่ตอบโต้ผู้แจ้งเบาะแสไปแล้ว 4 คดี <sup>46</sup>                 |
| ผู้แจ้งเบาะแสดอาจฟ้องนายจ้างที่มีการตอบโต้ต่อผู้แจ้งเบาะแสอันเนื่องมาจากเหตุที่ผู้แจ้งเบาะแสนั้นได้ให้ข้อมูลแก่หรือช่วยเหลือหน่วยงานกำกับดูแลได้ | มี - ในกรณีการเลิกจ้างไม่เป็นธรรมตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน                      | มี-หากเป็นผลสำเร็จผู้แจ้งเบาะแสะจะได้รับเงินเดือนย้อนหลัง 2 เท่า ค่าทนายความ และนายจ้างต้องรับผู้แจ้งเบาะแสกลับเข้าทำงานในตำแหน่งเดิม <sup>47</sup> |

<sup>44</sup>พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535, มาตรา 89/2 และมาตรา 281/1.

<sup>45</sup>Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. § 78a (1934), § 21F(h)(1)(A).

<sup>46</sup>คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้ดำเนินคดีกับนายจ้างที่ทำการตอบโต้ลูกจ้างที่ได้ทำการแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 2014 โดยดำเนินคดีต่อ Paradigm Capital Management และนาย Candace King Weir ซึ่งได้จ่ายค่าปรับเพื่อยุติคดีเป็นเงิน 2.2 ล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐ โดยในปี ค.ศ. 2015 เมื่อการพิจารณาตัดสินคดีและปรากฏว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง ผู้แจ้งเบาะแสก็ได้รับเงินจูงใจในการให้เบาะแสในคดีดังกล่าวกว่า 600,000 ดอลลาร์สหรัฐ ภายหลังจากนั้น คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ก็ได้มีการดำเนินคดีกับนายจ้างที่ทำการตอบโต้ลูกจ้างที่ได้ทำการแจ้งเบาะแสในกรณีอื่นๆ ได้แก่ การดำเนินคดีกับบริษัท International Game Technology ในปี ค.ศ. 2016 บริษัท Sand Ridge Energy, Inc. ในปี ค.ศ. 2016 และ GPB Capital Holdings, LLC และพวกในปี ค.ศ. 2021

U.S. Securities and Exchange Commission, **2021 Annual Report to Congress: Whistleblower Program** [Online], available URL: [https://www.sec.gov/files/2021\\_OW\\_AR\\_508.pdf](https://www.sec.gov/files/2021_OW_AR_508.pdf), 2021 (November, 15), U.S. Securities and Exchange Commission, **SEC Charges Hedge Fund Adviser With Conducting Conflicted Transactions and Retaliating Against Whistleblower** [Online], available URL: <https://www.sec.gov/news/press-release/2014-118>, 2022 (April, 2) and U.S. Securities and Exchange Commission, **SEC Announces Award to Whistleblower in First Retaliation Case** [Online], available URL: <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2015-75.html>, 2022 (April, 2), U.S. Securities and Exchange Commission, **Whistleblower Protections** [Online], available URL: <https://www.sec.gov/whistleblower/retaliation#enforcement-actions>, 2022 (April, 2).

<sup>47</sup>Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. § 78a (1934), §§ 21F(h)(1)(B), 21F(h)(1)(C).

| รูปแบบการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | ประเทศไทย | ประเทศสหรัฐอเมริกา                                                                                                                                                                                            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| การห้ามนายจ้างของผู้แจ้งเบาะแสขัดขวางบุคคลใดในการติดต่อกับหน่วยงานกำกับดูแลเพื่อแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์ รวมถึงการเข้าทำข้อตกลงรักษาความลับ ข้อตกลงในการจ่ายเงินชดเชย หรือข้อตกลงหรือสัญญาในลักษณะอื่นใด หรือการดำเนินการอื่นใดในการที่จะขัดขวางมิให้บุคคลสามารถแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดต่อหน่วยงานกำกับดูแล | ไม่มี     | มี - คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้ดำเนินคดีกับนายจ้างที่ขัดขวางผู้แจ้งเบาะแสไปแล้ว 14 คดี <sup>48</sup> โดยในปี 2021 สำนักงานกำกับดูแลการแจ้งเบาะแสได้ดำเนินการฟ้องร้องใน 2 คดี <sup>49</sup> |

ตารางที่ 2 การเปรียบเทียบรูปแบบการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสดตามกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา

<sup>48</sup> คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้ดำเนินคดีกับนายจ้างที่ขัดขวางผู้แจ้งเบาะแสโดยวิธีการต่าง ๆ เพื่อมิให้มีการติดต่อกับหน่วยงานกำกับดูแลเพื่อแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์ เช่น การดำเนินคดีกับ Sand Ridge Energy Inc. ในปี ค.ศ. 2016 ซึ่งบริษัทได้มีการทำสัญญาว่าด้วยการสิ้นสุดการจ้าง (Separation Agreement) ซึ่งมีข้อกำหนดที่ห้ามมิให้อดีตลูกจ้างเข้าร่วมในกระบวนการสืบสวนคดีกับหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐหรือเปิดเผยข้อมูลใดที่อาจเป็นผลเสียต่อบริษัท หรือในคดี SEC v. Collector's Coffee Inc. ซึ่งคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้เริ่มดำเนินคดีในปี ค.ศ. 2019 และ U.S. District Court for the Southern District of New York ได้มีคำพิพากษาในปี ค.ศ. 2021 ว่าการที่จำเลยพยายามขัดขวางนักลงทุนไม่ให้มีการแจ้งเบาะแสเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยการเข้าทำสัญญารักษาความลับนั้นเป็นการขัดต่อกฎหมายหลักทรัพย์ เป็นต้น.

U.S. Securities and Exchange Commission, **2021 Annual Report to Congress: Whistleblower Program**, op. cit., U.S. Securities and Exchange Commission, **2020 Annual Report to Congress: Whistleblower Program** [Online], available URL: [https://www.sec.gov/files/2020%20Annual%20Report\\_0.pdf](https://www.sec.gov/files/2020%20Annual%20Report_0.pdf), 2021 (November, 15), U.S. Securities and Exchange Commission, **Company Settles Charges in Whistleblower Retaliation Case** [Online], available URL: <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2016-270.html>, 2022 (April, 2), U.S. Securities and Exchange Commission, **SEC Charges Issuer and CEO with Violating Whistleblower Protection Laws to Silence Investor Complaints** [Online], available URL: <https://www.sec.gov/news/press-release/2019-227>, 2022 (April, 2), SEC v. Collector's Coffee Inc., No. 19-cv-4355 (S.D.N.Y. July 21, 2021), U.S. Securities and Exchange Commission, **Whistleblower Protections**, op. cit.

<sup>49</sup> ในปี ค.ศ. 2021 นั้น คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้ดำเนินคดีกับ GPB Capital Holdings, LLC และพวก และ Guggenheim Securities, LLC ซึ่งมีการกระทำที่ขัดขวางการแจ้งเบาะแส

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบรูปแบบการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว รูปแบบของการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสของทั้งสองประเทศมีหลักการโดยทั่วไปที่ใกล้เคียงกัน อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศไทยจะมีความชัดเจนในส่วนของการคุ้มครองที่ให้แก่ผู้แจ้งเบาะแสมากกว่า รวมถึงมีความครอบคลุมและให้อำนาจแก่หน่วยงานกำกับดูแลมากกว่าในบางประการ ดังนี้

1) กรณีการห้ามหน่วยงานกำกับดูแลเปิดเผยตัวตนของผู้แจ้งเบาะแส เว้นแต่การเปิดเผยต่อหน่วยงานอื่นที่กำกับดูแลตามกฎหมายนั้น ตามกฎหมายหลักทรัพย์ของไทยจะไม่มีการกำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในส่วนของการเปิดเผยตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสหรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้แจ้งเบาะแสไปใช้ในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งเบาะแสของประเทศไทยในปัจจุบัน จึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติทั่วไปตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้มีการกำหนดนโยบายคุ้มครองความเป็นส่วนตัวสำหรับผู้ใช้งานเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ไว้แล้ว<sup>50</sup> โดยการเปิดเผยข้อมูลของ

---

U.S. Securities and Exchange Commission, **2021 Annual Report to Congress: Whistleblower Program**, op. cit., U.S. Securities and Exchange Commission, **Whistleblower Protections**, op. cit.

<sup>50</sup> คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้มีการกำหนดนโยบายคุ้มครองความเป็นส่วนตัวสำหรับผู้ใช้งานเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ โดยมีใจความบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้แจ้งเบาะแสไปใช้ดังนี้

“ในกรณีที่ท่านยื่นคำร้องเรียนต่อสำนักงาน ก.ล.ต. ผ่านเว็บไซต์ ท่านไม่จำเป็นต้องให้ข้อมูลส่วนบุคคลใด ๆ ประกอบการยื่นคำร้องเรียนดังกล่าว แต่ท่านโปรดทราบว่าคำร้องเรียนที่ไม่แสดงตนหรือไม่ได้ให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการร้องเรียนอาจทำให้การตรวจสอบของสำนักงาน ก.ล.ต. ไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ และในกรณีที่ท่านเลือกที่จะให้ข้อมูลส่วนบุคคลของท่านต่อสำนักงาน ก.ล.ต. ข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวจะได้รับการปฏิบัติตามนโยบายฉบับนี้”

“สำนักงาน ก.ล.ต. จะไม่นำข้อมูลส่วนบุคคลของท่านไปจำหน่าย หรือนำไปแลกเปลี่ยนหรือเปิดเผยต่อบุคคลอื่นใด อันเป็นการไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการรวบรวมและจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของท่าน เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้

เป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายที่อยู่ในการกำกับดูแลของสำนักงาน ก.ล.ต.

เป็นการดำเนินการตามหน้าที่ที่กำหนดตามกฎหมาย ตามคำสั่งศาล ตามคำสั่งของผู้มีอำนาจตามกฎหมาย หรือกรณีอื่นใดที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน หรือ

เป็นการดำเนินการตามหน้าที่จำเป็นในกรณีที่อาจกระทบถึงความปลอดภัยในสวัสดิภาพ ชีวิต และร่างกายของบุคคลอื่น หรือในกรณีที่มีการละเมิดข้อตกลงและเงื่อนไขในการใช้เว็บไซต์ของสำนักงาน ก.ล.ต.”

สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, **นโยบายคุ้มครองความเป็นส่วนตัว** [Online], available URL: <https://www.sec.or.th/TH/Pages/FOOTER/PRIVACYPOLICY.aspx>, 2022 (มีนาคม, 24).

ผู้แจ้งเบาะแสนั้นอาจทำไปเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายที่อยู่ในกำกับดูแลของสำนักงาน ก.ล.ต. ซึ่งไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 อย่างไรก็ดี นโยบายคุ้มครองความเป็นส่วนตัวดังกล่าวก็ได้ใช้บังคับกับการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสในช่องทางอื่น ๆ ที่ไม่ใช่เว็บไซต์ นอกจากนี้ ตามแบบฟอร์มการร้องเรียนออนไลน์ยังได้มีการระบุไว้ด้วยว่า “ก.ล.ต. อาจต้องเปิดเผยข้อมูลของผู้ร้องเรียนต่อผู้เกี่ยวข้อง เช่น ผู้ถูกร้องเรียน หน่วยงานทางการอื่น ๆ เป็นต้น เพื่อให้สามารถพิจารณาข้อที่ร้องเรียนตามความจำเป็นได้อย่างครบถ้วน”<sup>51</sup> ซึ่งทำให้ข้อมูลของผู้แจ้งเบาะแสนั้นอาจถูกเปิดเผยต่อผู้ถูกร้องเรียนซึ่งไม่ใช่เพียงหน่วยงานอื่นของรัฐและอาจทำให้เกิดความไม่มั่นใจในการแจ้งเบาะแสนี้เนื่องจากผู้แจ้งเบาะแสมีโอกาสที่จะถูกตอบโต้โดยไม่เป็นธรรมจากผู้ถูกร้องเรียนจากการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวได้

กรณีการเปิดเผยข้อมูลของผู้แจ้งเบาะแสดำเนินการตามกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยจึงมีความแตกต่างจากกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนใน Section 21F (h)(2)(A) ว่า “โดยทั่วไป นอกเหนือจากที่ได้กำหนดไว้ใน (B) และ (C) คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์จะไม่เปิดเผยข้อมูลใด ๆ ซึ่งรวมถึงข้อมูลของผู้แจ้งเบาะแสได้เปิดเผยต่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งอาจทำให้ตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสนั้นถูกเปิดเผยได้...” และสำหรับการเปิดเผยข้อมูลต่อหน่วยงานราชการอื่นนั้น ก็ได้มีกำหนดไว้ใน Section 21F (h)(2)(D) ของ Securities Exchange Act of 1934 ว่าคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์อาจใช้ดุลพินิจในกรณีที่จำเป็นเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายหลักทรัพย์บรรลุผลและเพื่อคุ้มครองนักลงทุนทั่วไปในการเปิดเผยข้อมูลให้หน่วยงานของรัฐ ได้แก่ 1. อัยการสูงสุดสหรัฐ (United States Attorney General) 2. หน่วยงานกำกับดูแลตามที่เห็นสมควร 3. หน่วยงานอิสระ 4. อัยการสูงสุดแห่งรัฐ (State attorney general) ในกรณีที่มีการสอบสวนในคดีอาญา 5. หน่วยงานกำกับดูแลของแต่ละรัฐตามที่เห็นสมควร 6. คณะกรรมการกำกับดูแลการบัญชีบริษัทมหาชน (Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)) 7. หน่วยงานกำกับดูแลหลักทรัพย์ในต่างประเทศ และ 8. หน่วยงานกำกับดูแลกฎหมายในต่างประเทศ โดยหน่วยงานต่าง ๆ ที่ได้รับข้อมูลไปนั้นก็มีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับตามหลักการใน Section 21F (h)(2)(A) เช่นกัน

<sup>51</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, **แบบร้องเรียน** [Online], available URL: <https://market.sec.or.th/CompanyPortal/CPM00100.aspx?lang=Th&categorycode=C0003&loginType=N&reportcode=R00003>, 2021 (ธันวาคม, 15).

การกำหนดหลักเกณฑ์ในการรักษาข้อมูลของผู้แจ้งเบาะแสไว้เป็นความลับไว้อย่างชัดเจน และไม่ได้กำหนดให้มีการเปิดเผยไปยังผู้ถูกร้องเรียนได้ด้วยนั้น ย่อมสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้แจ้งเบาะแสได้ว่าผู้แจ้งเบาะแสจะไม่ถูกตอบโต้โดยนายจ้างหรือบุคคลใดที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งเบาะแสนั้น เกี่ยวกับการกระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์ นอกจากนี้ สืบเนื่องจากข้อมูลที่ต้องเตรียมในการแจ้งเบาะแส ตามแบบ FORM TCR สำหรับแจ้งเบาะแส เรื่องร้องเรียนตามที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดนั้นจะปรากฏคำถามที่ให้ระบุถึงข้อมูลในเอกสารหรือข้อมูลอื่นใดที่ผู้แจ้งเบาะแสได้แจ้งมาและอาจทำให้ตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสถูกเปิดเผยได้ โดยให้อธิบายถึงเหตุผลว่าเพราะเหตุใดผู้แจ้งเบาะแสจึงเชื่อว่าตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสจะถูกเปิดเผยหากข้อมูลนั้นได้ถูกล่วงรู้โดยบุคคลที่สามด้วย ซึ่งการให้ข้อมูลโดยผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวนั้น ย่อมช่วยให้หน่วยงานกำกับดูแลสามารถรับทราบและใช้ข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้รับอย่างระมัดระวัง เพื่อไม่ให้ตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสนั้นถูกเปิดเผยและอาจเป็นอันตรายต่อผู้แจ้งเบาะแสได้ อันเป็นการทำให้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสมีประสิทธิภาพมากขึ้นและสร้างความมั่นใจแก่ผู้ให้เบาะแสในการให้ข้อมูลอีกด้วย

2) กรณีการห้ามนายจ้างของผู้แจ้งเบาะแสทำการตอบโต้ผู้แจ้งเบาะแสนั้นเนื่องจากเหตุที่ผู้แจ้งเบาะแสนั้นได้ให้ข้อมูลหรือช่วยเหลือหน่วยงานกำกับดูแลนั้น กฎหมายหลักทรัพย์ของไทยและของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ใกล้เคียงกัน โดยตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 หากผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 89/2 ก็จะมีโทษทางอาญาตามมาตรา 281/1 อย่างไรก็ดี ในปัจจุบัน ยังไม่พบการดำเนินคดีใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติมาตราดังกล่าวตั้งแต่การแก้ไขเพิ่มเติมมาตราดังกล่าวใน พ.ศ. 2551 เป็นต้นมา<sup>52</sup> ถึงแม้ว่าจะมีกรณีศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษาคriminal ที่ลูกจ้างถูกเลิกจ้างไม่เป็นธรรม<sup>53</sup> ซึ่งกรณีอาจเข้าข่ายการกระทำความผิดตามมาตรา 89/2 แล้วก็ตาม<sup>54</sup> ในขณะที่ทางประเทศสหรัฐอเมริกานั้น คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้ดำเนินคดีกับนายจ้างที่ตอบโต้ผู้แจ้งเบาะแสไปแล้ว 4 คดีซึ่งแสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์สหรัฐอเมริกานั้นได้มีการดำเนินการเป็นรูปธรรมในการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสในประเด็นนี้แล้ว

<sup>52</sup> สกล หาญสุทธิวารินทร์, **บริษัทจดทะเบียนและ Whistleblower** [Online], available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/business/936928>, 2022 (มีนาคม, 24).

<sup>53</sup> คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 5055/2561.

<sup>54</sup> สำนักข่าวอิสรา, **ศาลอุทธรณ์ยืนอดีตพจน.ชนะถูกเลิกจ้างเหตุร้องผู้บริหารอินไซด์เดอร์-ก.ล.ต.สอบยังไม่สืบ** [Online], available URL: [https://www.isranews.org/content-page/item/74168-news00\\_74168.html](https://www.isranews.org/content-page/item/74168-news00_74168.html), 2022 (มีนาคม, 24).

3) กรณีที่ผู้แจ้งเบาะแสอาจฟ้องนายจ้างที่มีการตอบโต้ต่อผู้แจ้งเบาะแสอันเนื่องมาจากเหตุที่ผู้แจ้งเบาะแสได้ให้ข้อมูลแก่หรือช่วยเหลือหน่วยงานกำกับดูแลได้อันเป็นการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสให้ได้รับค่าชดเชยหรือค่าเสียหายประการอื่นนอกเหนือไปจากการที่บุคคลที่ทำการตอบโต้จะได้รับโทษทางอาญานั้น ตามกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยไม่ได้มีการกำหนดค่าชดเชยหรือค่าเสียหายประการอื่นไว้ คงมีเพียงแต่กฎหมายคุ้มครองแรงงานที่ให้สิทธิแก่ลูกจ้างเพื่อเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายประการอื่น และตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ.2522 นั้นได้บัญญัติไว้ว่า “หากศาลแรงงานเห็นว่าการเลิกจ้างลูกจ้างผู้นั้นไม่เป็นธรรมต่อลูกจ้าง ศาลแรงงานอาจสั่งให้นายจ้างรับลูกจ้างผู้นั้นเข้าทำงานต่อไปในอัตราค่าจ้างที่ได้รับในขณะที่เลิกจ้าง ถ้าศาลแรงงานเห็นว่าลูกจ้างกับนายจ้างไม่อาจทำงานร่วมกันต่อไปได้ ให้ศาลแรงงานกำหนดจำนวนค่าเสียหายให้นายจ้างชดเชยให้แทนโดยให้ศาลคำนึงถึงอายุของลูกจ้าง ระยะเวลาการทำงาน ของลูกจ้าง ความเดือดร้อนของลูกจ้างเมื่อถูกเลิกจ้าง มูลเหตุแห่งการเลิกจ้างและเงินค่าชดเชยที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับประกอบการพิจารณา” ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติตาม Section 21F (h)(1)(C) ของ Securities Exchange Act of 1934 ที่ให้กำหนดให้นายจ้างต้องรับผู้แจ้งเบาะแสกลับเข้าทำงานในตำแหน่งเดิม และยังกำหนดให้ผู้แจ้งเบาะแสได้รับเงินเดือนย้อนหลัง 2 เท่าพร้อมทั้งดอกเบี้ย และค่าดำเนินกระบวนการพิจารณา ค่าพยานผู้เชี่ยวชาญ รวมทั้งค่าทนายความด้วย และตาม Section 21F (h)(3) ของ Securities Exchange Act of 1934 หากผู้แจ้งเบาะแสมีสสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ ผู้แจ้งเบาะแสก็ยังสามารถดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าทดแทนตามกฎหมายอื่นได้อีกด้วย จากบทบัญญัติเบื้องต้น จึงสามารถพิจารณาได้ว่าการกำหนดบทบัญญัติในการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสในประเด็นนี้ของกฎหมายหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกานั้นค่อนข้างมีความชัดเจนกว่าของประเทศไทย

4) สำหรับกรณีการห้ามนายจ้างของผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวบุคคลใดในการติดต่อกับหน่วยงานกำกับดูแลเพื่อแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์ รวมถึงการเข้าทำข้อตกลงรักษาความลับ ข้อตกลงในการจ่ายเงินชดเชย หรือข้อตกลงหรือสัญญาในลักษณะอื่นใด หรือการดำเนินการอื่นใดในการที่จะขัดขวางมิให้บุคคลสามารถแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดต่อหน่วยงานกำกับดูแลนั้น ตามกฎหมายหลักทรัพย์ของไทยไม่ได้มีการกำหนดอำนาจของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ในประเด็นนี้เอาไว้ ในขณะที่ กฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดไว้และคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้ดำเนินคดีกับนายจ้างที่ตอบโต้ผู้แจ้งเบาะแสไปแล้วถึง 14 คดี โดยในปี ค.ศ. 2021 สำนักงานกำกับดูแลการแจ้งเบาะแสได้ดำเนินการฟ้องร้องใน 2 คดีซึ่งแสดงให้เห็นว่านอกจากการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสในประเด็นนี้แล้ว คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์สหรัฐอเมริกา ยังได้มีการดำเนินการเป็นรูปธรรมในการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสในประเด็นนี้แล้วอีกด้วย

### 3.3 การให้เงินจูงใจ

ในการเปรียบเทียบหลักการให้เงินจูงใจตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ของประเทศไทย เปรียบเทียบกับของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น กฎหมายของทั้งสองประเทศมีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ กฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยนั้น จะไม่ได้มีการบัญญัติถึงการให้เงินจูงใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสเอาไว้ ในขณะที่กฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการให้เงินจูงใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสไว้อย่างละเอียด อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้เคยมีการบัญญัติหลักเกณฑ์การให้เงินจูงใจไว้ในมาตรา 315/1 ในครั้งที่มีการแก้ไขพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ใน พ.ศ. 2551 และสำนักงานคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ก็ได้มีการออกประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทค. 2/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจ่ายเงินสินบนและรางวัลไว้ โดยมีหลักการในการให้เงินจูงใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสที่มีความคล้ายคลึงกันกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่กรณีเป็นที่น่าสนใจว่าระยะเวลาในการบังคับใช้มาตรา 315/1 นั้นเป็นระยะเวลาที่สั้นมาก กล่าวคือเมื่อพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้ประกาศใช้บังคับใน พ.ศ. 2551 กว่าที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนจะดำเนินการร่างประกาศที่เกี่ยวข้องและเปิดรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับประกาศดังกล่าวเวลาที่ได้ล่วงเลยไปถึง พ.ศ. 2557 แล้วและกว่าที่จะได้ประกาศใช้ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 2/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจ่ายเงินสินบนและเงินจูงใจ ก็ผ่านเข้าสู่ปี พ.ศ. 2558 แล้ว ซึ่งเท่ากับว่ามาตรา 315/1 เปรียบเหมือนเสือกระดาษที่ไม่มีผลใด ๆ เป็นเวลาถึง 7 ปี และในปี พ.ศ. 2559 ก็ได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. .... ซึ่งมีการเสนอให้ยกเลิกมาตรา 315/1 เสีย และได้ประกาศใช้ใน พ.ศ. 2559 นั้นเอง จึงเท่ากับว่า มาตรา 315/1 นั้น แทบไม่ได้ถูกใช้งานใด ๆ เลย จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าเหตุใดถึงมีการตรากฎบัญญัติดังกล่าวขึ้นและยกเลิกไปโดยที่ยังไม่ได้มีการบังคับใช้และให้เหตุผลที่ตรงกันข้ามโดยสิ้นเชิงในการยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup>หนึ่งในเหตุผลของแก้ไขพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฉบับ พ.ศ. 2551 คือ การปรับปรุงบทบัญญัติต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยการให้เงินจูงใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสดตามมาตรา 315/1 ดังกล่าวก็ได้ถูกเพิ่มเติมเข้ามาในพระราชบัญญัติในคราวนั้นด้วย ในทางกลับกันในการยกเลิกมาตรา 315/1 นั้นปรากฏหลักการและเหตุผลว่า เนื่องจากการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดเป็นหน้าที่ที่พึงกระทำอยู่แล้ว รวมทั้งยังป้องกันมิให้มีการกล่าวโทษบุคคลอื่นโดยไม่มีมูลและมีให้มีการมุ่งแสวงหาผลประโยชน์จากการกระทำความผิดของบุคคลอื่น จึงได้มีการยกเลิกมาตรา 315/1 นั้นไป

สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, “เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่..) พ.ศ. .... (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติครั้งที่ 36/2559,” 16 มิถุนายน 2559.

เมื่อบทบัญญัติมาตรา 315/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้ถูกยกเลิกไป การให้เงินจูงใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสตามกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยจึงไม่มีอีกต่อไป คงเหลือไว้เพียงแต่มาตรการในการแจ้งเบาะแสด้านระบบการควบคุมภายในของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์เท่านั้น ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นเพียงหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีซึ่งมิได้มีฐานเป็นกฎหมาย ดังนั้น ถึงแม้ว่าบริษัทจะไม่ได้ปฏิบัติตามก็ยังไม่มีความผิดแต่อย่างใด หรือถึงแม้ว่าบุคคลจะได้แจ้งเบาะแสดำเนินการทำความผิดในองค์กรผ่านระบบการควบคุมภายในแล้ว บุคคลนั้นก็อาจได้มาซึ่งเงินจูงใจแต่อย่างใดเช่นกัน ในขณะที่ บทบัญญัติเกี่ยวกับการให้เงินจูงใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าว หลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ถึงแม้ว่าจะได้เริ่มใช้บังคับในปี ค.ศ. 2011 (พ.ศ. 2554) ซึ่งซ้ำกว่าการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการให้เงินจูงใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าว หลักทรัพย์ของประเทศไทยที่ได้บัญญัติขึ้นใน พ.ศ. 2551 แต่กลับสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและต่อเนื่องยาวนานจนถึงปัจจุบัน โดยมีสาระสำคัญคือบุคคลที่สามารถเป็นผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น จะเป็นนิติบุคคลหรือบริษัทหรือองค์กรในรูปแบบอื่นไม่ได้ โดยข้อมูลที่แจ้งนั้นจะต้องเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดกฎหมายหลักทรัพย์ (รวมทั้งกฎหรือระเบียบที่ออกภายใต้กฎหมายดังกล่าว) ซึ่งอาจเกิดขึ้น หรือเกิดขึ้นแล้วและกำลังดำเนินอยู่<sup>56</sup> โดยบุคคลผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวจะขอรับเงินจูงใจได้นั้น จะต้องแจ้งข้อมูลใหม่ไปยังคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ภายใต้เงื่อนไขและวิธีการที่กำหนด โดยผู้ที่สามารถให้เบาะแสดังกล่าวเพื่อขอรับเงินจูงใจได้นั้นจะต้องเป็นผู้ที่ให้ข้อมูลแก่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์โดยสมัครใจ ซึ่งข้อมูลนั้นต้องเป็นข้อมูลที่ใหม่และนำไปสู่การบังคับคดีเป็นผลสำเร็จโดยคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ซึ่งคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้รับเงินลงโทษจากผู้กระทำความผิดเป็นจำนวนเงินที่มากกว่าหนึ่งล้านดอลลาร์สหรัฐ (USD 1,000,000) ทั้งนี้ การพิจารณาให้เงินจูงใจนั้น จะอยู่ที่ขั้นต่ำคือร้อยละ 10 และขั้นสูงที่ร้อยละ 30 ของเงินลงโทษที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือหน่วยงานอื่นสามารถจัดเก็บได้ โดยขึ้นอยู่กับความตั้งใจของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เป็นรายกรณีไป<sup>57</sup> โดยในปี ค.ศ. 2020 (พ.ศ. 2563) มีการแก้ไขกฎหมายโดยกำหนดให้ในกรณีที่จำนวนเงินลงโทษนั้นน้อยกว่า 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ การกำหนดจำนวนเงินจูงใจนั้นจะตั้งอยู่บนพื้นฐานขั้นสูงที่ร้อยละ 30 ซึ่งเป็นกรณีส่วนมากของคดีที่ประสบผลสำเร็จด้วย<sup>58</sup>

<sup>56</sup>Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. § 78a (1934), § 240.21F-2 (a).

<sup>57</sup>Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. § 78a (1934), § 240.21F-5.

<sup>58</sup>U.S. Securities and Exchange Commission, **2021 Annual Report to Congress: Whistleblower Program**, op. cit.

ซึ่งถือได้ว่าเป็นปัจจัยหนึ่งที่สำคัญที่ทำให้ผู้แจ้งเบาะแสนั้นมีแรงจูงใจมากขึ้นในการแจ้งเบาะแสนอกจากนี้ เมื่อมีการให้เงินจูงใจที่มากเพียงพอ ในปัจจุบันจึงมีสำนักงานกฎหมายจำนวนมาก<sup>59</sup>ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เชี่ยวชาญในการช่วยเหลือบุคคลในการแจ้งเบาะแส<sup>60</sup> โดยสำนักงานกฎหมายเหล่านั้นจะทำหน้าที่แทนผู้แจ้งเบาะแสในการแจ้งเบาะแสซึ่งมีกระบวนการที่ค่อนข้างซับซ้อนรวมทั้งดำเนินการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งนอกจากจะช่วยให้ผู้แจ้งเบาะแสมีโอกาสในการได้รับเงินจูงใจสูงขึ้นแล้วยังทำให้ตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสนั้นได้รับความคุ้มครองอีกชั้นหนึ่ง เนื่องจากผู้แจ้งเบาะแสสามารถให้สำนักงานกฎหมายนั้นทำหน้าที่แจ้งเบาะแสในฐานะตัวแทนโดยไม่จำเป็นต้องเปิดเผยตัวตนของตนเอง ณ เวลาที่แจ้งเบาะแสได้

### 3.4 ผลการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยมาตรการการแจ้งเบาะแส

จากการศึกษาผลการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแจ้งเบาะแสตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น สำหรับประเทศไทย ผู้เขียนพบว่า คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้มีการปรับปรุงกระบวนการรับเรื่องร้องเรียนในปี พ.ศ. 2563<sup>61</sup> ภายหลังจากกรณีที่นักลงทุนรายหนึ่งได้มีการร้องเรียนพฤติกรรมอันไม่เหมาะสมของเจ้าหน้าที่ผู้รับเรื่องร้องเรียน<sup>62</sup> ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายหลักทรัพย์อันเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์ซึ่งอาจทำให้ผู้ลงทุนทั่วไปได้รับความเสียหายอันเป็นหนึ่งในปัจจัยที่ทำให้การแจ้งเบาะแสนั้นมีไม่มากนัก นอกจากนี้ ก่อนหน้าการปรับปรุงกระบวนการรับเรื่องร้องเรียนนั้น ผู้แจ้งเรื่องร้องเรียนจะไม่สามารถติดตามสถานะของข้อร้องเรียนนั้นได้<sup>63</sup> ซึ่งชี้ให้เห็นว่า ก่อนการปรับปรุงกระบวนการรับเรื่องร้องเรียนหรือการรับแจ้ง

<sup>59</sup> ยกตัวอย่างเช่น PHILLIPS & COHEN LLP., Kohn, Kohn & Colapinto LLP. เป็นต้น.

<sup>60</sup> Divya Rajagopal, **Why whistleblowing works in USA** [Online], available URL: <https://economic.times.indiatimes.com/news/company/corporate-trends/why-whistleblowing-works-in-usa/articleshow/72202106.cms?from=mdr>, 2022 (March, 24).

<sup>61</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, **ก.ล.ต.เผยกระบวนการรับเรื่องร้องเรียนโฉมใหม่เพื่ออำนวยความสะดวกประชาชน** [Online], available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8179](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8179), 2021 (ธันวาคม, 15).

<sup>62</sup> สุนันท์ ศรีจันทร์, **ปฏิรูประบบร้องทุกข์ ก.ล.ต.** [Online], available URL: <https://mgronline.com/stockmarket/detail/9630000060119>, 2021 (ธันวาคม, 15).

<sup>63</sup> สุนันท์ ศรีจันทร์, **ทุกข์คนร้องเรียน ก.ล.ต.** [Online], available URL: <https://mgronline.com/stockmarket/detail/9630000058508>, 2021 (ธันวาคม, 15).

เบาะแสจากประชาชนในปี พ.ศ. 2563 นั้น ผลการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแจ้งเบาะแสตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ของประเทศไทยโดยการกำหนดให้ประชาชนเป็นผู้แจ้งเบาะแสอาจไม่มีประสิทธิภาพและประสิทธิภาพเท่าที่ควรเนื่องจากขาดความชัดเจนทั้งในเรื่องขั้นตอน ระยะเวลา และระบบในการพิจารณาหลักฐานและการแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้แจ้งเบาะแสได้รับทราบ รวมทั้งผู้ปฏิบัติงานอาจไม่มีความพร้อมในการรับแจ้งเบาะแส

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากมีการปรับปรุงระบบการรับเรื่องร้องเรียนในปี พ.ศ. 2563 แล้ว จากข้อมูลการกล่าวโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์หรือการใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งในกรณีที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้รับการชี้เบาะแสจากประชาชนนั้น ปรากฏว่าความผิดที่ได้มีการแจ้งเบาะแสและนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำความผิดได้นั้น ได้แก่ กรณีที่ผู้กระทำความผิดนั้นประกอบธุรกิจหลักทรัพย์โดยไม่ได้รับอนุญาต<sup>64</sup> การเสนอขายหลักทรัพย์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535<sup>65</sup> การประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลโดยไม่ได้รับใบอนุญาตตามพระราชกำหนดธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561<sup>66</sup> การเผยแพร่ข้อความที่อาจก่อให้เกิดความสำคัญผิด เกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจและราคาหุ้น<sup>67</sup> แต่ยังไม่พบข้อมูล

<sup>64</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ก.ล.ต. กล่าวโทษผู้กระทำผิดต่อ ปอศ. กรณีประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และสัญญาซื้อขายล่วงหน้าโดยไม่ได้รับอนุญาต [Online], available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8389](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8389), 2021 (ธันวาคม, 15) และสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ก.ล.ต. กล่าวโทษผู้กระทำผิด 3 ราย ต่อ ปอศ. กรณีประกอบธุรกิจหลักทรัพย์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต [Online], available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8762&NewsNo=17&NewsYear=2564&Lang=TH](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8762&NewsNo=17&NewsYear=2564&Lang=TH), 2021 (ธันวาคม, 15).

<sup>65</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ก.ล.ต. กล่าวโทษ บมจ. พีบี. สมาร์ทฟาร์เมอร์ และประธานกรรมการบริหาร กรณีไม่ได้ยื่นแบบ Filing ต่อ ก.ล.ต. [Online], available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8404&NewsNo=154&NewsYear=2563&Lang=TH](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8404&NewsNo=154&NewsYear=2563&Lang=TH), 2021 (ธันวาคม, 15).

<sup>66</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ก.ล.ต. กล่าวโทษ Binance กรณีประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลโดยไม่ได้รับใบอนุญาต [Online], available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=9016&NewsNo=125&NewsYear=2564&Lang=TH](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=9016&NewsNo=125&NewsYear=2564&Lang=TH), 2021 (ธันวาคม, 15).

<sup>67</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ก.ล.ต. ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งกับผู้บริหาร JKN กรณีเผยแพร่ข้อความที่อาจก่อให้เกิดความสำคัญผิด เกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจและราคาหุ้น JKN [Online], available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8975&NewsNo=104&NewsYear=2564&Lang=TH](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8975&NewsNo=104&NewsYear=2564&Lang=TH), 2021 (ธันวาคม, 15) และกรณีคณะกรรมการพิจารณามาตรการลงโทษทางแพ่ง (ค.ม.พ.) มีมติให้ ก.ล.ต. นำมาตรการลงโทษทางแพ่งมาใช้บังคับกับนายจักรพงษ์ โดยให้ชำระเงินค่าปรับทางแพ่งและชดเชยค่าใช้จ่ายเนื่องจากการตรวจสอบการกระทำความผิด รวมเป็นเงินจำนวน 2,166,840 บาท ซึ่งเป็นจำนวนเงินที่อาจไม่สูงนักถ้าเทียบกับของอเมริกา.

การกล่าวโทษผู้กระทำความผิดอันเป็นผลมาจากการแจ้งเบาะแสจากประชาชนทั่วไปสำหรับกรณีของความผิดในรูปแบบของการทุจริตคอร์รัปชันในองค์กร หรือกรณีการสร้างราคาหลักทรัพย์หรือที่เรียกว่าการปั่นหุ้น หรือการใช้ข้อมูลภายในเพื่อการซื้อขายหุ้น หรือการตกแต่งบัญชี ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุนและความน่าเชื่อถือของตลาดทุนไทยเป็นวงกว้าง และยังไม่มีข้อมูลปรากฏต่อสาธารณะว่ามูลค่าของการกระทำความผิดที่มีการแจ้งเบาะแสนำไปสู่การดำเนินคดีและมีการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นตัวเงินนั้นมีมูลค่าเท่าใด อีกทั้งยังไม่เคยมีการดำเนินคดีกับนายจ้างที่ตอบโต้ผู้แจ้งเบาะแสนั้นเป็นผลมาจากการให้ข้อมูลหรือให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานกำกับดูแลเลย ดังนั้นจึงอาจพอสรุปได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสดังกล่าวได้กฎหมายหลักทรัพย์ของไทยในปัจจุบันอาจยังไม่มีผลสัมฤทธิ์เท่าที่ควร ถึงแม้ว่าจะมีการบัญญัติหลักการเกี่ยวกับการแจ้งเบาะแสและการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสไว้แล้วก็ตาม

นอกจากนี้ เนื่องจากการที่ประเทศไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์โดยการยกเลิกการให้เงินจูงใจสำหรับผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวตามกฎหมายหลักทรัพย์ไป กรณีอาจส่งผลให้เป็นการลดแรงจูงใจในการแจ้งเบาะแสดังกล่าวโดยบุคคลทั่วไปซึ่งทำให้การแจ้งเบาะแสดังกล่าวน้อยลงไปอีกด้วย หรือในกรณีที่มีการแจ้งเบาะแสนั้นก็อาจไม่ใช่กรณีของความผิดที่มีโทษในระดับที่รุนแรงและมีโทษสูง

สำหรับการแจ้งเบาะแสดังกล่าวในองค์กรผ่านระบบการควบคุมภายในของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์นั้น ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้กำหนดแนวทางในการจัดทำนโยบายการแจ้งเบาะแสดังกล่าวโดยเสนอแนะให้คณะกรรมการควรกำหนดให้มีมาตรการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส หรือผู้ร้องเรียน เพื่อป้องกันการกลั่นแกล้ง ช่มชู้ หรือทำลายพยานหลักฐาน เช่น ในการตรวจสอบข้อเท็จจริง บริษัทจะไม่เปิดเผยตัวผู้แจ้งเบาะแส หรือผู้ร้องเรียน บริษัทจะเก็บข้อมูลเป็นความลับและจะเปิดเผยเท่าที่จำเป็น โดยคำนึงถึงความปลอดภัยและความเสียหายของผู้แจ้งเบาะแส หรือผู้ร้องเรียน หรือผู้ที่เกี่ยวข้อง ผู้แจ้งเบาะแส หรือผู้ร้องเรียนเห็นว่าตนอาจเดือดร้อนเสียหาย สามารถร้องขอให้บริษัทกำหนดมาตรการคุ้มครองได้ เป็นต้น<sup>68</sup> อย่างไรก็ตาม นโยบายดังกล่าวมิใช่กฎหมาย อีกทั้ง การปฏิบัติให้เป็นไปตามนโยบายดังกล่าวนี้ จะมีความจริงจังมากน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับผู้บริหารและกรรมการของบริษัทซึ่งเป็นผู้กำกับดูแลภายในบริษัทอีกด้วย<sup>69</sup> ดังนั้น หากระบบการควบคุมภายใน

---

<sup>68</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, แนวปฏิบัติด้านการกำกับดูแลกิจการที่ดี เรื่อง แนวทางการจัดทำนโยบายและวิธีปฏิบัติการแจ้งเบาะแส (Whistle Blowing) [Online], available URL : <https://www.setsustainability.com/download/nfelogh7wdcm2yb>, 2021 (พฤศจิกายน, 30).

<sup>69</sup> สกล หาญสุทธิวารินทร์, เรื่องเดิม.

ของบริษัทไม่น่าเชื่อถือและไม่สามารถสร้างความมั่นใจให้ผู้แจ้งเบาะแสดได้ การกำหนดนโยบายดังกล่าวก็อาจไม่ช่วยทำให้มีผู้แจ้งเบาะแสดการกระทำความผิด และศูนย์พัฒนาการกำกับดูแลกิจการบริษัทจดทะเบียน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยยังได้ชี้อีกว่า “วัฒนธรรมของไทยอาจไม่เกื้อหนุนให้มีการแจ้งเบาะแสดในองค์กรเพราะคนส่วนใหญ่มักคิดว่าเรื่องที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องของคนอื่น ไม่ควรเข้าไปยุ่ง เพราะจะทำให้ตนเองเดือดร้อนได้”<sup>70</sup> โดยวัฒนธรรมนี้ก็เป็นหนึ่งในปัจจัยที่ทำให้ผลการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแจ้งเบาะแสดตามกฎหมายไทยยังไม่มีผลสัมฤทธิ์เท่าที่ควรตามที่ได้อภิปรายไว้เบื้องต้น

อย่างไรก็ดี ในการเพิ่มประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายหลักทรัพย์ในภาพรวม เมื่อมีการยกเลิกบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการให้เงินจูงใจแล้ว ในการแก้ไขพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ใน พ.ศ. 2559 นั้น ได้มีการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์เพิ่มเติมให้ครอบคลุมความผิดที่เกิดขึ้นจากกรณีต่างๆ มากขึ้นไม่ว่าจะเป็นการเปิดเผยข้อมูล การใช้ข้อมูลภายใน การสร้างราคา การปั่นหุ้น เป็นต้น และยังมีการเพิ่มมาตรการลงโทษทางแพ่ง<sup>71</sup> เข้าไปในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2559<sup>72</sup> และกำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมาตรการลงโทษทางแพ่งในพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561<sup>73</sup> ด้วยเช่นกัน ซึ่งการเพิ่มมาตรการลงโทษทางแพ่งดังกล่าวเป็นไปเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายหลักทรัพย์มีประสิทธิภาพในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษมากขึ้นแทนที่การให้เงินจูงใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสด โดยการบังคับใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งนั้น ปรากฏว่าใน พ.ศ. 2564 นั้น คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้รับแจ้งเบาะแสดจากประชาชนซึ่งนำไปสู่

<sup>70</sup> ศูนย์พัฒนาการกำกับดูแลกิจการบริษัทจดทะเบียน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, เรื่องเดิม.

<sup>71</sup> มาตรา 317/4 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และมาตรา 98 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ได้กำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่งไว้ ได้แก่ (1) ค่าปรับทางแพ่ง (2) ชดใช้เงินในจำนวนที่เท่ากับผลประโยชน์ที่ได้รับหรือพึงได้รับจากการกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา มาตรา 317/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และมาตรา 96 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 (3) ห้ามเข้าซื้อขายหลักทรัพย์หรือสินทรัพย์ดิจิทัลในศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์หรือศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล หรือเข้าผูกพันตามสัญญาซื้อขายล่วงหน้าในศูนย์ซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าหรือที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งต้องไม่เกินห้าปี (4) ห้ามเป็นกรรมการหรือผู้บริหารของผู้ออกหลักทรัพย์หรือผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัล หรือบริษัทหลักทรัพย์หรือผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งต้องไม่เกินสิบปี (5) ชดใช้ค่าใช้จ่ายของสำนักงาน ก.ล.ต. เนื่องจากการตรวจสอบการกระทำความผิดนั้นคืนให้แก่สำนักงาน ก.ล.ต.

<sup>72</sup> พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535, มาตรา 317/1.

<sup>73</sup> พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561, มาตรา 96.

การบังคับใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งเช่นกัน<sup>74</sup> แต่โดยทั่วไปคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์จะได้รับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดจากตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย<sup>75</sup> ซึ่งเป็นหน่วยงานกำกับดูแลอีกหน่วยงานหนึ่งมากกว่าการได้รับข้อมูลหรือการแจ้งเบาะแสจากประชาชนโดยทั่วไป

สำหรับการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการแจ้งเบาะแสของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นประเทศสหรัฐอเมริกามีการใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับการให้เงินจูงใจและการให้ความคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสดตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ภายใต้มาตรา 21F นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2011 (พ.ศ. 2554) เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งนับตั้งแต่การเริ่มบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้รับการแจ้งเบาะแสมากกว่า 50,000 ครั้ง โดยในปี ค.ศ. 2020 และ ค.ศ. 2021 (พ.ศ. 2564) ซึ่งเป็นปีล่าสุดนั้นได้รับเบาะแสมเป็นจำนวนมากที่สุด ซึ่งการแจ้งเบาะแสนั้นมาจากทั่วทุกรัฐภายในประเทศและจากประเทศอื่นอีก 99 ประเทศทั่วโลก<sup>76</sup> โดยเบาะแสที่ได้รับแจ้งนั้นเป็นเบาะแสเกี่ยวกับความผิดที่มีความหลากหลายขึ้นเรื่อย ๆ ตามการพัฒนาของระบบเศรษฐกิจและรูปแบบของธุรกรรมทางการเงินที่เปลี่ยนแปลงไป

---

<sup>74</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ก.ล.ต. ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งกับผู้บริหาร JKN กรณีเผยแพร่ข้อความที่อาจก่อให้เกิดความสำคัญผิด เกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจและราคาหุ้น JKN, เรื่องเดิม.

<sup>75</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ก.ล.ต. ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งกับผู้กระทำความผิด 13 รายกรณีสร้างราคาหุ้น KIAT [Online], available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8876&NewsNo=8876&NewsYear=8876&Lang=8876](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8876&NewsNo=8876&NewsYear=8876&Lang=8876), 2021 (ธันวาคม, 15).

สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ก.ล.ต. ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งกับผู้กระทำความผิด 1 ราย กรณีอาศัยข้อมูลภายในซื้อหุ้น HFT [Online], available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8929&NewsNo=8929&NewsYear=8929&Lang=8929](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8929&NewsNo=8929&NewsYear=8929&Lang=8929), 2021 (ธันวาคม, 15).

สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ก.ล.ต. ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งกับผู้กระทำความผิด 11 ราย กรณีอาศัยข้อมูลภายในขายหุ้น PHOL และ PHOL-W1 และเปิดเผยข้อมูลภายในแก่บุคคลอื่น [Online], available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=9028&NewsNo=9028&NewsYear=9028&Lang=9028](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=9028&NewsNo=9028&NewsYear=9028&Lang=9028), 2021 (ธันวาคม, 15).

สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ก.ล.ต. ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งกับผู้กระทำความผิด 3 รายกรณีเผยแพร่ข้อความที่อาจก่อให้เกิดความสำคัญผิดเกี่ยวกับ JCKH และ RPC [Online], available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=9148&NewsNo=9148&NewsYear=9148&Lang=9148](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=9148&NewsNo=9148&NewsYear=9148&Lang=9148), 2021 (ธันวาคม, 15).

<sup>76</sup>U.S. Securities and Exchange Commission, 2021 Annual Report to Congress: Whistleblower Program, op. cit.

นอกจากการได้รับแจ้งเบาะแสที่มีแนวโน้มเป็นจำนวนที่สูงขึ้นและความหลากหลายขึ้นอย่างต่อเนื่องแล้ว ในจำนวนการให้เบาะแสมากมายนั้น คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์สหรัฐอเมริกายังได้มีการบังคับคดีกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับกฎหมายหลักทรัพย์อันเกิดมาจากการให้เบาะแสของผู้ให้เบาะแสจนเป็นผลสำเร็จในการเรียกเงินลงโทษจากผู้กระทำความผิดเป็นจำนวนมาก และในปี ค.ศ. 2021 (พ.ศ. 2564) ซึ่งเป็นปีล่าสุดนั้น นอกจากจะเป็นปีที่ได้รับแจ้งเบาะแสสูงที่สุดแล้ว ยังเป็นปีที่มีการจ่ายเงิน जुใจให้แก่ผู้ให้เบาะแสเป็นจำนวนเงินที่สูงที่สุดและจำนวนผู้แจ้งเบาะแสที่มากที่สุดเป็นประวัติการณ์อีกด้วย<sup>77</sup>

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาตัวเลขที่ปรากฏในรายงานของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แล้ว ถึงแม้จะพบว่าตัวเลขของผู้แจ้งเบาะแสที่ได้รับเงิน जुใจนั้นจะน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนเบาะแสที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้รับ กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 2021 (พ.ศ. 2564) มีการแจ้งเบาะแสเป็นจำนวน 12,200 ครั้ง และมีการให้เงิน जुใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสเป็นจำนวน 108 คน<sup>78</sup> อย่างไรก็ตาม จำนวนเงินที่ได้รับจากเงินลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นถือได้ว่าเป็นตัวเลขที่ค่อนข้างสูง และการแจ้งการกระทำความผิดนั้นก็มีความหลากหลายมากขึ้นตามการพัฒนาของระบบเศรษฐกิจ รูปแบบของธุรกรรมทางการเงิน การพัฒนาของเทคโนโลยี รวมทั้งนวัตกรรมทางการเงินที่เกิดขึ้นซึ่งถือว่าเป็นผลดีที่ทำให้ผู้บังคับใช้กฎหมายนั้นได้รับทราบถึงวิวัฒนาการในการกระทำความผิดได้อย่างรวดเร็ว

ดังนั้น ในการเปรียบเทียบผลการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยมาตรการการแจ้งเบาะแส ผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายเกี่ยวกับการให้เงิน जुใจและการให้ความคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความเข้มแข็งและมีประสิทธิภาพมากกว่าของประเทศไทย ทั้งในส่วนของการให้เงิน जुใจในจำนวนที่ค่อนข้างสูงและมีตัวอย่างที่มีผู้แจ้งเบาะแสได้รับเงินจริงซึ่งทำให้มีการรายงานเบาะแสในการกระทำความผิดจำนวนมากต่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์อันนำไปสู่การบังคับคดีเป็นผลสำเร็จและสามารถเรียกเงินคืนจากผู้กระทำความผิดได้ และมาตรการในการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสก็มากพอและมีความเป็นรูปธรรม คือ มีการฟ้องคดีกับผู้ที่ดำเนินการตอบโต้อย่างไม่เป็นธรรมต่อผู้แจ้งเบาะแส จึงส่งผลให้ประชาชนมั่นใจว่าจะไม่ถูกคุกคามหรือถูกตอบโต้อันเกิดจากการแจ้งเบาะแสของตนให้คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์รับทราบ นอกจากนี้ จากการศึกษาวิจัยและตัวอย่างในต่างประเทศ

<sup>77</sup>Ibid., pp.1-2.

<sup>78</sup>Ibid.

อย่างสหรัฐอเมริกาที่มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในรูปแบบของอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ภายใต้กฎหมายหลักทรัพย์ซึ่งการเริ่มต้นการดำเนินคดีในหลายกรณีมาจากการแจ้งเบาะแสที่พบว่าการให้เงินจูงใจนั้นเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่จะช่วยให้การแจ้งเบาะแสมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น<sup>79</sup> ทั้งในด้านปริมาณของเบาะแสและคุณภาพของเบาะแสที่ได้รับ อีกทั้งยังเป็นการช่วยหน่วยงานกำกับดูแลให้สามารถสืบทราบรายละเอียดการกระทำความผิดได้ง่ายขึ้นโดยใช้เวลาและทรัพยากรน้อยลง

#### 4. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษากฎหมายหลักทรัพย์เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทย และประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนพบว่ากฎหมายไทย รวมทั้งแนวปฏิบัติของหน่วยงานกำกับดูแลที่เกี่ยวข้องนั้นได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งเบาะแสและการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสไว้พอสมควร อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่ารายละเอียดบางประการควรมีการเพิ่มเติมโดยอาศัยแนวความคิดจากกฎหมายและแนวปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งประสบความสำเร็จเป็นอย่างมาก ในการบังคับใช้กฎหมายหลักทรัพย์ในส่วนที่ว่าด้วยมาตรการการแจ้งเบาะแสเพื่อประชาสัมพันธ์ และจูงใจให้บุคคลที่มีข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดมีความเต็มใจและยินดีที่จะแจ้งเบาะแสแก่บริษัทหรือคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มากขึ้น อันจะช่วยลดปัญหาการก่ออาชญากรรมทางการเงินในองค์กร ซึ่งจะเป็นการช่วยเหลือองค์กรให้ไม่เกิดปัญหาได้อย่างทันทั่วทั้งที่ไม่เกิดปัญหาทางการเงินที่รุนแรงจนถึงขั้นล้มละลายซึ่งจะกระทบต่อพนักงานทุกคนในบริษัท รวมถึงการลดปัญหาการก่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจอันจะส่งผลกระทบต่อทั้งเศรษฐกิจ ความน่าเชื่อถือของตลาดทุนไทย และนักลงทุนทั่วไปเป็นวงกว้าง ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะโดยแบ่งข้อเสนอแนะเป็น 4 ส่วนดังต่อไปนี้

##### 4.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางการแจ้งเบาะแส

สำหรับช่องทางและวิธีการในการแจ้งเบาะแสต่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ของประเทศไทยนั้นมีหลากหลายซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนทั่วไปในการแจ้งเบาะแสได้ดีแล้ว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในแบบร้องเรียนที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์กำหนดในส่วนของรายละเอียดของเรื่องร้องเรียนหรือข้อมูลที่ผู้ร้องเรียน

---

<sup>79</sup> ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์ และคนอื่นๆ, “การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส,” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 39, 1 (มีนาคม 2564): 159-199.

หรือผู้แจ้งเบาะแสควรแจ้งนั้นจะมีได้มีคำถามที่ระบุเจาะจงมากนัก จึงอาจทำให้ผู้ร้องเรียนหรือผู้แจ้งเบาะแสนั้นให้ข้อมูลที่ไม่ครบถ้วนเพียงพอที่จะนำไปตรวจสอบหรือสืบหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเพื่อใช้ในการบังคับคดีต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องได้ ซึ่งอาจทำให้คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์จำเป็นต้องมีการโต้ตอบกับผู้ร้องเรียนหรือผู้แจ้งเบาะแสเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลเพิ่มเติมอีกหลายคราว ในการนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าใบแบบร้องเรียนนั้นควรระบุเพิ่มเติมถึงรายละเอียดที่ผู้แจ้งเบาะแสหรือผู้ร้องเรียนควรแจ้งต่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์อย่างเช่นแบบฟอร์มของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น คำถามดังต่อไปนี้

- 1) วันที่เกิดเหตุการณ์
- 2) ในกรณีที่เคยติดต่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แล้วให้ระบุชื่อเจ้าหน้าที่ที่เคยติดต่อ
- 3) ข้อร้องเรียนนี้มีความเกี่ยวข้องกับหน่วยงานหรือองค์กรที่ผู้ร้องเรียนเป็นพนักงาน กรรมการ ที่ปรึกษา ลูกจ้าง หรือคู่สัญญาหรือไม่ ในกรณีที่ตอบว่าใช่ ผู้แจ้งเบาะแสได้แจ้งเรื่องร้องเรียนนี้ต่อผู้บังคับบัญชา เจ้าหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมภายใน สายด่วนแจ้งเบาะแส หรือโดยวิธีการอื่นใดที่มีภายในองค์กรแล้วหรือไม่
- 4) ประเภทของหลักทรัพย์ที่เกี่ยวข้องและชื่อผู้ออกหลักทรัพย์
- 5) อธิบายเอกสารประกอบการพิจารณาทั้งหมดที่อยู่ในการครอบครองของผู้แจ้งเบาะแส การมีอยู่และสถานที่ของเอกสารที่อาจเป็นประโยชน์อื่น ๆ แต่ไม่ได้อยู่ในการครอบครองของผู้แจ้งเบาะแส วิธีการได้มาซึ่งข้อมูลต่าง ๆ ที่ปรากฏในข้อร้องเรียนและบุคคลผู้ให้ข้อมูล
- 6) การระบุถึงข้อมูลในเอกสารหรือข้อมูลอื่นใดที่ผู้แจ้งเบาะแสได้แจ้งมาและอาจทำให้ตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสถูกเปิดเผยได้ โดยให้อธิบายถึงเหตุผลว่าเพราะเหตุใดผู้แจ้งเบาะแสจึงเชื่อว่าตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสจะถูกเปิดเผยหากข้อมูลนั้นได้ถูกล่วงรู้โดยบุคคลที่สาม เป็นต้น

นอกจากนี้ ในการเปิดช่องทางให้ผู้ร้องเรียนหรือผู้แจ้งเบาะแสสามารถแจ้งเบาะแสได้ในทางอื่นที่ไม่ใช่ลายลักษณ์อักษร หรือไม่ได้แนบแบบร้องเรียนตามแบบฟอร์มที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์กำหนดนั้น คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ควรระบุคำถามที่ปรากฏในแบบร้องเรียนดังกล่าวทั้งหมดไว้ในหน้าเว็บไซต์ และช่องทางการสื่อสารทางออนไลน์อื่น ๆ ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เพื่อเป็นแนวทางให้แก่ผู้ร้องเรียนหรือผู้แจ้งเบาะแสด้วย ซึ่งจะช่วยให้ประหยัดเวลาและทรัพยากรในการคัดแยกเรื่องร้องเรียนที่อาจมีข้อมูลไม่ครบถ้วนเพียงพอต่อการนำไปต่อยอดเพื่อบังคับคดีกับผู้กระทำความผิดต่อไปได้ และช่วยให้สามารถคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสได้ดีขึ้นอันจะเป็นประโยชน์ทั้งต่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และผู้แจ้งเบาะแส

#### 4.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส

สำหรับการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวได้กฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศไทยนั้น ถึงแม้ว่าจะมีการบัญญัติห้ามนายจ้างของผู้แจ้งเบาะแสดำเนินการตอบโต้ผู้แจ้งเบาะแสนั้นเนื่องจากเหตุที่ผู้แจ้งเบาะแสนั้นได้ให้ข้อมูลหรือช่วยเหลือคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ไว้แล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวมีเพียงโทษทางอาญาเท่านั้น ไม่ได้มีการกำหนดค่าเสียหายหรือค่าทดแทนทางแพ่งอันผู้ร้องเรียนหรือผู้แจ้งเบาะแสปึงได้รับเพื่อทดแทนความเดือดร้อนเนื่องจากการตอบโต้โดยไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด ซึ่งทำให้ผู้ร้องเรียนหรือผู้แจ้งเบาะแสดำเนินการใช้สิทธิตามกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน ในการเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าทดแทน ซึ่งอาจสามารถเรียกร้องได้ในบางกรณีเท่านั้นและยังมิกระในการพิสูจน์เพิ่มเติม ซึ่งการมีอยู่ของบทบัญญัติที่ว่าด้วยการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวตามกฎหมายเฉพาะอย่างกฎหมายหลักทรัพย์นี้นับเป็นเครื่องมือในการประกันสิทธิของผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวได้ดีกว่าการใช้กฎหมายทั่วไปดังกล่าว อีกทั้งยังไม่ปรากฏว่าคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้เคยดำเนินคดีต่อผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว หรือมีการดำเนินการอื่นใดเพื่อขัดขวางไม่ให้มีการฝ่าฝืนเกิดขึ้นไม่ว่าในรูปแบบใดซึ่งเป็นปัจจัยที่อาจทำให้ประชาชนไม่มีความมั่นใจในการแจ้งเบาะแสดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการแก้ไขกฎหมายหลักทรัพย์เพื่อให้มีการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวให้มีความเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นและให้ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวได้รับประโยชน์อันพึงได้จากการแจ้งเบาะแสดังกล่าวตามกฎหมายหลักทรัพย์ ดังนี้

1) เพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการห้ามหน่วยงานกำกับดูแลเปิดเผยตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าว เว้นแต่การเปิดเผยต่อหน่วยงานอื่นที่กำกับดูแลตามกฎหมาย หรือกำหนดห้ามการเปิดเผยตัวตนของผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวต่อผู้ถูกร้องเรียนหรือบุคคลใดอันอาจทำให้ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวตอบโต้โดยไม่เป็นธรรมหรือประสพภัยอันตรายอย่างอื่นได้

2) เพิ่มโทษตามมาตรา 281/1 ต่อบุคคลผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 89/2 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

3) เพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเรียกค่าเสียหายหรือค่าทดแทน รวมทั้งมาตรการในการเยียวยาในกรณีที่ผู้ร้องเรียนหรือผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวตอบโต้ตามมาตรา 89/2 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

4) เพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดและโทษทางอาญาในกรณีที่บุคคลใดขัดขวางมิให้บุคคลอื่นมีการติดต่อกับหน่วยงานกำกับดูแลเพื่อแจ้งเบาะแสดังกล่าวการกระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์ รวมถึงการเข้าทำข้อตกลงรักษาความลับ ข้อตกลงในการจ่ายเงินชดเชย หรือข้อตกลงหรือสัญญาในลักษณะอื่นใด หรือการดำเนินการอื่นใดในการที่จะขัดขวางมิให้บุคคลอื่นนั้นสามารถแจ้งเบาะแสดังกล่าวการกระทำความผิดต่อคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ โดยอาจกำหนด

เพิ่มเติมในมาตรา 89/2 หรือกำหนดเป็นมาตราเพิ่มเติม และกำหนดให้คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์สามารถตรวจสอบและดำเนินคดีต่อผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวได้

ทั้งนี้ การบัญญัติข้อกำหนดที่ยกระดับการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสให้สูงขึ้นนั้น จะต้องดำเนินการควบคู่กับการบังคับใช้กฎหมายโดยคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ด้วย เพื่อเพิ่มความมั่นใจให้แก่ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวจะไม่ถูกตอบโต้โดยไม่เป็นธรรม หรือหากถูกตอบโต้โดยไม่เป็นธรรมแล้วจะมีมาตรการทางกฎหมายที่เข้มแข็ง หน่วยงานกำกับดูแลที่ช่วยเหลือ และค่าชดเชย หรือค่าเสียหายที่เหมาะสมหากได้ทำการแจ้งเบาะแสดังกล่าวการกระทำความผิดไปยังคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แล้ว เนื่องจากหากมีข้อร้องเรียนหรือเกิดปัญหาเกี่ยวกับการเลิกจ้างไม่เป็นธรรมหรือปัญหาอื่นใดซึ่งเกิดจากการแจ้งเบาะแสดังกล่าวหรือช่วยเหลือหน่วยงานกำกับดูแลโดยประการอื่นแล้วหน่วยงานกำกับดูแลเพิกเฉย กรณีย่อมเป็นการยากที่จะให้บุคคลทั่วไปนั้นมีความกล้าหาญหรือแรงจูงใจในการให้เบาะแสดังกล่าว

#### 4.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการให้เงินจูงใจ

สำหรับการให้เงินจูงใจแก่ผู้แจ้งเบาะแสนั้น หากอ้างอิงจากเหตุผลในการแก้ไขพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ใน พ.ศ. 2559 แล้ว แสดงให้เห็นว่าแนวความคิดในเรื่องการให้เงินจูงใจแก่ผู้ให้เบาะแสดังกล่าวโดยเฉพาะภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ของประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาที่มีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง โดยภายใต้กฎหมายไทยนั้นเห็นว่าการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดเป็นหน้าที่ที่พึงกระทำอยู่แล้วและต้องการป้องกันมิให้มีการกล่าวโทษบุคคลอื่นโดยไม่มูลและมีให้มีการมุ่งแสวงหาผลประโยชน์จากการกระทำความผิดของบุคคลอื่น จึงได้ยกเลิกการให้เงินจูงใจไป อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาวิจัยและตัวอย่างอันเป็นประจักษ์ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการเริ่มต้นการดำเนินคดีภายใต้กฎหมายหลักทรัพย์ในหลายกรณีจากการแจ้งเบาะแสดังกล่าวและประสบผลสำเร็จก็พบว่า การให้เงินจูงใจนั้นเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่จะช่วยให้การแจ้งเบาะแสดังกล่าวมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น<sup>80</sup> ทั้งในด้านปริมาณของเบาะแสดังกล่าวและคุณภาพของเบาะแสดังกล่าวที่ได้รับ อีกทั้งยังเป็นการช่วยหน่วยงานกำกับดูแลให้สามารถสืบทราบรายละเอียดการกระทำความผิดได้ง่ายขึ้นโดยใช้เวลาและทรัพยากรน้อยลง และสืบเนื่องจากการให้เงินจูงใจนั้น จึงมีสำนักงานกฎหมายที่เชี่ยวชาญในด้านการแจ้งเบาะแสดังกล่าวทำหน้าที่ในการเป็นตัวแทนของผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวซึ่งทำให้ผู้แจ้งเบาะแสดังกล่าวมีโอกาสได้เงินจูงใจสูงขึ้นและสำนักงานกฎหมายนั้นย่อมได้รับค่าตอบแทนที่คุ้มค่า อีกทั้งทำให้การแจ้งเบาะแสดังกล่าวเป็นที่แพร่หลายมากขึ้นด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะในประเด็นนี้ว่า

<sup>80</sup> ศุภศิษย์ ทวีแจ่มทรัพย์ และคนอื่น ๆ, เรื่องเดียวกัน.

ประเทศไทยควรมีหลักการในการให้เงินจูงใจ โดยอาจพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ โดยใช้หลักเกณฑ์การให้เงินจูงใจดังเช่นมาตรา 315/1 ในครั้งที่มีการแก้ไขพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ใน พ.ศ. 2551 และประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทค. 2/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจ่ายเงินสินบนและรางวัล โดยอาจเพิ่มเติมหลักการอื่น ๆ โดยอาศัยต้นแบบจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อช่วยให้มีการแจ้งเบาะแสมากขึ้น

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงขนาดของตลาดทุนไทยเทียบกับขนาดของตลาดทุนสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีขนาดแตกต่างกันค่อนข้างมากแล้ว ในการกำหนดหลักเกณฑ์การให้เงินจูงใจอาจต้องพิจารณาถึงเกณฑ์ขั้นต่ำของเงินลงโทษที่จะกำหนดให้ผู้แจ้งเบาะแสได้รับเงินจูงใจด้วย เนื่องจาก ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นกำหนดให้ผู้แจ้งเบาะแสได้รับเงินจูงใจในกรณีที่มีเงินลงโทษหรือเงินค่าปรับมากกว่า 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งสำหรับประเทศไทยอาจมีความจำเป็นต้องพิจารณาให้มีการให้เงินจูงใจสำหรับกรณีที่มีเงินลงโทษต่ำกว่านั้นเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและขนาดของตลาดทุนไทย

#### 4.4 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางการแจ้งเบาะแสภายในองค์กร

เนื่องจากแนวทางการแจ้งเบาะแสภายในองค์กรนั้น ได้มีการกำหนดหลักการไว้โดยคร่าว ๆ ในหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนปี พ.ศ. 2560 และแนวปฏิบัติด้านการกำกับดูแลกิจการที่ดี เรื่อง แนวทางการจัดทำนโยบายและวิธีปฏิบัติการแจ้งเบาะแส (Whistle Blowing) โดยมีการเสนอแนะให้บริษัทจดทะเบียนจัดทำนโยบายการแจ้งเบาะแสภายในองค์กรเท่านั้น จึงอาจมีข้อโต้แย้งได้เช่นกันว่าการกำหนดนโยบายและวิธีปฏิบัติการแจ้งเบาะแสดังกล่าวอาจไม่เพียงพอที่จะทำให้พนักงานภายในองค์กรเห็นว่าการแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดนั้นเป็นหน้าที่ที่พึงกระทำสำหรับทุกคนในองค์กร ซึ่งสามารถทำได้ผ่านกลไกการควบคุมภายในบริษัท เนื่องจากเหตุผลต่าง ๆ เช่น ไม่มีการประชาสัมพันธ์ว่าพนักงานสามารถดำเนินการแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดและไม่มีมาตรการในการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสที่ชัดเจนเป็นรูปธรรม หรือถึงแม้ว่าพนักงานทราบว่าตนสามารถดำเนินการแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดและจะมีมาตรการในการคุ้มครอง แต่พนักงานอาจไม่มีความมั่นใจว่าบริษัทหรือผู้ที่ได้รับข้อมูลผ่านกลไกการควบคุมภายในจะสามารถเก็บข้อมูลของตนไว้เป็นความลับหรือตนจะได้รับความคุ้มครองจริงหรือไม่ และเนื่องจากวัฒนธรรมองค์กรของประเทศไทยส่วนมากเป็นระบบอุปถัมภ์ โดยหากเป็นเรื่องของบุคคลอื่นก็ไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยว เนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่อหน้าที่การงานของตน ทำให้ตนเดือดร้อนในภายหลังได้<sup>81</sup> เป็นต้น

<sup>81</sup> ศูนย์พัฒนาการกำกับดูแลกิจการบริษัทจดทะเบียน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, เรื่องเดิม.

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่าในกรณีที่พนักงานเห็นว่าช่องทางดังกล่าวมีความปลอดภัย การดำเนินการดังกล่าวก็อาจเป็นอีกช่องทางหนึ่งในการแจ้งเบาะแสเท็จผ่านระบบของบริษัทในการให้ร้ายหรือโจมตีบุคคลอื่นที่อาจจะขัดขวางหน้าที่การงานของผู้แจ้งเบาะแสมภายในบริษัทที่เป็นได้เช่นกัน ซึ่งหากเกิดกรณีเช่นว่า บริษัทก็ต้องสูญเสียทรัพยากรในการตรวจสอบข้อเท็จจริง อีกทั้งอาจสูญเสียบุคลากรที่มีค่าของบริษัทไปโดยไม่ได้ตั้งใจก็เป็นได้

ดังนั้น การที่นโยบายดังกล่าวจะสัมฤทธิ์ผลได้ พนักงานจึงต้องตระหนักว่าการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดเป็นหน้าที่ที่พึงกระทำและไม่ใช้ช่องทางดังกล่าวในการโจมตีบุคคลอื่น บริษัทจึงต้องมีการวางนโยบายการแจ้งเบาะแสรัดกุม โดยคำนึงถึงความน่าเชื่อถือของระบบการแจ้งเบาะแสและกระบวนการพิจารณาเบาะแสที่ได้รับเป็นสำคัญ รวมทั้งประชาสัมพันธ์และสร้างวัฒนธรรมองค์กรที่ปราศจากการทุจริตในทุกระดับชั้น เพื่อให้นโยบายการแจ้งเบาะแสนั้นเป็นส่วนสำคัญในการช่วยเหลือบริษัทในการป้องกันการกระทำความผิดที่อาจสร้างความเสียหายให้แก่ทั้งตัวบริษัทเองและนักลงทุน ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อทุกคนในองค์กรในที่สุด

ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งเบาะแสมภายในองค์กรเพิ่มเติม ดังนี้

1) หากผู้รับแจ้งเบาะแส เช่น กรรมการอิสระหรือกรรมการตรวจสอบได้รับเบาะแสมมาแล้วและพบว่าตนเองอาจมีอคติบางประการ เช่น ตนเองมีความสนิทสนมกับผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด บุคคลผู้รับแจ้งเบาะแสอาจดำเนินการว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญภายนอกให้เข้ามาตรวจสอบว่าได้มีการกระทำความผิดตามที่กล่าวหาจริงหรือไม่<sup>82</sup>

2) คณะกรรมการและฝ่ายจัดการ รวมถึงหน่วยงานควบคุมภายในที่เกี่ยวข้องจะต้องประชาสัมพันธ์ ทำความเข้าใจ และให้ความรู้แก่พนักงาน รวมทั้งสร้างวัฒนธรรมองค์กรที่ชัดเจน แข็งแกร่งว่าการแจ้งเบาะแสเป็นหน้าที่ที่ทุกคนพึงปฏิบัติ<sup>83</sup> โดยแสดงให้เห็นว่านโยบายการต่อต้านการทุจริตนั้นเป็นนโยบายที่จริงจังและสร้างวัฒนธรรมที่จะต่อต้านการตอบโต้ต่อผู้แจ้งเบาะแส<sup>84</sup> รวมทั้งมีแนวทางในการรักษาความลับเกี่ยวกับตัวตนของผู้แจ้งเบาะแส เพื่อให้พนักงานทุกคนมั่นใจว่าตนเองจะไม่ถูกตอบโต้โดยการกระทำที่ไม่เป็นธรรมไม่ว่าในรูปแบบใด ๆ ภายหลังจากการแจ้งเบาะแส

3) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้วิธีปฏิบัติในการแจ้งเบาะแสมภายในองค์กรนั้นมีสถานะเป็นกฎหมายที่องค์กรที่มีรูปแบบตามที่กฎหมายกำหนด เช่น บริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ต้องกำหนดให้มีหลักวิธีปฏิบัติในการแจ้งเบาะแสที่สามารถใช้บังคับได้ และสามารถคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสมภายในองค์กรได้อย่างแท้จริง

<sup>82</sup>Peter Gottschalk. op. cit., p.71.

<sup>83</sup>ศูนย์พัฒนาการกำกับดูแลกิจการบริษัทจดทะเบียน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, เรื่องเดิม.

<sup>84</sup>Peter Gottschalk. op. cit., p.71.

## 5. บทสรุป

หากผู้ที่มีเบาะแสไม่มีทั้งแรงจูงใจและเกราะป้องกันที่แข็งแกร่ง พนักงานหรือประชาชนทั่วไปก็อาจไม่ดำเนินการรายงานใด ๆ แม้กระทั่งในระดับองค์กร ลูกจ้างผู้รู้เห็นการกระทำความผิดก็อาจจะหลบตาข้างหนึ่งเพื่อให้ตนเองสามารถอยู่รอดในองค์กรได้โดยเฉพาะในสถานะเศรษฐกิจที่มีความผันผวนไม่แน่นอน หรือหากมีการรายงานหรือแจ้งเบาะแส ก็อาจเป็นการกระทำความผิดที่ไม่ได้มีผลกระทบเป็นวงกว้างมากนักดังที่ปรากฏในปัจจุบัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงคาดว่าหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมวิธีปฏิบัติ รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องตามที่ได้เสนอแนะข้างต้น จะทำให้ผู้แจ้งเบาะแสมั่นใจเพิ่มขึ้นว่าตนจะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมาย รวมทั้งมีแรงจูงใจเพิ่มมากขึ้นในการแจ้งเบาะแสซึ่งจะช่วยให้การแจ้งเบาะแสมีปริมาณมากขึ้น คุณภาพของเบาะแสที่ได้รับดีขึ้นและทำให้การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์นั้นมีประสิทธิภาพดียิ่งขึ้นต่อไปในอนาคต ท้ายที่สุดแล้ว หากไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อกฎหมายหรือแนวปฏิบัติในอนาคต คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ของไทยอาจต้องพึ่งพาตนเองและต้องทุ่มเทพทรัพยากรของรัฐจำนวนมากในการปราบปรามการกระทำความผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์

### บรรณานุกรม

- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. แนวปฏิบัติด้านการกำกับดูแลกิจการที่ดี เรื่อง แนวทางการจัดทำนโยบายและวิธีปฏิบัติการแจ้งเบาะแส (Whistle Blowing) [Online]. Available URL: <https://www.setsustainability.com/download/nfelogh7wdcm2yb>, 2021 (พฤศจิกายน, 30).
- ปิติกุณ นิลธนาม. Whistleblowing: การเปิดโปงการทุจริตกับราคาที่ต้องจ่าย จะทำอย่างไรให้คนกล้าทำในสิ่งที่ถูกต้อง [Online]. Available URL: <https://thaipublica.org/2020/05/pitikhun-nilthanom-09/>, 2021 (พฤษภาคม, 31).
- วรชัย แสนสิระ. “หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจ่ายเงินสินบนและเงินรางวัล ตอน การจ่ายเงินสินบนและเงินรางวัลตามกฎหมายเฉพาะด้าน.” *จุลนิติ* (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2558): 159-166.
- ศูนย์พัฒนาการกำกับดูแลกิจการบริษัทจดทะเบียน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. “มาตรการในการแจ้งเบาะแส (Whistleblowing) สำคัญอย่างไร.” *วารสารตลาดหลักทรัพย์* 10, 9 (กุมภาพันธ์ 2550): 10-11.
- ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์ และคนอื่น ๆ. “การประเมินประสิทธิภาพของการแจ้งเบาะแส.” *วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 39, 1 (มีนาคม 2564): 159-199.
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. การให้เบาะแส [Online]. Available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/ABOUTUS/SECSECHC\\_CLUE.aspx](https://www.sec.or.th/TH/Pages/ABOUTUS/SECSECHC_CLUE.aspx), 2021 (พฤษภาคม, 1).
- \_\_\_\_\_. ก.ล.ต. กล่าวโทษผู้กระทำความผิดต่อ ปอศ. กรณีประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และสัญญาซื้อขายล่วงหน้าโดยไม่ได้รับอนุญาต [Online]. Available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8389](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8389), 2021 (ธันวาคม, 15).
- \_\_\_\_\_. ก.ล.ต. กล่าวโทษผู้กระทำความผิด 3 ราย ต่อ ปอศ. กรณีประกอบธุรกิจหลักทรัพย์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต [Online]. Available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8762&NewsNo=17&NewsYear=2564&Lang=TH](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8762&NewsNo=17&NewsYear=2564&Lang=TH), 2021 (ธันวาคม, 15).
- \_\_\_\_\_. ก.ล.ต. กล่าวโทษ บมจ. พีบี. สมาร์ทฟาร์เมอร์ และประธานกรรมการบริหาร กรณีไม่ได้ยื่นแบบ Filing ต่อ ก.ล.ต. [Online]. Available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8404&NewsNo=154&NewsYear=2563&Lang=TH](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8404&NewsNo=154&NewsYear=2563&Lang=TH), 2021 (ธันวาคม, 15).

- \_\_\_\_\_. ก.ล.ต. กล่าวโทษ Binance กรณีประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลโดยไม่ได้รับใบอนุญาต [Online]. Available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=9016&NewsNo=125&NewsYear=2564&Lang=TH](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=9016&NewsNo=125&NewsYear=2564&Lang=TH), 2021 (ธันวาคม, 15).
- \_\_\_\_\_. ก.ล.ต. ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งกับผู้กระทำความผิด 1 ราย กรณีอาศัยข้อมูลภายในซื้อหุ้น HFT [Online]. Available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8929&NewsNo=8929&NewsYear=8929&Lang=8929](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8929&NewsNo=8929&NewsYear=8929&Lang=8929), 2021 (ธันวาคม, 15).
- \_\_\_\_\_. ก.ล.ต. ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งกับผู้กระทำความผิด 3 ราย กรณีเผยแพร่ข้อความที่อาจก่อให้เกิดความสำคัญผิดเกี่ยวกับ JCKH และ RPC [Online]. Available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=9148&NewsNo=9148&NewsYear=9148&Lang=9148](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=9148&NewsNo=9148&NewsYear=9148&Lang=9148), 2021 (ธันวาคม, 15).
- \_\_\_\_\_. ก.ล.ต. ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งกับผู้กระทำความผิด 11 ราย กรณีอาศัยข้อมูลภายในขายหุ้น PHOL และ PHOL-W1 และเปิดเผยข้อมูลภายในแก่บุคคลอื่น [Online]. Available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=9028&NewsNo=9028&NewsYear=9028&Lang=9028](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=9028&NewsNo=9028&NewsYear=9028&Lang=9028), 2021 (ธันวาคม, 15).
- \_\_\_\_\_. ก.ล.ต. ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งกับผู้กระทำความผิด 13 รายกรณีสร้างราคาหุ้น KIAT [Online]. Available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8876&NewsNo=8876&NewsYear=8876&Lang=8876](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8876&NewsNo=8876&NewsYear=8876&Lang=8876), 2021 (ธันวาคม, 15).
- \_\_\_\_\_. ก.ล.ต. ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งกับผู้บริหาร JKN กรณีเผยแพร่ข้อความที่อาจก่อให้เกิดความสำคัญผิด เกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจและราคาหุ้น JKN [Online]. Available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8975&NewsNo=104&NewsYear=2564&Lang=TH](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8975&NewsNo=104&NewsYear=2564&Lang=TH), 2021 (ธันวาคม, 15).
- \_\_\_\_\_. ก.ล.ต. เผยกระบวนการรับเรื่องร้องเรียนโฉมใหม่เพื่ออำนวยความสะดวกประชาชน [Online]. Available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/News\\_Detail.aspx?SECID=8179](https://www.sec.or.th/TH/Pages/News_Detail.aspx?SECID=8179), 2021 (ธันวาคม, 15).
- \_\_\_\_\_. ช่องทางการร้องเรียน/แจ้งเบาะแส [Online]. Available URL: [https://www.sec.or.th/TH/Pages/ABOUTUS/SECSECHC\\_CHANNEL.aspx](https://www.sec.or.th/TH/Pages/ABOUTUS/SECSECHC_CHANNEL.aspx), 2021 (พฤษภาคม, 1).
- \_\_\_\_\_. นโยบายคุ้มครองความเป็นส่วนตัว [Online]. Available URL: <https://www.sec.or.th/TH/Pages/FOOTER/PRIVACYPOLICY.aspx>, 2022 (มีนาคม, 24).

- \_\_\_\_\_. **แบบร้องเรียน** [Online]. Available URL: <https://market.sec.or.th/CompanyPortal/CPM00100.aspx?lang=Th&categorycode=C0003&loginType=N&reportcode=R00003>, 2021 (ธันวาคม, 15).
- \_\_\_\_\_. **เรื่องร้องเรียนที่ SEC Help Center สามารถช่วยท่านได้** [Online]. Available URL: <https://www.sec.or.th/TH/Pages/ABOUTUS/SECPEOPLE.aspx>, 2021 (พฤษภาคม, 1).
- \_\_\_\_\_. **หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนปี 2560** [Online]. Available URL: <https://www.sec.or.th/cgthailand/TH/Pages/CGCODE/CGCO DEINDEX.aspx>. (2560).
- สกล หาญสุทธิวารินทร์. **บริษัทจดทะเบียนและ Whistleblower** [Online]. Available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/business/936928>, 2022 (มีนาคม, 24).
- สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. “เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 36/2559.” 16 มิถุนายน 2559.
- สำนักข่าวอิศรา. **ศาลอุทธรณ์ยื่นขอตีตก พ.ร.บ. ถูกเลิกจ้างเหตุร้องผู้บริหารอินไซด์เดอร์-ก.ล.ต. สอบยังไม่คืบ** [Online]. Available URL: [https://www.isranews.org/content-page/item/74168-news00\\_74168.html](https://www.isranews.org/content-page/item/74168-news00_74168.html), 2022 (มีนาคม, 24).
- สุนันท์ ศรีจันทร์. **ปฏิรูประบบร้องทุกข์ ก.ล.ต.** [Online]. Available URL: <https://mgronline.com/stockmarket/detail/9630000060119>, 2021 (ธันวาคม, 15).
- \_\_\_\_\_. **ทุกข์คนร้องเรียนก.ล.ต.** [Online]. Available URL: <https://mgronline.com/stockmarket/detail/9630000058508>, 2021 (ธันวาคม, 15).
- Aguilera, Ruth V. and Abhijeet K. Vadera. “The Evolution of Vocabularies and Its Relation to Investigation of White-Collar Crimes: An Institutional Work Perspective.” *Journal of Business Ethics* 128 (2015): 21-38.
- Becker, David M. **Speech by SEC Staff: Remarks at the Practising Law Institute’s Ninth Annual Institute on Securities Regulation in Europe** [Online]. Available URL: <https://www.sec.gov/news/speech/2011/spch012511dmb.htm>, 2021 (May, 25).
- Bjørkelo, Brita and Stig Berge Matthiesen. **Preventing and dealing with retaliation against whistleblowers** [Online]. Available URL: <https://phs.brange.unit.no/phs-xmlui/bitstream/handle/11250/174970/whistleblowers.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 2021 (May, 15).

- Bradley, Caroline. **Rewards for Whistleblowing** [Online]. Available URL: [http://blenderlaw.umlaw.net/wp-content/uploads/2007/07/Rider-Research\\_Handbook\\_International\\_Financial\\_Crime\\_49.pdf](http://blenderlaw.umlaw.net/wp-content/uploads/2007/07/Rider-Research_Handbook_International_Financial_Crime_49.pdf), 2015 (July, 31).
- De Schepper, Maarten. **Setting the Right Incentives for Whistleblowers**. paper submitted for European Master in Law and Economics, 2008-2009.
- Gottschalk, Petter. **Whistleblowing: White-Collar Fraud Signal Detection**. UK: Cambridge Scholars Publishing, 2018.
- Kenny, Kate. **Whistleblowing: toward a new theory**. Cambridge, Massachusetts, United States of America: Harvard University Press, 2019.
- Lipman, Frederick D. **Whistleblowers: Incentives, Disincentives, and Protection Strategies**. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, 2012.
- Rajagopal, Divya. **Why whistleblowing works in USA** [Online]. Available URL: <https://economictimes.indiatimes.com/news/company/corporate-trends/why-whistleblowing-works-in-usa/articleshow/72202106.cms?from=mdr>, 2022 (March, 24).
- Thüsing, Gregor and Gerrit Forst (Editors). **Whistleblowing – A Comparative Study**. Switzerland: Springer International Publishing Switzerland, 2016.
- U.S. Securities and Exchange Commission. **2020 Annual Report to Congress: Whistleblower Program** [Online]. Available URL: [https://www.sec.gov/files/2020%20Annual%20Report\\_0.pdf](https://www.sec.gov/files/2020%20Annual%20Report_0.pdf), 2021 (November, 15).
- \_\_\_\_\_. **2021 Annual Report to Congress: Whistleblower Program** [Online]. Available URL: [https://www.sec.gov/files/2021\\_OW\\_AR\\_508.pdf](https://www.sec.gov/files/2021_OW_AR_508.pdf), 2021 (November, 15).
- \_\_\_\_\_. **Company Settles Charges in Whistleblower Retaliation Case** [Online]. Available URL: <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2016-270.html>, 2022 (April, 2).
- \_\_\_\_\_. **SEC Announces Award to Whistleblower in First Retaliation Case** [Online]. Available URL: <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2015-75.html>, 2022 (April, 2).
- \_\_\_\_\_. **SEC Charges Hedge Fund Adviser With Conducting Conflicted Transactions and Retaliating Against Whistleblower** [Online]. Available URL: <https://www.sec.gov/news/press-release/2014-118>, 2022 (April, 2).

- \_\_\_\_\_. **SEC Charges Issuer and CEO with Violating Whistleblower Protection Laws to Silence Investor Complaints** [Online]. Available URL: <https://www.sec.gov/news/press-release/2019-227>, 2022 (April, 2).
- \_\_\_\_\_. **Submit a Tip** [Online]. Available URL: <https://www.sec.gov/whistleblower/submit-a-tip>, 2021 (May, 3).
- \_\_\_\_\_. **Whistleblower Protections** [Online]. Available URL: <https://www.sec.gov/whistleblower/retaliation#enforcement-actions>, 2022 (April, 2).
- Whistleblowers International. **The History of Whistleblowing** [Online]. Available URL: <https://www.whistleblowersinternational.com/what-is-whistleblowing/history/>, 2021 (May, 25).
- Zipparo, Lisa. "Factors which deter public officials from reporting corruption." **Crime Law & Social Change** 30, 3 (1999).

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงาน  
แพลตฟอร์มดิจิทัล: ศึกษากรณีธุรกิจ  
รับส่งอาหารในประเทศไทย

นนทพล พุทธพงษ์



มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานแพลตฟอร์มดิจิทัล:  
ศึกษากรณีธุรกิจรับส่งอาหารในประเทศไทย\*  
Legal Measures for Protection of Workers on Digital Labour Platform:  
A Case Study in Food Delivery Business in Thailand

นันทพล พุทธพงษ์\*\*  
Nanthaphol Puttapong

บทคัดย่อ

พัฒนาการของเทคโนโลยีดิจิทัลทำให้เกิดการทำงานรูปแบบใหม่ผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัล ปัจจุบันการทำงานของแรงงานแพลตฟอร์มในธุรกิจรับส่งอาหารหรือ “ไรเดอร์” ยังไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานเพราะลักษณะของงานแพลตฟอร์มที่แยกเป็นงาน ๆ ผ่านการจัดการของระบบ

---

\*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานแพลตฟอร์มดิจิทัล: ศึกษากรณีธุรกิจรับส่งอาหารในประเทศไทย” โดยได้รับเงินทุนวิจัยจากคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ. 2565.

This article is part of research title “Legal Measures for Protection of Workers on Digital Labour Platform: A Case Study in Food Delivery Business in Thailand.” This research is funded by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, 2022.

\*\*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. สาขากฎหมายธุรกิจ (หลักสูตรนานาชาติ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; LL.M. The University of Sydney, Australia; LL.M. The University of Melbourne, Australia; ประกาศนียบัตรผู้นำยุคใหม่ในระบอบประชาธิปไตย รุ่นที่ 1 (ปนป.1) สถาบันพระปกเกล้า; Executive Certificate Program on Negotiation (PON), Harvard Law School, USA.; Email: nanthaphol\_p@ru.ac.th, nanthaphol.p@gmail.com

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. in Business Law (International Program) Chulalongkorn University; LL.M. The University of Sydney, Australia; LL.M. The University of Melbourne, Australia; Certificate in Young Leadership in Democratic Governance, King Prajadhipok’s Institute; Executive Certificate Program on Negotiation (PON), Harvard Law School, USA.

วันที่รับบทความ (received) 27 เมษายน 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 24 พฤษภาคม 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 31 พฤษภาคม 2565.

อัลกอริทึม อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาลักษณะการทำงานของไรเดอร์นั้น มีลักษณะทั้งอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาและมีความเป็นอิสระในเวลาเดียวกัน จึงเป็นประเด็นที่มีความยากในการพิจารณาสถานะและมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครอง แต่สิ่งที่ชัดเจนคือไรเดอร์เป็นแรงงานที่มีความเปราะบางในการทำงานเพราะทำงานในลักษณะเดียวกับลูกจ้างแต่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน

บทความวิจัยนี้ได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองไรเดอร์ของสหรัฐอเมริกาและราชอาณาจักรสเปน ประกอบกับหลักการ แนวคิด และทฤษฎีทางกฎหมายในการคุ้มครองไรเดอร์ โดยศึกษามาตรการทางกฎหมายที่จะคุ้มครองไรเดอร์ในประเด็นสถานะทางกฎหมาย ค่าตอบแทน จำนวนชั่วโมงการทำงาน การประสบอันตรายจากการทำงาน การระงับข้อพิพาท การประกันสังคม และสิทธิในการรวมกลุ่ม

ผลการวิจัยพบว่ามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองไรเดอร์ที่เหมาะสมที่สุด คือ การบัญญัติบทสันนิษฐานทางกฎหมายให้ไรเดอร์มีสถานะเป็นลูกจ้าง ให้ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มมีสถานะเป็นนายจ้างและมีภาระในการพิสูจน์ เพื่อที่ไรเดอร์จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานโดยเฉพาะฉบับที่สำคัญได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 และพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองแรงงานแพลตฟอร์มซึ่งเป็นแรงงานส่วนสำคัญในสังคมให้มีคุณภาพชีวิตที่ดี เป็นการทำงานที่มีคุณค่าที่ส่งผลถึงการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและพัฒนาสังคมอย่างยั่งยืนในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลของประเทศไทยต่อไป

**คำสำคัญ:** แรงงานแพลตฟอร์ม, ธุรกิจรับส่งอาหาร, มาตรการทางกฎหมาย

### Abstract

The development of digital technologies creates new forms of work through digital platforms. Nowadays, workers in food delivery business or “Riders” are not protected under Thai labour laws because the characteristics of platform work which are divided in pieces by the management of algorithm system. Considering the characteristics of work that Riders performed, such characteristics include the work which Riders work under command and control. However, Riders have some independence in their work at the same time. Hence, it is a difficult point in order to consider the legal status of Riders and legal measures for their protection. But it is clear that Riders are workers that have vulnerabilities as they work in the same characteristics as employees, but they are not protected under Thai labour laws.

This research article studies and analyzes legal measures for protection of Riders in the United States and Spain. Legal principles, concepts and theories related to protection of Riders are also applied accordingly. The study focuses on legal status, earning, working hours, accidents from work, dispute resolution, social security, and right to collective bargaining.

Research result indicates that the most appropriate legal measure for protection of Riders is to legislate new law to establish legal presumption that Riders are employees, platform entrepreneurs are employers, and impose burden of proof on the platform entrepreneurs. As a result, Riders shall be protected under Thai labour laws in particular Labour Protection Act B.E. 2541 (1998), Labour Relations Act B.E. 2518 (1975), Workmen’s Compensation Act B.E. 2537 (1994), and Social Security Act B.E. 2533 (1990), to protect Riders who are also an important part in the society to have good quality of life and decent work which will affect to the growth of economic and sustainable society in the digital economy era of Thailand.

**Keywords:** platform workers, food delivery business, legal measures

## 1. แพลตฟอร์มดิจิทัลในธุรกิจรับส่งอาหาร (Food Delivery)<sup>1</sup>

ภายหลังวิกฤตแฮมเบอร์เกอร์ในช่วงปี ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) ภาคธุรกิจทั่วโลกปรับเปลี่ยนแนวคิดวิธีการในการประกอบธุรกิจและการจ้างงานเพื่อให้ธุรกิจมีความคล่องตัวและสามารถอยู่รอดในการแข่งขัน แนวโน้มการจ้างงานจึงเปลี่ยนจากเดิมที่จ้างพนักงานประจำ (Full-time Work) มาเป็นการจ้างงานเป็นครั้ง ๆ (Gig Work) มากขึ้น กิจกรรมทางเศรษฐกิจซึ่งเกิดจากลักษณะการจ้างงานแบบนี้จึงเรียกว่า เศรษฐกิจกิ๊ก (Gig Economy)

การพัฒนาทางเทคโนโลยีดิจิทัลเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วจึงมีการสร้างแพลตฟอร์มดิจิทัลขึ้นมาใช้ในชีวิตประจำวัน ในช่วงแรกเป็นแพลตฟอร์มเพื่อการสื่อสารและสังคมออนไลน์ เช่น Facebook, Line, Blackberry, WhatsApp ต่อมามีการพัฒนาแพลตฟอร์มเพื่อการซื้อขายสินค้าและบริการ เช่น แพลตฟอร์มจองตั๋วเครื่องบิน แพลตฟอร์มจองโรงแรม แพลตฟอร์มการซื้อขายสินค้าหรือห้างสรรพสินค้าออนไลน์ แพลตฟอร์มเกี่ยวกับการเงินการธนาคาร แพลตฟอร์มเพื่อการศึกษา และแพลตฟอร์มเพื่อการทำงานในธุรกิจต่าง ๆ เช่น แท็กซี่ งานรับส่งอาหาร งานทำความสะอาด เป็นต้น ปัจจุบันมีการซื้อขายสินค้าและบริการผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัลต่าง ๆ จนเป็นเรื่องปกติในสังคม ภาวะเศรษฐกิจที่มีการทำธุรกรรมหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจผ่านทางแพลตฟอร์มดิจิทัลต่าง ๆ จึงเรียกว่า เศรษฐกิจแพลตฟอร์ม (Platform Economy)

แพลตฟอร์มดิจิทัล (Digital Platform) หมายถึง ผู้ประกอบการ (Entrepreneur) ซึ่งให้บริการเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ดิจิทัลโดยทำหน้าที่อำนวยความสะดวกให้เกิดการปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บริการตั้งแต่ 2 ผู้ใช้ขึ้นไปซึ่งเป็นอิสระต่อกัน ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่ใช้บริการผ่านทางอินเทอร์เน็ตซึ่งอาจเป็นการซื้อขายแลกเปลี่ยนด้านแรงงาน สินค้า (อี-คอมเมิร์ซ) หรือซอฟต์แวร์ก็ได้<sup>2</sup>

งานแพลตฟอร์ม (Platform Work) คือ งานที่เข้าถึงหรือได้รับการจัดการโดยแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยจับคู่แรงงานกับลูกค้าผ่านแพลตฟอร์มอินเทอร์เน็ตหรือทางแอปพลิเคชัน ทั้งนี้ งานแพลตฟอร์มเป็นส่วนหนึ่งของงานออนดีมานด์หรืองานตามความต้องการ (On-demand Work) ซึ่งหมายถึงงานในตลาดแรงงานที่มีอยู่ตามอุปสงค์<sup>3</sup> องค์การแรงงานระหว่างประเทศระบุว่าการทำงานผ่านทางแพลตฟอร์มนั้นมีศักยภาพที่จะเป็นกระแสหลักของการทำงานในโลกอนาคต (Future of Work)<sup>4</sup>

<sup>1</sup>ธุรกิจรับส่งอาหาร (Food Delivery) หมายถึง ธุรกิจจัดส่งอาหาร หรือ ธุรกิจขนส่งอาหาร ซึ่งมีลักษณะสำคัญ คือ การรับอาหารจากร้านอาหารและการไปส่งอาหารตามสถานที่ ๆ กำหนดไว้.

<sup>2</sup>International Labour Organization, ILO Flagship Report: The role of digital labour platforms in transforming the world of work (Geneva: International Labour Organization, 2021), p. 33.

<sup>3</sup>The State of Victoria, Report of the Inquiry into the Victorian On-Demand Workforce (Melbourne: Department of Premier and Cabinet, 2020), p. 11.

<sup>4</sup>International Labour Organization, op. cit., p. 75.

แรงงานแพลตฟอร์ม (Platform Worker)<sup>5</sup> หมายถึง ผู้ทำงานผ่านทางแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยได้รับงานจากแพลตฟอร์มที่ทำหน้าที่จ่ายงานเมื่อมีลูกค้าสั่งงานผ่านทางแพลตฟอร์ม แรงงานแพลตฟอร์มอาจเรียกว่าแรงงานกิ๊ก (Gig Worker) หรือแรงงานคลาวด์ (Cloud Worker) ก็ได้<sup>6</sup>

การทำงานในยุคดิจิทัลจึงมีผู้ประกอบการแพลตฟอร์มเข้ามามีบทบาทสำคัญในโลกแห่งการทำงานซึ่งถือว่าเป็นโครงสร้างความสัมพันธ์รูปแบบใหม่ที่แตกต่างกันจากการจ้างแรงงานแบบดั้งเดิมที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องมีเพียงนายจ้างและลูกจ้างเท่านั้น และแตกต่างจากวิธีการจัดการที่ใช้การจ้างเหมาบริการซึ่งเป็นการจ้างทำของ หรือการใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงหรือลูกจ้างซับ (Sub-contract) จากบริษัทรับเหมาค่าแรงต่าง ๆ อีกด้วย ทั้งนี้ องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้แบ่งประเภทของแพลตฟอร์มดิจิทัลเพื่อการทำงาน (Digital Labour Platform) ไว้ 2 ประเภท ได้แก่ แพลตฟอร์มทำงานออนไลน์ทางเว็บไซต์และแพลตฟอร์มทำงานออนไลน์เฉพาะพื้นที่<sup>7</sup>

ประเภทที่หนึ่ง แพลตฟอร์มทำงานออนไลน์ทางเว็บไซต์ (Online Web-based Platforms) ได้รับความนิยมเพราะสามารถลดต้นทุนในการประกอบธุรกิจโดยสามารถจ่ายงานไปสู่แรงงานภายนอก (Outsource) ซึ่งอยู่ทั่วทุกมุมโลก ในขณะที่ยังคงได้รับผลสำเร็จของงานที่รวดเร็วกว่าการ Outsource แบบดั้งเดิม ตัวอย่างแพลตฟอร์มทำงานออนไลน์ทางเว็บไซต์มีหลายประเภท เช่น งานแปลภาษา งานบริการทางการเงิน งานปรึกษากฎหมาย งานสิทธิบัตร งานออกแบบ งานวิเคราะห์ข้อมูล งานกราฟฟิคดีไซน์ งานพัฒนาซอฟต์แวร์ งานตัดต่อวิดีโอ งานเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ งานเกี่ยวกับโปรแกรมมิ่ง งานพัฒนาเว็บไซต์ เป็นต้น<sup>8</sup>

ประเภทที่สอง แพลตฟอร์มทำงานออนไลน์เฉพาะพื้นที่ (Location-based Platforms) เป็นกรณีที่แรงงานจะต้องเข้าไปอยู่ในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งทางกายภาพจึงจะสามารถทำงานได้ เช่น การให้บริการแท็กซี่ งานขนส่ง งานรับส่งอาหาร งานทำความสะอาด เป็นต้น

ลักษณะสำคัญของแพลตฟอร์มดิจิทัลเพื่อการทำงาน มีดังนี้<sup>9</sup>

- 1) มีการนำระบบอัลกอริทึม (Algorithm) มาใช้ในการบริหารจัดการ
- 2) มีการจัดองค์กรธุรกิจที่ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มทำการให้บริการต่าง ๆ โดยไม่จำเป็นต้องลงทุนในอุปกรณ์หรือค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติงาน

<sup>5</sup>คำว่า “แรงงาน (Workers)” หมายถึง ลูกจ้าง ผู้จ้างงานตนเอง ผู้รับจ้างอิสระด้วยตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Standards) ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ.

<sup>6</sup>The State of Victoria, op. cit.

<sup>7</sup>International Labour Organization, op. cit., pp. 73-74.

<sup>8</sup>Ibid.

<sup>9</sup>Ibid.

3) มีการจัดโครงสร้างแรงงานใน 2 รูปแบบ ได้แก่ แรงงานกลุ่มเล็ก ๆ ที่เป็นลูกจ้างโดยตรงของผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม และแรงงานกลุ่มใหญ่ซึ่งทำงานโดยได้รับงานผ่านทางแพลตฟอร์ม

แพลตฟอร์มรับส่งอาหาร คือ แพลตฟอร์มให้บริการจัดส่งอาหารโดยเก็บค่าบริการเมื่อผู้ใช้บริการสั่งอาหารผ่านทางแพลตฟอร์ม เมื่อแพลตฟอร์มได้รับคำสั่งซื้อแล้วจะส่งคำสั่งซื้อไปยังร้านอาหารพร้อมกับจัดหาผู้ขับขี่หรือไรเดอร์เพื่อจัดส่งอาหารให้แก่ผู้ใช้บริการ นอกจากหน้าที่ในการจัดการแล้วแพลตฟอร์มยังทำหน้าที่ประชาสัมพันธ์และจัดโปรโมชั่นส่วนลดค่าอาหารหรือค่าขนส่งเพื่อกระตุ้นการใช้บริการ โดยมีการใช้ระบบแรงจูงใจ (Incentive) แก่ไรเดอร์และร้านอาหาร ทั้งนี้ เพื่อดึงดูดร้านอาหาร ไรเดอร์ และผู้ใช้บริการให้เข้ามาในแพลตฟอร์ม<sup>10</sup>

แพลตฟอร์มในธุรกิจรับส่งอาหารมีรายได้มาจาก 3 ส่วน ดังนี้<sup>11</sup>

1) รายได้ค่าดำเนินการ จากค่า Gross Profit (GP) ซึ่งคิดจากสัดส่วนของค่าอาหารที่สั่งซื้อจากร้านอาหารตั้งแต่ร้อยละ 15-30 ขึ้นอยู่กับแต่ละแพลตฟอร์ม รวมถึงค่าคอมมิชชันอื่น ๆ เช่น ค่าคอมมิชชันที่เรียกเก็บจากไรเดอร์

2) รายได้ค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ โดยเฉพาะจากค่าขนส่งที่คิดตามระยะทาง

3) รายได้อื่น ๆ เช่น ค่าประชาสัมพันธ์ ค่าโฆษณา ค่าการตลาด ค่าสมาชิกรายเดือนเพื่อใช้แลกส่วนลดต่าง ๆ

ศูนย์วิจัย Economic Intelligence Center ของธนาคารไทยพาณิชย์ได้ประเมินมูลค่าตลาดของธุรกิจรับส่งอาหารไว้ที่ 1.05 แสนล้านบาทสำหรับปี พ.ศ. 2564 ซึ่งการแพร่ระบาดของโรคโควิดและโอมิครอนมีส่วนทำให้ตลาดของธุรกิจรับส่งอาหารขยายตัวอย่างรวดเร็ว นอกเหนือจากการให้บริการรับส่งอาหารแล้วแพลตฟอร์มยังจัดให้มีบริการอื่น ๆ เช่น E-Wallet การให้บริการทางการเงิน การให้กู้ยืมเงิน การซื้อสินค้าในซูเปอร์มาร์เก็ต ขนส่งสินค้า แท็กซี่ ท่องเที่ยวและโรงแรม ประกันภัย รวมทั้งแอปพลิเคชันการสื่อสาร เป็นต้น<sup>12</sup>

<sup>10</sup>Economic Intelligence Center, **อินไซด์ธุรกิจ Food delivery: เดินหน้าขยายตลาดพร้อมบริการที่หลากหลาย** [Online], available URL: [https://www.scbeic.com/th/detail/file/product/7906/g3uws-6soy7/EIC\\_Note\\_Food-delivery\\_20211102.pdf](https://www.scbeic.com/th/detail/file/product/7906/g3uws-6soy7/EIC_Note_Food-delivery_20211102.pdf), 2022 (March, 30).

<sup>11</sup>Ibid.

<sup>12</sup>Ibid.

## 2. สถานการณ์ของแรงงานแพลตฟอร์มในธุรกิจรับส่งอาหารในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย ณ ปัจจุบัน ไรเดอร์หรือแรงงานแพลตฟอร์มในธุรกิจรับส่งอาหารยังไม่มีสถานะเป็นลูกจ้างส่งผลให้ไรเดอร์ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานฉบับต่าง ๆ สิทธิแรงงานและสวัสดิการในการทำงานจึงขาดหายไป ทำให้แรงงานแพลตฟอร์มเป็นกลุ่มที่มีความเปราะบางในการทำงาน กล่าวคือ ทำงานโดยปราศจากการคุ้มครองและถูกเอาเปรียบด้วยอำนาจการต่อรองที่ต่ำกว่า ซึ่งถือเป็นการทำงานที่ไม่สอดคล้องกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนในสังคมดังเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ (Sustainable Development Goal: SDG)<sup>13</sup>

แพลตฟอร์มในธุรกิจรับส่งอาหาร (Food Delivery) มีผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหลัก 4 ฝ่าย ได้แก่ ผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม แรงงานแพลตฟอร์ม ร้านอาหาร และลูกค้า การทำงานมีลักษณะผสมผสานทั้งลักษณะที่เป็นการจ้างแรงงานโดยแพลตฟอร์มมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาผ่านทางกฎระเบียบ ข้อบังคับ ระบบการให้คะแนน (Rating) การควบคุมตำแหน่งการทำงานผ่านระบบที่ระบุตำแหน่งการทำงาน (Geolocation) หรือ GPS หากฝ่าฝืนกฎระเบียบการทำงานมีการลงโทษตามความร้ายแรงของการกระทำผิด และลักษณะที่เป็นการจ้างทำของบางส่วนโดยมีความเป็นอิสระในการทำงานที่สามารถเลือกรับงานหรือเลือกช่วงเวลาในการทำงานได้ โดยผู้ประกอบการแพลตฟอร์มใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีดิจิทัลและระบบอัลกอริทึมในการจัดการธุรกิจ อย่างไรก็ตาม ในภาพรวมไรเดอร์มีการทำงานที่มีลักษณะอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาของแพลตฟอร์มและยังต้องพึ่งพิงแพลตฟอร์มอย่างมีนัยสำคัญโดยเฉพาะการพึ่งพิงทางเศรษฐกิจ (Economic Dependence) ด้วยเหตุนี้แรงงานแพลตฟอร์มจึงควรได้รับการคุ้มครองโดยมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม เป็นการทำงานที่มีคุณค่าและเกิดความยั่งยืน

ทั้งนี้ องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้สรุปประเด็นปัญหาเกี่ยวกับแรงงานแพลตฟอร์มไว้ใน ILO Flagship Report 2021 ได้แก่<sup>14</sup> สถานะทางกฎหมาย ค่าตอบแทน จำนวนชั่วโมงการทำงาน การประสบอันตรายจากการทำงาน การระงับข้อพิพาท การประกันสังคม และสิทธิในการรวมกลุ่ม

---

<sup>13</sup>United Nations Sustainable Development Goal (SDG), ข้อ 8 กำหนดเป้าหมายคือ “งานที่มีคุณค่าและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ (Decent Work and Economic Growth)” ซึ่งหมายถึง การพัฒนาที่มุ่งส่งเสริมการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างมีส่วนร่วมและอย่างยั่งยืน ส่งเสริมการจ้างงานประจำอย่างมีศักยภาพและเป็นงานที่มีคุณค่าสำหรับทุกคน.

<sup>14</sup>International Labour Organization, op. cit., p. 33.

### 3. นิติสัมพันธ์เกี่ยวกับการทำงาน

ในการทำงานนั้นสามารถมีนิติสัมพันธ์ได้หลายประเภท เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ สัญญาตัวแทน สัญญานายหน้า ฯลฯ อย่างไรก็ตาม แรงงานบางกลุ่มอาจทำงานโดยไม่มีนิติสัมพันธ์กับบุคคลอื่นก็ได้<sup>15</sup> กล่าวคือ เป็นผู้จ้างงานตนเอง (Self-employed) เช่น หาบเร่แผงลอยที่ไม่มีลูกจ้าง หรือเป็นผู้ประกอบอาชีพอิสระ แต่สิ่งที่สำคัญ คือ การพิจารณาแยกแยะนิติสัมพันธ์ (Legal Relationship) ที่เกิดขึ้น เพราะนิติสัมพันธ์แต่ละประเภทส่งผลถึงสิทธิหน้าที่และการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน

#### 3.1 สัญญาจ้างแรงงาน

สัญญาจ้างแรงงานเป็นรูปแบบดั้งเดิมของการทำงานซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 บัญญัติว่า “อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้” ดังนั้น สัญญาจ้างแรงงานจึงเป็นสัญญาสองฝ่าย ได้แก่ นายจ้างและลูกจ้าง เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่ซึ่งกันและกัน นายจ้างมีหน้าที่จ่ายสินจ้างเพื่อการทำงานของอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ส่วนลูกจ้างมีหน้าที่ทำงานเพื่อตอบแทนให้นายจ้าง สัญญาจ้างแรงงานนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบของนิติกรรมไว้ ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือก็สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้

ลักษณะที่สำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน มีดังนี้<sup>16</sup>

- 1) เป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวลูกจ้าง
- 2) เป็นสัญญาที่นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำการไปในทางการที่จ้าง (Vicarious Liability)

- 3) เป็นสัญญาที่นายจ้างมี “อำนาจควบคุมบังคับบัญชา” ลูกจ้าง

ในการพิจารณาแบ่งแยกสัญญาจ้างแรงงานจากสัญญาประเภทอื่น ๆ นอกเหนือจากลักษณะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 575 แล้วยังมีหลักในการพิจารณาว่านิติสัมพันธ์ใด ๆ จะเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจาก “อำนาจควบคุมบังคับบัญชา” ด้วย กล่าวคือ

<sup>15</sup>แต่อาจมีนิติสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกได้ เช่น การซื้อขายสินค้ากับบุคคลภายนอก เป็นต้น.

<sup>16</sup>ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 40-42.

ในการพิจารณาความเป็นนายจ้างลูกจ้างจะต้องมีลักษณะการทำงานที่นายจ้างมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาเหนือลูกจ้างดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 583<sup>17</sup> กำหนดว่า ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่งเช่นว่านั้นเป็นอาจिनก็ดี นายจ้างสามารถไล่ลูกจ้างออกโดยมีพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือให้สินไหมทดแทนก็ได้

เมื่อเป็นสัญญาจ้างแรงงานลูกจ้างย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้บังคับของกฎหมายแรงงานดังนี้

1) พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กำหนดให้ความคุ้มครองลูกจ้างในประเด็นที่สำคัญและเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standards) เช่น หลักประกันการทำงาน ค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด สิทธิในวันหยุดวันลา การใช้แรงงานหญิง การใช้แรงงานเด็ก การเลิกจ้าง ค่าชดเชย การร้องทุกข์ เป็นต้น

2) พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 กำหนดให้ลูกจ้างมีสิทธิได้รับการเยียวยา (Compensation) โดยได้รับเงินทดแทนจากนายจ้างหรือกองทุนเงินทดแทน เมื่อลูกจ้างประสบอันตราย เจ็บป่วย ตายหรือสูญหายเนื่องจากการทำงานให้นายจ้าง การป้องกันรักษาผลประโยชน์ของนายจ้าง หรือการทำงานตามคำสั่งของนายจ้าง

3) พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 กำหนดให้ลูกจ้างมีสิทธิรวมกลุ่มเพื่อแจ้งข้อเรียกร้องขอเปลี่ยนแปลงสภาพการจ้างได้ หรือจัดตั้งองค์กรแรงงานของลูกจ้าง เช่น สหภาพแรงงาน (Union) โดยบัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนและกระบวนการในการจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง (Collective Bargaining Agreement) โดยมีเจตนารมณ์เพื่อรักษาแรงงานสัมพันธ์ที่ดีระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง

4) พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 กำหนดสิทธิประโยชน์สำหรับลูกจ้างที่เป็นผู้ประกันตน ซึ่งผู้ประกันตนตามมาตรา 33 จะได้รับสิทธิประโยชน์และความคุ้มครองใน 7 กรณี ได้แก่ กรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย กรณีทุพพลภาพ กรณีตาย กรณีคลอดบุตร กรณีสงเคราะห์บุตร กรณีชราภาพ และกรณีว่างงาน รวมถึงการประกันตนตามมาตรา 39 และมาตรา 40 (สำหรับแรงงานนอกระบบ)

5) กฎหมายแรงงานฉบับอื่น ๆ

ทั้งนี้ ในการตีความกฎหมายคุ้มครองแรงงานนั้นให้ตีความไปในทางหรือนัยที่จะ “ให้การคุ้มครองลูกจ้าง และสร้างปทัสถานที่ดีแก่สังคมแรงงาน” ยิ่งกว่าที่จะตีความไปในทางหรือนัยที่จะให้ประโยชน์แก่นายจ้างหรือปัจเจกบุคคล<sup>18</sup>

<sup>17</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6067/2545.

<sup>18</sup> เกษมสันต์ วิจารณ์, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 24 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 22.

### 3.2 สัญญาจ้างทำของ

สัญญาจ้างทำของเป็นนิติสัมพันธ์อีกประเภทหนึ่งของการทำางานซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 587 บัญญัติว่า “อันว่าจ้างทำของนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำางาน” ดังนั้น สัญญาจ้างทำของจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทน ผู้ว่าจ้างต้องการผลสำเร็จของงาน ส่วนผู้รับจ้างต้องการสินจ้างจากผู้ว่าจ้าง อย่างไรก็ตาม ผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาผู้รับจ้างในการทำการงาน สัญญาจ้างทำของนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบของนิติกรรมไว้ ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือก็สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้

ความเป็นอิสระในการทำางาน (Independence) ของผู้รับจ้างทำของ หมายความว่า ผู้รับจ้างไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้างแต่อย่างใด สัญญาจ้างทำของมีวัตถุประสงค์คือ ผู้ว่าจ้างจะได้รับผลสำเร็จของการงานอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น ผู้รับจ้างจึงมีอิสระในการทำางาน ช่วงเวลาที่ใช้ทำางาน ผู้รับจ้างไม่จำเป็นต้องทำตามคำสั่ง ไม่มีหัวหน้างานคอยกำกับดูแล อุปสรรคในการทำางานก็เป็นของผู้รับจ้าง ต้นทุนและความเสี่ยงในการได้กำไรหรือขาดทุนเป็นของผู้รับจ้างแต่เพียงผู้เดียว ไม่มีกฎระเบียบข้อบังคับที่ต้องปฏิบัติตาม ไม่มีการลงโทษเมื่อฝ่าฝืนกฎระเบียบหรือข้อบังคับในการทำางาน ไม่มีการเตือนด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ ผู้รับจ้างมีหน้าที่ทำการงานให้สำเร็จตามขอบเขตของงานและตามกำหนดเวลาที่ตกลงกันไว้เท่านั้น

เมื่อเป็นสัญญาจ้างทำของ ผู้รับจ้างมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ ซึ่งเป็นไปตามหลักนิติกรรมสัญญาและเอกเทศสัญญาว่าด้วย “จ้างทำของ” อย่างไรก็ตาม ผู้รับจ้างทำของไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานฉบับต่าง ๆ

### 3.3 การแบ่งแยกสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของ

ศาสตราจารย์เกษมสันต์ วิจารณ์ ได้อธิบายถึงการพิจารณาว่านิติสัมพันธ์ใดจะเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของไว้ว่า “การพิจารณาว่านิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาใดเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของนั้น ไม่ได้อยู่ที่การเรียกชื่อสัญญาหรือเรียกคู่สัญญา หากอยู่ที่ความเป็นจริงที่คู่สัญญาได้ปฏิบัติต่อกันอันต้องนำสืบพยานให้ข้อเท็จจริงต่อศาล มิใช่ที่เพียงถือตามถ้อยคำที่ระบุไว้ในสัญญาเท่านั้น”<sup>19</sup> นอกจากนี้ ศาสตราจารย์เกษมสันต์ วิจารณ์ ยังได้อธิบายถึง ความแตกต่างระหว่างสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของ ไว้ดังนี้<sup>20</sup>

<sup>19</sup>เกษมสันต์ วิจารณ์, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 29 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 36-37.

<sup>20</sup>เรื่องเดียวกัน.

| สัญญาจ้างแรงงาน                                                                 | สัญญาจ้างทำของ                                                |
|---------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------|
| 1. เรียกคู่สัญญาว่า นายจ้าง-ลูกจ้าง                                             | 1. เรียกคู่สัญญาว่า ผู้ว่าจ้าง-ผู้รับจ้าง                     |
| 2. ลูกจ้างทำงานตลอดไปจนเลิกสัญญา                                                | 2. ผู้รับจ้างทำการงานจนสำเร็จ                                 |
| 3. ถือตามระยะเวลาการทำงาน                                                       | 3. ถือตามผลสำเร็จของงาน                                       |
| 4. จ่ายสินจ้างตามกำหนดเวลาที่ตกลงกัน                                            | 4. จ่ายสินจ้างเมื่อการงานเสร็จ                                |
| 5. นายจ้างมี “อำนาจควบคุมบังคับบัญชา” ลูกจ้าง                                   | 5. ผู้ว่าจ้างไม่มี “อำนาจควบคุมบังคับบัญชา” ผู้รับจ้าง        |
| 6. นายจ้างลงโทษทางวินัยแก่ลูกจ้างได้                                            | 6. ผู้ว่าจ้างไม่อาจลงโทษทางวินัยแก่ผู้รับจ้าง                 |
| 7. ลูกจ้างไม่ต้องจัดหาเครื่องมือในการทำงาน                                      | 7. ผู้รับจ้างต้องจัดหาเครื่องมือในการทำงาน                    |
| 8. ลูกจ้างไม่ต้องส่งมอบงาน                                                      | 8. ผู้รับจ้างต้องส่งมอบงานเมื่อทำเสร็จ                        |
| 9. นายจ้างเป็นคนธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ส่วนลูกจ้างต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น | 9. ผู้ว่าจ้างหรือผู้รับจ้าง เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ |
| 10. นายจ้างและลูกจ้างอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแรงงาน                            | 10. ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแรงงาน |

### 3.4 สัญญาที่หลบเลี่ยงสัญญาจ้างแรงงาน/ การจัดกลุ่มแรงงานที่ผิดประเภท

ต้นทุนด้านแรงงาน (Labour Cost) เป็นสิ่งสำคัญในการประกอบธุรกิจที่ส่งผลถึงความสามารถในการแข่งขัน ผู้ประกอบการหรือนายจ้างบางรายจึงหาวิธีการที่จะหลบเลี่ยงกฎหมายแรงงานเพื่อลดต้นทุนในการประกอบธุรกิจโดยการจัดทำสัญญาที่มุ่งหลบเลี่ยงลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน โดยจัดทำสัญญาให้เป็นสัญญาจ้างประเภทอื่น ๆ ไม่ว่าจะด้วยการใช้ถ้อยคำในข้อสัญญา การระบุโดยชัดแจ้งว่ามีใช่เป็นการจ้างแรงงานในข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งทั้ง ๆ ที่ลักษณะการทำงานที่แท้จริงแล้วเป็นนิติสัมพันธ์แบบจ้างแรงงาน

“สัญญาที่หลบเลี่ยงสัญญาจ้างแรงงาน (Sham Contracting)” จึงหมายถึง การออกแบบนิติสัมพันธ์แบบสัญญาจ้างแรงงานให้เป็นสัญญาประเภทอื่นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะหลบเลี่ยงกฎหมายแรงงาน<sup>21</sup> ในเครือรัฐออสเตรเลียการทำสัญญาที่หลบเลี่ยงสัญญาจ้างแรงงานมีบทบัญญัติห้ามไว้ชัดแจ้งและมีบทกำหนดโทษทางแพ่ง ได้แก่ โทษปรับ 60 Units<sup>22</sup>

<sup>21</sup>Guy Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law* (Oxford: Oxford University Press, 2018), p. 141.

<sup>22</sup>Fair Work Act 2009 (Cth) Division 6 “Sham arrangements,” Section 357-359.

สำหรับในสหรัฐอเมริกาเรียกการทำให้สัญญาที่หลบเลี่ยงสัญญาจ้างแรงงานว่าเป็น “การจัดกลุ่มแรงงานที่ผิดประเภท (Misclassification)”<sup>23</sup> ซึ่งหมายถึง การปฏิบัติที่จัดให้แรงงานเป็นผู้รับจ้างแทนที่จะเป็นลูกจ้างซึ่งทำให้นายจ้างสามารถหลีกเลี่ยงการจ่ายเงินว่างงานหรือภาษีต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับแรงงาน รวมถึงการคุ้มครองแรงงานตามกฎหมายเงินทดแทนและกฎหมายประกันสังคม<sup>24</sup> ทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เท่าเทียมระหว่างธุรกิจที่เข้าแข่งขันในโครงการต่าง ๆ ที่มีการแข่งขันกันสูง บางครั้งอาจเรียกได้ว่าเป็นเศรษฐกิจใต้ดิน (Underground Economy) ทำให้เกิดผลเสียต่อทั้งมลรัฐและรัฐบาลของสหพันธรัฐที่จะขาดรายได้จากภาษีจำนวนหลายล้านเหรียญสหรัฐ ทั้งนี้ แรงงานที่ถูกจัดให้อยู่ในสถานะผู้รับจ้างยังต้องทำงานโดยปราศจากการคุ้มครองทางกฎหมายที่จัดให้แก่ลูกจ้าง อาทิ บทบัญญัติเกี่ยวกับค่าจ้างหรือชั่วโมงการทำงาน เงินทดแทน และสิทธิประโยชน์จากการประกันสังคม<sup>25</sup>

#### 4. การคุ้มครองแรงงานแพลตฟอร์มในธุรกิจรับส่งอาหารตามกฎหมายของต่างประเทศ

##### 4.1 รัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา<sup>26</sup>

###### 4.1.1 กฎหมาย California Assembly Bill 5 (AB5)

ในปี ค.ศ. 2019 (พ.ศ. 2562) รัฐแคลิฟอร์เนียมีการออกกฎหมาย California Assembly Bill 5 (AB5) เพื่อแก้ไขมาตรา 3351 และเพิ่มเติมมาตรา 2750.3 ในประมวลกฎหมายแรงงาน (Labor Code) และมาตรา 606.5 และมาตรา 621 ในประมวลกฎหมายประกันการว่างงาน (Unemployment Insurance Code)

จุดเริ่มต้นของการออกกฎหมาย California Assembly Bill 5 มาจากคำพิพากษาในคดี *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles* (2018) 4 Cal.5th

<sup>23</sup>U.S. Department of Labor, **Misclassification of Employee as Independent Contractor** [Online], available URL: <https://www.dol.gov/agencies/whd/flsa/misclassification>, 2022 (April, 23).

<sup>24</sup>National Conference of State Legislatures (NCSL), **Worker Misclassification** [Online], available URL: <https://www.ncsl.org/research/labor-and-employment/employee-misclassification-resources.aspx>, 2022 (March, 1).

<sup>25</sup>Ibid.

<sup>26</sup>สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศต้นกำเนิดของผู้ประกอบการแพลตฟอร์มหลายบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐแคลิฟอร์เนียเป็นที่ตั้งของภูมิภาคที่จัดว่าเป็นศูนย์กลางของเทคโนโลยีของโลก คือ ซิลิคอนวัลเลย์ (Silicon Valley) ที่มีบริษัทแพลตฟอร์มรวมทั้งบริษัทเทคโนโลยีชั้นนำของโลกตั้งอยู่เป็นจำนวนมาก.

903 (Dynamex) ที่ศาลให้เหตุผลว่าการออกแบบนิติสัมพันธ์ในคดีดังกล่าวมีการจัดให้แรงงานอยู่ในกลุ่มที่ผิดประเภท (Misclassification) กล่าวคือ มีการออกแบบนิติสัมพันธ์ให้การจ้างแรงงานเป็นจ้างทำของ ทำให้เกิดความเสียหายต่อแรงงานที่ถูกจัดให้อยู่ในกลุ่มที่ผิดประเภทที่จะไม่ได้รับสิทธิและการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อนายจ้างอื่น ๆ ที่ต้องแข่งขันกับนายจ้างที่ใช้วิธีจัดกลุ่มแรงงานให้อยู่ในกลุ่มที่ผิดประเภท และเกิดความเสียหายต่อรายได้ของรัฐจากบริษัทที่ใช้วิธีดังกล่าวเพื่อหลีกเลี่ยงการจ่ายภาษี การจ่ายเงินเข้ากองทุนเงินทดแทนและกองทุนประกันสังคม<sup>27</sup> นอกจากนี้ การจัดกลุ่มแรงงานให้อยู่ในนิติสัมพันธ์ที่ผิดประเภทยังเป็นปัจจัยที่ส่งผลเสียต่อชนชั้นกลางและก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำทางด้านรายได้ในสังคมอีกด้วย<sup>28</sup>

ในคดี Dynamex ศาลจึงได้วางหลักที่เป็นบทสันนิษฐานของกฎหมายว่า แรงงานที่ทำงานตามสัญญาจ้างทำของ<sup>29</sup> จะถือเป็น “ลูกจ้าง” เพื่อวัตถุประสงค์ในการได้รับค่าจ้างและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ตามกฎหมายแรงงาน โดยใช้หลัก “ABC Test” ในการพิจารณา ต่อมาหลัก ABC Test จึงได้นำมาบัญญัติอยู่ใน มาตรา 2750.3<sup>30</sup> (a) (1) ของ Labor Code ที่บัญญัติว่า “เพื่อวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายนี้และประมวลกฎหมายประกันการว่างงาน และเพื่อเป็นไปตามคำสั่งเกี่ยวกับค่าจ้างของคณะกรรมการ Industrial Welfare Commission บุคคลซึ่งใช้กำลังแรงงานหรือจัดทำบริการต่าง ๆ เพื่อแลกกับค่าตอบแทนจะถูกสันนิษฐานว่าเป็นลูกจ้าง (Employee) มากกว่าเป็นผู้รับจ้าง (Independent Contractor) เว้นแต่ “บุคคลซึ่งว่าจ้าง” จะสามารถพิสูจน์ได้ถึงเงื่อนไข 3 ประการดังต่อไปนี้

(A) บุคคลซึ่งทำงานมีความเป็นอิสระจากการควบคุมและคำสั่งของบุคคลที่ว่าจ้าง (Hiring Entity) ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติงาน ทั้งภายใต้ข้อสัญญาและการปฏิบัติงานตามความเป็นจริง

(B) บุคคลซึ่งทำงานได้ทำงานที่อยู่นอกเหนือจากธุรกิจหลัก (Usual Course) ของผู้ว่าจ้าง

(C) บุคคลซึ่งงานได้จัดทำการค้า อาชีพ หรือ ธุรกิจในลักษณะเดียวกับงานที่ผู้ว่าจ้างให้ทำ โดยมีความเป็นอิสระและมีลักษณะเฉพาะเจาะจงอยู่ก่อนแล้ว

---

<sup>27</sup>California Assembly Bill 5, Section 1 (b).

<sup>28</sup>California Assembly Bill 5, Section 1 (c).

<sup>29</sup>เพราะแรงงานถูกจัดให้ทำสัญญาจ้างทำของแทนที่สัญญาจ้างแรงงาน.

<sup>30</sup>แก้ไขเพิ่มเติมโดย California Assembly Bill 5, Section 2.

มาตรา 2750.3 ของ Labor Code จึงเป็นบทสันนิษฐานของกฎหมายและกำหนดภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) ให้ตกอยู่กับผู้ว่าจ้าง หากพิสูจน์ไม่ได้ก็จะถือว่าแรงงานดังกล่าวเป็น “ลูกจ้าง” ที่มีสิทธิได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานฉบับต่างๆ ดังนั้น มาตรา 2750.3 จึงส่งผลถึงนิติสัมพันธ์ในสัญญาระหว่างแรงงานแพลตฟอร์มและผู้ประกอบการแพลตฟอร์มในรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นอย่างมากเพราะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าแรงงานแพลตฟอร์มรวมทั้งไรเดอร์ในธุรกิจรับส่งอาหารเป็นลูกจ้างซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน

วันที่ 10 สิงหาคม ค.ศ. 2020 (พ.ศ. 2563) ศาล Superior Court of San Francisco พิพากษาว่าผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม คือ บริษัท Uber และบริษัท Lyft ทำผิดกฎหมาย California Assembly Bill 5 ด้วยการจัดแรงงานให้อยู่ในกลุ่มที่ผิดประเภท วันที่ 22 ตุลาคม ค.ศ. 2020 (พ.ศ. 2563) ศาล California First District Court of Appeal พิพากษายืนและมีคำสั่งให้บริษัท Uber และบริษัท Lyft แก้ไขการจัดแรงงานที่ผิดประเภทดังกล่าวภายใน 30 วัน เว้นแต่กฎหมาย California Proposition 22 ผ่านความเห็นชอบ<sup>31</sup>

#### 4.1.2 กฎหมาย California Proposition 22

หลังจากที่กฎหมาย California Assembly Bill 5 มีผลบังคับใช้ บริษัทแพลตฟอร์มได้โต้ตอบด้วยการรณรงค์ในรัฐแคลิฟอร์เนียและเสนอร่างกฎหมาย California Proposition 22 เพื่อให้ประชาชนในรัฐแคลิฟอร์เนียลงคะแนนโหวต โดยบัญญัติให้แรงงานแพลตฟอร์มในธุรกิจขนส่ง (Delivery) มีสถานะเป็นผู้รับจ้างอิสระ ไม่เป็นลูกจ้างและกฎหมายแรงงานไม่บังคับใช้กับแรงงานแพลตฟอร์มในธุรกิจขนส่งแต่จะได้รับความคุ้มครองในลักษณะเฉพาะ

วันที่ 3 พฤศจิกายน ค.ศ. 2020 (พ.ศ. 2563) ร่างกฎหมาย California Proposition 22 ผ่านความเห็นชอบด้วยคะแนนร้อยละ 58.63 ส่วนคะแนนไม่เห็นชอบร้อยละ 41.37<sup>32</sup> อย่างไรก็ตาม วันที่ 20 สิงหาคม ค.ศ. 2021 (พ.ศ. 2564) ศาล Alameda County Superior Court พิพากษาให้บทบัญญัติจำนวน 2 มาตราในกฎหมาย Proposition 22 ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นผลให้กฎหมาย Proposition 22 ไม่สามารถใช้บังคับได้ทั้งหมด<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup>Ballotpedia, **California Proposition 22, App-Based Driver as Contractors and Labor Policies Initiative (2020)** [Online], available URL: [https://ballotpedia.org/California\\_Proposition\\_22,\\_App-Based\\_Drivers\\_as\\_Contractors\\_and\\_Labor\\_Policies\\_Initiative\\_\(2020\)](https://ballotpedia.org/California_Proposition_22,_App-Based_Drivers_as_Contractors_and_Labor_Policies_Initiative_(2020)), 2022, (April 5).

<sup>32</sup>Ibid.

<sup>33</sup>Ibid.

กฎหมาย California Proposition 22 บัญญัติการคุ้มครองสำหรับแรงงานแพลตฟอร์มในธุรกิจขนส่งไว้เป็นการเฉพาะซึ่งรวมถึงการคุ้มครอง ดังนี้<sup>34</sup>

1) การจ่ายส่วนต่างในรายได้ที่แท้จริงของแรงงานผู้ขนส่งกับรายได้ขั้นต่ำซึ่งคิดจากฐานร้อยละ 120 ของค่าแรงขั้นต่ำของเวลาที่แรงงานผู้ขนส่งใช้ (ไม่รวมทิป) และ 30 cents ที่ปรับตามอัตราเงินเฟ้อหลังจากปี ค.ศ. 2021 (พ.ศ. 2564) เป็นต้นไป ต่อระยะทาง 1 ไมล์ที่วิ่ง

2) จำกัดจำนวนชั่วโมงการทำงานของแรงงานแพลตฟอร์มดิจิทัลในธุรกิจขนส่งไม่ให้เกินวันละ 12 ชั่วโมง เว้นแต่แรงงานผู้ขนส่งได้ออกจากระบบโดยไม่มีการรบกวนเป็นเวลาอย่างน้อย 6 ชั่วโมง

3) แรงงานผู้ขนส่งที่ทำงานเฉลี่ยอย่างน้อย 25 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ในหนึ่งไตรมาส ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มจะจ่ายเงินค่าเบี้ยประกันสุขภาพเป็นจำนวนร้อยละ 82 ของเบี้ยประกันที่ต้องส่งเข้า California Covered (CC) แต่ละเดือน

4) แรงงานผู้ขนส่งที่ทำงานเฉลี่ยอย่างน้อย 15-25 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ในหนึ่งไตรมาส ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มจะจ่ายเงินค่าเบี้ยประกันสุขภาพเป็นจำนวนร้อยละ 41 ของเบี้ยประกันที่ต้องส่งเข้า California Covered (CC) แต่ละเดือน

5) ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มต้องจัดหาประกันอุบัติเหตุในการรักษาพยาบาลวงเงินไม่ต่ำกว่า 1 ล้านเหรียญสหรัฐ และค่าชดเชยการขาดรายได้จากการประสบอันตรายของผู้ขับขี่ระหว่างที่ออนไลน์ แต่ไม่รวมถึงขณะทำกิจกรรมส่วนตัว

6) กำหนดให้มีประกันอุบัติเหตุจากการทำงานซึ่งต้องจ่ายเมื่อพิการเป็นจำนวนร้อยละ 66 ของรายได้เฉลี่ยต่อสัปดาห์ของผู้ขับขี่ในช่วง 4 สัปดาห์ก่อนที่จะประสบอันตราย (ขณะที่ผู้ขับขี่ออนไลน์บนแพลตฟอร์มและไม่ได้ทำกิจกรรมส่วนตัว) เป็นระยะเวลาสูงสุด 104 สัปดาห์ หรือประมาณ 2 ปี

7) กำหนดให้ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มต้องจัดหาหรือจัดให้มีประกันชีวิตเพื่อประโยชน์ของคู่สมรสของผู้ขับขี่ บุตรธิดาหรือผู้อยู่ในปกครอง เมื่อผู้ขับขี่เสียชีวิตขณะใช้งานแอปพลิเคชันแพลตฟอร์มดังกล่าว

นอกจากนี้กฎหมาย California Proposition 22 ยังกำหนดให้ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มต้องจัดให้มีแนวนโยบายในการจัดการที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ การคุกคามทางเพศ หลักสูตรอบรมเกี่ยวกับการขับขี่ การจราจร การหลีกเลี่ยงอุบัติเหตุ การรายงานการคุกคามทางเพศและความประพฤติ นโยบายปราศจากการใช้ยาเสพติดหรือแอลกอฮอล์อย่างเด็ดขาด รวมถึงการตรวจเช็คประวัติการกระทำความผิดอาญาของไรเดอร์ และกำหนดโทษอาญาสำหรับการแจ้งข้อมูลเท็จของไรเดอร์อีกด้วย<sup>35</sup>

<sup>34</sup>Ibid.

<sup>35</sup>Ibid.

#### 4.2 ราชอาณาจักรสเปน<sup>36</sup>

ราชอาณาจักรสเปนถือเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีความก้าวหน้าเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานแพลตฟอร์มในธุรกิจรับส่งอาหารกว่าประเทศอื่นๆ โดยระบบกฎหมายแรงงานในราชอาณาจักรสเปนแบ่งสถานะของแรงงานออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ ลูกจ้าง (Employee) ผู้รับจ้างอิสระ/ผู้จ้างงานตนเอง (Self-employed) และผู้รับจ้างอิสระซึ่งพึ่งพิงทางเศรษฐกิจ (Economically Dependent Self-employed) โดยการแบ่งแยกระหว่างลูกจ้างและผู้รับจ้างอิสระนั้นเป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศอื่น ๆ แต่ประเภท “ผู้รับจ้างอิสระซึ่งพึ่งพิงทางเศรษฐกิจ” เป็นประเภทที่ไม่พบโดยทั่วไป<sup>37</sup>

ผู้รับจ้างอิสระซึ่งพึ่งพิงทางเศรษฐกิจ (TRADES) หมายถึง แรงงานที่ทำงานโดยปกติด้วยตัวเอง และทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อสร้างรายได้แก่ตนหรือโดยวิชาชีพ โดยทำงานด้วยตนเองโดยตรงให้แก่บุคคลหรือองค์กรใดเพียงรายเดียว (ลูกค้า) และมีรายได้อย่างน้อยร้อยละ 75 ที่ขึ้นอยู่กับลูกค้า รายดังกล่าวซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นประเภทที่อยู่ตรงกลางระหว่างลูกจ้างกับผู้รับจ้างอิสระ โดยผู้รับจ้างอิสระซึ่งพึ่งพิงทางเศรษฐกิจมีสิทธิได้รับวันหยุดพักผ่อนประจำปี 15 วันต่อปี สิทธิในการเข้าร่วมสหภาพแรงงานหรือจัดตั้งสมาคมวิชาชีพ และจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างได้<sup>38</sup>

แรงงานที่เป็นลูกจ้างจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานเต็มรูปแบบ แต่ถ้าเป็นผู้รับจ้างอิสระจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยผู้รับจ้างอิสระ/ผู้จ้างงานตนเอง (Self-Employed Workers' Statute) ซึ่งจะได้รับการคุ้มครองบางอย่างและมีสิทธิในการรวมกลุ่มด้วย ส่วนถ้าเป็นผู้รับจ้างอิสระซึ่งพึ่งพิงทางเศรษฐกิจจะได้รับการคุ้มครองที่อยู่ตรงกลางระหว่างลูกจ้างและผู้รับจ้างอิสระ ดังนั้น การคุ้มครองแรงงานแพลตฟอร์มจะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองประเภทผู้รับจ้างอิสระซึ่งพึ่งพิงทางเศรษฐกิจก็ไม่ได้แตกต่างจากการเป็นผู้รับจ้างอิสระอย่างมีนัยสำคัญ<sup>39</sup>

<sup>36</sup>ราชอาณาจักรสเปนเป็นประเทศที่มีจำนวนแรงงานแพลตฟอร์มสูงที่สุดในยุโรปจากการสำรวจข้อมูลใน 16 ประเทศในปี ค.ศ. 2018 (พ.ศ. 2561) โดย COLLEEM II Survey อ้างใน Digital Future Society (2020) (พ.ศ. 2563).

<sup>37</sup>Eurofound, *Exploring self-employment in the European Union* (Luxemburg: Office of the European Union, 2017), p. 40.

<sup>38</sup>Daniel Perez del Prado, *The Legal Framework of Platform Work in Spain: The New Spanish “Riders’ Law”* in *Collective Bargaining and Gig Economy: New Perspectives* [Online], available URL: <https://cllpj.law.illinois.edu/content/dispatches/2021/Dispatch-No.-36.pdf>, 2022 (April, 20).

<sup>39</sup>Ibid.

เมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 2021 (พ.ศ. 2564) ราชอาณาจักรสเปนได้มีการออกกฎหมาย Royal Decree Law 9/2021 หรืออาจเรียกว่า กฎหมายไรเดอร์ (Riders' Law) โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 2021 (พ.ศ. 2564) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารอันเป็นผลมาจากการเจรจาทางสังคม (Social Dialogue)<sup>40</sup> ที่ประสบความสำเร็จระหว่างรัฐบาลสเปนโดยกระทรวงแรงงานและเศรษฐกิจสังคม สหภาพแรงงาน (CCOO, UGT) และสมาคมนายจ้าง (CEOE, CEPYME) โดยมีวัตถุประสงค์หลัก ดังนี้<sup>41</sup>

1) จัดให้มีบทสันนิษฐานสถานะความเป็นลูกจ้างของแรงงานแพลตฟอร์มในธุรกิจขนส่ง (ไม่จำกัดเฉพาะธุรกิจรับส่งอาหาร) และ

2) กำหนดให้ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มมีหน้าที่รายงานเกี่ยวกับการทำงานของระบบอัลกอริทึม หรือสิทธิในความโปร่งใสของระบบอัลกอริทึม (Right to Algorithm Transparency)

กฎหมาย Royal Decree Law 9/2021 (พ.ศ. 2564) มาตรา 2 แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายแรงงาน Workers' Statute มาตรา 23 ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 8.1 กิจกรรมของบุคคลซึ่งจัดทำบริการที่ได้รับค่าตอบแทนเกี่ยวกับการขนส่งหรือกระจายสินค้าเพื่อการบริโภคหรือเพื่อการค้า โดยนายจ้างที่ใช้อำนาจในการบริหารจัดการธุรกิจ การจัดการ และอำนาจควบคุมบังคับบัญชาทั้งโดยตรง โดยอ้อม และโดยปริยาย โดยวิธีการใช้อัลกอริทึมในการจัดการการให้บริการหรือเงื่อนไขในการทำงานผ่านทางแพลตฟอร์มดิจิทัล ได้รับการสันนิษฐานว่าอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้”

กฎหมาย Royal Decree Law 9/2021 (พ.ศ. 2564) มีพัฒนาการมาจากคดี Glovo (ECLI: ES: TS: 2020: 2924) ที่ศาลฎีกาของราชอาณาจักรสเปนได้พิพากษาในวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 2020 (พ.ศ. 2563) ว่าแรงงานแพลตฟอร์มของบริษัท Glovo ที่ทำงานในธุรกิจรับส่งอาหารมีสถานะเป็น “ลูกจ้าง” โดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ในคำพิพากษา ดังนี้<sup>42</sup>

<sup>40</sup>องค์การแรงงานระหว่างประเทศ ให้ความหมายของ “การเจรจาทางสังคม (Social Dialogue)” หมายถึง การเจรจา การปรึกษาหารือหรือการแลกเปลี่ยนข้อมูลทุกรูปแบบระหว่างผู้แทนของรัฐบาล นายจ้าง และลูกจ้าง ในเรื่องที่เป็นผลประโยชน์ร่วมกันและเกี่ยวกับนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคม อย่างไรก็ตาม ความหมายและแนวคิดของการเจรจาทางสังคมมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศและแต่ละภูมิภาค ส่วนหลักการเรื่องเสรีภาพในการสมาคมและสิทธิในการร่วมเจรจาต่อรองซึ่งสำคัญกว่านั้นมีลักษณะเป็นสากลเหมือนกันในทุกประเทศ.

<sup>41</sup>Willem Waeyaert, Karolien Lenaerts, and Dirk Gillis. **SPAIN: the ‘Riders’ Law’, New Regulation on Digital Platform Work** (European Agency for Safety and Health at Work, 2022), p. 3.

<sup>42</sup>Daniel Perez del Prado, op. cit.

- 1) แร่งงานแพลตฟอร์มได้ทำงานภายใต้เครื่องหมายการค้าของ Glovo
- 2) ปัจจัยสำคัญในการประกอบธุรกิจ ไม่ใช่โทรศัพท์มือถือของแรงงานหรือรถจักรยานยนต์ แต่เป็นตัวแพลตฟอร์มที่ใช้
- 3) ระบบการให้คะแนน (Rating) ถือเป็นการสวดส่องและควบคุมกำลังแรงงานแพลตฟอร์มทั้งหมด จึงถือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเลือกงานในส่วนที่เกี่ยวกับกำหนดการทำงาน/แนวทางในการทำงาน
- 4) Glovo ไม่ได้ประกอบกิจการเพียงแค่คนกลาง (Intermediary) แต่เป็นบริษัทที่ประกอบกิจการขนส่ง
- 5) Glovo เป็นผู้ตัดสินใจทั้งหมดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ
- 6) ราคา วิธีการจ่ายเงิน และค่าตอบแทน ถูกกำหนดไว้ชัดเจนโดยอำนาจของ Glovo แต่เพียงผู้เดียว
- 7) แร่งงานแพลตฟอร์มไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการเจรจาใด ๆ ระหว่าง Glovo และบริษัทอื่น ๆ ที่จัดส่งสินค้า ทั้งยังไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในความสัมพันธ์ระหว่าง Glovo และลูกค้าที่สั่งซื้อสินค้า
- 8) แร่งงานแพลตฟอร์มถูกควบคุมโดยระบบที่ระบุตำแหน่งการทำงาน (Geolocation) และ แร่งงานแพลตฟอร์มต้องทำตามคำสั่งที่ชัดเจน (Instructions)<sup>43</sup>

ผลที่เกิดขึ้นเมื่อไรเดอร์ในราชอาณาจักรสเปนมีสถานะเป็นลูกจ้างตามกฎหมาย Royal DecreeLaw 9/2021 (พ.ศ. 2564) นอกเหนือจะทำให้ไรเดอร์มีสิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายแรงงานแล้วยังรวมถึงกฎหมายความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงานตาม Law No. 31/1995 (พ.ศ. 2538) ด้วยซึ่งผู้ประกอบการแพลตฟอร์มมีหน้าที่ต้องจัดทำประเมินความเสี่ยง มาตรการป้องกันการปรึกษาและให้ความรู้แก่แรงงานแพลตฟอร์มเกี่ยวกับความปลอดภัยในการทำงาน

นอกเหนือจากบทบัญญัติที่สันนิษฐานให้ไรเดอร์เป็นลูกจ้างแล้ว กฎหมาย Royal Decree Law 9/2021 (พ.ศ. 2564) ยังได้บัญญัติให้ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มมีหน้าที่รายงานเกี่ยวกับระบบอัลกอริทึมที่นำมาใช้โดยมาตรา 1 ได้บัญญัติเพิ่มเติมมาตรา 64.4 (d) ของกฎหมาย Workers' Statute Law ดังนี้

“สภาการลูกจ้าง (Works Council) ของแต่ละบริษัทแพลตฟอร์มมีสิทธิในการได้รับข้อมูลจากบริษัทฯ เกี่ยวกับพารามิเตอร์ กฎระเบียบ และคำสั่งต่าง ๆ อัลกอริทึมหรือระบบปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence) ที่ส่งผลต่อการตัดสินใจที่อาจมีผลกระทบต่อเงื่อนไขในการทำงาน การเข้าถึงงาน และการได้รับงาน รวมทั้งข้อมูลโปรไฟล์ต่างๆ”

<sup>43</sup>Ibid.

กล่าวอีกนัยหนึ่งว่ากฎหมาย Royal Decree Law 9/2021 (พ.ศ. 2564) เป็นการเปิดเผยกล่องดำของระบบอัลกอริทึมซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวยังใช้บังคับไปถึงงานแพลตฟอร์มทุกประเภทโดยมิได้จำกัดเฉพาะธุรกิจรับส่งอาหารเท่านั้น<sup>44</sup>

## 5. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานแพลตฟอร์มในธุรกิจรับส่งอาหาร

ด้วยลักษณะการประกอบธุรกิจรับส่งอาหารทางแพลตฟอร์มดิจิทัลนั้นมีลักษณะการทำงานที่ทับซ้อน (Overlap) กล่าวคือ การทำงานของไรเดอร์บางส่วนเข้าลักษณะของการจ้างแรงงาน และบางส่วนเข้าลักษณะของการจ้างทำของ มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการคุ้มครองแรงงานแพลตฟอร์มโดยเฉพาะสถานะทางกฎหมายยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ทางวิชาการประกอบกับการที่ธุรกิจแพลตฟอร์มมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาตามพัฒนาการของเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองไรเดอร์ดังต่อไปนี้จึงเป็นเพียงความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเท่านั้น

### 5.1 สถานะทางกฎหมายของไรเดอร์

ประเด็นที่นำมาวิเคราะห์เป็นประการแรก ได้แก่ สถานะทางกฎหมายของไรเดอร์เพราะเป็นประเด็นที่สำคัญที่สุด เนื่องจากในปัจจุบันไรเดอร์ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานโดยเฉพาะอย่างยิ่งในฉบับที่ให้ความคุ้มครองในสาระสำคัญ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 และพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 33 เป็นต้น เนื่องจากผู้ประกอบการแพลตฟอร์มอ้างว่านิติสัมพันธ์และลักษณะการทำงานของไรเดอร์มีइनนิติสัมพันธ์แบบจ้างแรงงาน ไรเดอร์จึงไม่มีสถานะเป็นลูกจ้างและไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานดังกล่าว

สถานะที่แท้จริงของไรเดอร์คืออะไร นิติสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มและไรเดอร์เป็นนิติกรรมประเภทใด ลักษณะการทำงานที่แท้จริงของไรเดอร์เป็นอย่างไร ไรเดอร์เป็นลูกจ้างของแพลตฟอร์มหรือไม่ ไรเดอร์เป็นผู้รับจ้างอิสระหรือไม่ ไรเดอร์เป็นหุ้นส่วนหรือไม่ คำถามเหล่านี้มีความสำคัญต่อมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการคุ้มครองไรเดอร์ว่าควรเป็นเช่นไร

ก่อนที่จะพิจารณาสถานะทางกฎหมายของไรเดอร์ จำต้องพิจารณาประเด็นสำคัญ 2 ประการ

- 1) ความเปราะบางในการทำงานของไรเดอร์
- 2) เจตนารมณ์ของกฎหมายแรงงาน

---

<sup>44</sup>Willem Waeyaert, Karolien Lenaerts, and Dirk Gillis, op. cit., p. 7.

ประการที่หนึ่ง เหตุที่กฎหมายแรงงานคุ้มครองเฉพาะลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน แต่กฎหมายแรงงานไม่คุ้มครองผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของในทางทฤษฎีนั้นพิจารณาจาก “ความเปราะบาง (Vulnerabilities)” ของลูกจ้างที่มาจากการอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชา (Subordination) และการพึ่งพิง (Dependency) ที่ลูกจ้างมีต่อนายจ้างในนิติสัมพันธ์การจ้างแรงงาน ประกอบกับความล้มเหลวของตลาด (Systematic Market Failures) และอำนาจการต่อรองที่ไม่เท่าเทียม (Inequalities of Bargaining Power)<sup>45</sup> ความเปราะบางเป็นเหตุให้ลูกจ้างถูกเอาเปรียบจากนายจ้าง และเป็นเหตุให้จำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายแรงงาน เช่น ค่าจ้าง การจำกัดจำนวนชั่วโมงการทำงาน การทำงานล่วงเวลา สภาพแวดล้อมการทำงาน<sup>46</sup> การใช้แรงงานเด็ก<sup>47</sup> เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ประเด็นเหล่านี้จึงได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายแรงงานฉบับต่าง ๆ ดังเช่นในปัจจุบัน

ความเปราะบางจากการอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาจึงเป็นเหตุผลที่ทำให้กฎหมายแรงงานให้ความคุ้มครองเฉพาะลูกจ้างแต่ไม่คุ้มครองผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของ เพราะผู้รับจ้างทำงานที่รับจ้างโดยไม่อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชา กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้รับจ้างมีความเป็นอิสระในการทำงานโดยแท้ เช่น การที่ผู้รับจ้างไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือข้อบังคับในการทำงาน เป็นต้น ผู้รับจ้างจึงไม่มีความเปราะบางอย่างดั่งเช่นลูกจ้าง ผู้รับจ้างมีอำนาจในการตัดสินใจด้วยตนเองในการทำการงานต่าง ๆ

เมื่อพิจารณาลักษณะการทำงานของไรเดอร์จัดว่าเป็นกลุ่มที่มีความเปราะบางในการทำงานเช่นเดียวกับลูกจ้าง เพราะมีลักษณะการทำงานที่อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาและการพึ่งพิงแพลตฟอร์มประกอบกับอำนาจการต่อรองที่ไม่เท่าเทียมเช่นเดียวกัน

ความไม่เท่าเทียมกันของอำนาจการต่อรองอาจแบ่งได้เป็น 2 ระดับ ระดับแรก คือ อำนาจในการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาจ้างแรงงานหรือเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาจ้างแรงงาน ระดับที่สองคือ อำนาจควบคุมบังคับบัญชา (Control/Subordination) อันเป็นส่วนที่แยกออกจากความสัมพันธ์แบบจ้างแรงงานไม่ได้<sup>48</sup>

Adam Smith อธิบายว่าความไม่เท่าเทียมกันของอำนาจการต่อรองในตลาดแรงงานมาจากการที่โดยทั่วไปแรงงานมีความจำเป็นต้องหางานให้ได้ทันทีเพื่อที่จะมีรายได้ ในขณะที่นายจ้างสามารถชะลอการจ้างแรงงานจนกว่าราคา (ค่าจ้าง) จะอยู่ในระดับที่เหมาะสมในมุมมองของนายจ้าง

<sup>45</sup>Guy Davidov, op. cit., pp. 34-54.

<sup>46</sup>พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554.

<sup>47</sup>พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 หมวด 4 การใช้แรงงานเด็ก.

<sup>48</sup>Guy Davidov, op. cit., p. 52.

ซึ่งนายจ้างมีความเสี่ยงเพียงแค่อาจได้กำไรลดลงเท่านั้น<sup>49</sup> ต่างจากลูกจ้างซึ่งหากไม่ได้งานอาจจะไม่มีรายได้เพียงพอในการดำรงชีพในแต่ละวัน ลูกจ้างหรือแรงงานจึงมีความจำเป็นต้องทำงานเพื่อความอยู่รอดและมีแนวโน้มที่จะตกลงทำงานแม้ว่าสภาพการจ้างหรือเงื่อนไขการทำงานจะไม่เป็นธรรมก็ตาม

นอกจากนี้ นายจ้างมีอำนาจการต่อรองที่สูงกว่าเพราะสามารถยื่นข้อเสนอในรูปแบบ “Take it or leave it” กล่าวคือ ถ้าลูกจ้างไม่ตกลงตามเงื่อนไขที่นายจ้างกำหนดก็ไม่ทำสัญญาจ้างด้วยโดยเด็ดขาด (ซึ่งนายจ้างสามารถกระทำได้เพราะมีสถานะทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่า) ซึ่งนอกเหนือจากการต่อรองเกี่ยวกับค่าจ้าง เงื่อนไขในสัญญาจ้างแรงงานต่าง ๆ ส่วนใหญ่ถูกกำหนดโดยนายจ้างโดยการใช้สัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) ซึ่งไม่ต้องสงสัยว่านายจ้างใช้โอกาสดังกล่าวในการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของตนโดยนายจ้างมีทนายความด้านแรงงานที่ได้รับค่าตอบแทนเป็นผู้ช่วยในการร่างสัญญาเหล่านั้น<sup>50</sup>

ประการที่สอง เจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายแรงงาน คือ การรักษาและคงไว้ซึ่งหลักการที่เป็นคุณค่า ได้แก่ หลักสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Rights/Human Dignity) หลักความมีส่วนร่วมในสังคม/ความเป็นพลเมือง (Social Inclusion/Citizenship) หลักเสรีภาพและความมั่นคง (Stability/Security) หลักความมีประสิทธิภาพ (Efficiency) หลักเสรีภาพของมนุษย์และความสามารถ (Human Freedom and Capabilities) หลักการกระจายรายได้ (Redistribution) หลักการปลดปล่อยและความยุติธรรมทางสังคม (Emancipation/Social Equality) และหลักประชาธิปไตย (Democracy) (ผ่านสิทธิในการรวมกลุ่มตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์)<sup>51</sup> เจตนารมณ์ของกฎหมายแรงงานยังแบ่งเป็นเจตนารมณ์เฉพาะเรื่องได้อีก อาทิ เจตนารมณ์ของบทบัญญัติค่าจ้างขั้นต่ำย่อมแตกต่างกับเจตนารมณ์ในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการรวมกลุ่ม (Collective Bargaining)<sup>52</sup> ดังนั้นในทางทฤษฎีนั้นการบัญญัติกฎหมาย การตีความ และการบังคับใช้กฎหมายแรงงานจึงต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ดังกล่าวด้วย

เจตนารมณ์เหล่านี้ได้พัฒนามาเป็นหลักการการทำงานที่มีคุณค่า อันเป็นแนวทางการพัฒนาแรงงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฉบับต่าง ๆ โดยปฎิญา

---

<sup>49</sup>Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*, 1970 ed. (Harmondsworth: Penguin, 1776), p. 169.

<sup>50</sup>Hugh Collins, *Employment Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 7.

<sup>51</sup>Guy Davidov, op.cit., pp. 55-68.

<sup>52</sup>Guy Davidov, op.cit., p. 23.

ว่าด้วยความยุติธรรมทางสังคมเพื่อโลกาภิวัตน์ที่เป็นธรรม (Declaration on Social Justice for Fair Globalization) ข้อ 1A วางแนวทางการพัฒนาในยุคโลกาภิวัตน์ซึ่งจะทำให้เกิด “งานที่มีคุณค่า (Decent Work)” ไว้ 4 ประการ ดังนี้<sup>53</sup>

- 1) ส่งเสริมการจ้างงานโดยการสร้างสิ่งแวดล้อมทางเศรษฐกิจซึ่งมีลักษณะถาวรมั่นคง
- 2) พัฒนาและยกระดับมาตรการของการคุ้มครองทางสังคม ได้แก่ การประกันสังคม และการคุ้มครองแรงงานที่มีความยั่งยืนและสอดคล้องกับบริบทของแต่ละประเทศ
- 3) การส่งเสริมการเจรจาทางสังคม (Social Dialogue) และระบบไตรภาคี (Tripartism) ในฐานะที่เป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุด
- 4) ให้การยอมรับ การส่งเสริม และตระหนักถึงหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน (Fundamental Principles and Rights at Work)

เป้าหมายเชิงกลยุทธ์ทั้ง 4 ประการข้างต้นไม่สามารถแยกจากกันได้ แต่มีความเชื่อมโยงและสนับสนุนซึ่งกันและกัน ความล้มเหลวในข้อใดข้อหนึ่งใน 4 ประการดังกล่าวจะทำให้เกิดความเสียหายในกระบวนการของข้ออื่น ๆ<sup>54</sup> นอกจากนี้ แนวคิดงานที่มีคุณค่ายังได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในเป้าหมายที่ 8 ของเป้าหมายแห่งการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ (Goal 8, the Sustainable Development Goals: SDG) อีกด้วย

ประเด็นที่สำคัญ คือ ไรเดอร์เป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานหรือเป็นผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของ จำเป็นต้องพิจารณาจากลักษณะการทำงานของไรเดอร์เปรียบเทียบกับลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานดังนี้

<sup>53</sup>International Labour Organization, *Declaration on Social Justice for Fair Globalization* (Geneva: International Labour Office, 2008), pp. 9-11.

<sup>54</sup>Ibid.

| ลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน <sup>55</sup>                                             | นิติสัมพันธ์ / ลักษณะการทำงาน<br>ระหว่างผู้ประกอบการแพลตฟอร์มและไรเดอร์                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. เรียกคู่สัญญาว่า นายจ้าง-ลูกจ้าง                                                | เรียกไรเดอร์ว่า พาร์ทเนอร์ / หุ่นส่วน / คนขับ / พนักงาน                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| 2. ลูกจ้างทำงานตลอดไปจนเลิกสัญญา                                                   | ไม่มีข้อกำหนดให้ไรเดอร์ต้องทำงานไปตลอดสัญญา<br>ไรเดอร์ทำงานเมื่อตนประสงค์จะรับงาน                                                                                                                                                                                                                                                               |
| 3. ถือตามระยะเวลาการทำงาน                                                          | ไม่มีการกำหนดระยะเวลาทำงาน                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| 4. จ่ายสินจ้างตามกำหนดเวลาที่ตกลงกัน                                               | จ่ายค่าตอบแทนรายวัน / รายชิ้นงาน (ตามผลงานที่ทำได้)                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 5. นายจ้างมี “อำนาจควบคุมบังคับบัญชา”<br>ลูกจ้าง                                   | แพลตฟอร์มสามารถควบคุมไรเดอร์ผ่านทางกฎ ระเบียบ<br>ข้อบังคับ การแต่งกายและวิธีปฏิบัติงานโดยละเอียด ผ่าน<br>การจัดการโดยระบบอัลกอริทึม การใช้ระบบการประเมิน<br>คะแนน (Rating) และคะแนนจะส่งผลถึงความสามารถใน<br>การรับงานครั้งต่อไปหรืองานที่มีมูลค่าสูงขึ้น การใช้ระบบ<br>จูงใจ (Incentive) และการให้สิทธิประโยชน์เมื่อรับงานถึง<br>จำนวนที่กำหนด |
| 6. นายจ้างลงโทษทางวินัยแก่ลูกจ้างได้                                               | แพลตฟอร์มสามารถลงโทษทางวินัยแก่ไรเดอร์ได้ด้วย<br>การตัดคะแนน การเตือน การปิดระบบชั่วคราว การปิด<br>ระบบถาวร การตัดสิทธิไม่ให้สมัครเป็นไรเดอร์อีก เป็นต้น                                                                                                                                                                                        |
| 7. ลูกจ้างไม่ต้องจัดหาเครื่องมือในการทำงาน                                         | ไรเดอร์จัดหาและออกค่าใช้จ่ายในอุปกรณ์ในการทำงานเอง<br>เช่น รถจักรยานยนต์ รถยนต์ โทรศัพท์มือถือ น้ำมัน<br>ค่าอินเทอร์เน็ต                                                                                                                                                                                                                        |
| 8. ลูกจ้างไม่ต้องส่งมอบงาน                                                         | เมื่องานแล้วเสร็จงานหนึ่งๆ ไรเดอร์ต้องกดจบงาน                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 9. นายจ้างเป็นคนธรรมดาหรือนิติบุคคล<br>ก็ได้ส่วนลูกจ้างต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น | แพลตฟอร์มเป็นนิติบุคคล ส่วนไรเดอร์เป็นบุคคลธรรมดา<br>เท่านั้น                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 10. นายจ้างและลูกจ้างอยู่ภายใต้บังคับ<br>ของกฎหมายแรงงาน                           | ณ ปัจจุบัน สถานะของแพลตฟอร์มและไรเดอร์ไม่อยู่ภาย<br>ใต้บังคับของกฎหมายแรงงาน                                                                                                                                                                                                                                                                    |

<sup>55</sup>เกษมสันต์ วิลาวรรณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 36-37.

การทำงานของไรเดอร์ที่เข้าลักษณะสัญญาจ้างแรงงาน ได้แก่ การที่แพลตฟอร์มมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาไรเดอร์ผ่านทางแพลตฟอร์มด้วยกฎระเบียบ การแต่งกาย ข้อบังคับในการจัดส่งอาหาร มีการประเมินคะแนนซึ่งส่งผลถึงความสามารถในการรับงานครั้งต่อไปหรืองานที่มีมูลค่าสูงขึ้น และมีการลงโทษเมื่อทำผิดกฎระเบียบแสดงให้เห็นถึงลักษณะของอำนาจควบคุมบังคับบัญชาทางตรง

อำนาจควบคุมบังคับบัญชายังรวมถึงการที่แพลตฟอร์มสามารถเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการทำงานได้ตลอดเวลาโดยไรเดอร์ไม่มีสิทธิต่อรองแต่ประการใด แต่ไรเดอร์จำเป็นต้องยอมรับเงื่อนไขการทำงานเหล่านั้นด้วยอำนาจการต่อรองที่ไม่เท่าเทียมและสภาวะทางเศรษฐกิจที่ต่ำกว่า ไรเดอร์จำเป็นต้องพึ่งพิงแพลตฟอร์มดังกล่าวเป็นแหล่งที่มาของรายได้ หากไรเดอร์ไม่ยอมรับเงื่อนไขก็จะไม่สามารถรับงานต่อได้และไม่มีรายได้หรืออาจเรียกว่าเป็นภาวะการพึ่งพิงทางเศรษฐกิจ (Economic Dependence)<sup>56</sup> รวมถึงการที่ไรเดอร์ได้ลงทุนในอุปกรณ์หรือใช้สิทธิประโยชน์ที่แพลตฟอร์มเสนอให้ ซึ่งเสมือนเป็นการผูกมัดไรเดอร์ไปในตัว<sup>57</sup> ดังนั้น ไรเดอร์จึงอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาด้วยการพึ่งพิงทางเศรษฐกิจด้วย ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการควบคุมบังคับบัญชาทางอ้อมหรือโดยปริยาย (Implied Command and Control) ก็ได้

ตัวอย่างลักษณะการทำงานที่แสดงถึงการอยู่ใต้การควบคุมหรือคำสั่งของแพลตฟอร์ม

| ลักษณะการทำงานที่แสดงถึงการอยู่ใต้การควบคุมหรือคำสั่งของผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม              | บทลงโทษ                                  |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------|
| 1. ไม่สวมเสื้อของบริษัทแพลตฟอร์ม                                                           | ปิดระบบชั่วคราว 7 วัน และหัก 3 คะแนน     |
| 2. แต่งกายไม่ถูกระเบียบในขณะปฏิบัติงาน เช่น สวมรองเท้าแตะ หรือใส่กางเกงขาสั้นหรือขาสามส่วน | ปิดระบบชั่วคราว 7 วัน และหัก 3 คะแนน     |
| 3. ไม่ใช้กระเป๋าสำหรับจัดส่งอาหารในขณะปฏิบัติงาน                                           | ปิดระบบชั่วคราวไม่มีกำหนด และหัก 3 คะแนน |
| 4. ลูกค้านัดต่อไรเดอร์ไม่ได้ ภายใน 15 นาที นับจากเวลาที่ลูกค้านัดต่อครั้งแรก               | ปิดระบบชั่วคราวไม่มีกำหนด                |
| 5. ไม่ปฏิบัติตามการบริการแบบ 3 ท. ขณะปฏิบัติงาน (ทักทาย ทบทวน แห้งกวี)                     | ตัดเตือนให้ทราบและหัก 1 คะแนน            |

<sup>56</sup>เช่น หากไรเดอร์ไม่ยอมรับงานจะกระทบต่อการดำรงชีพตนเองและครอบครัวในแต่ละวัน.

<sup>57</sup>เช่น การกู้ยืมเงินหรือการได้รับสินเชื่อกจากแพลตฟอร์ม อันเป็นวิธีหนึ่งในการรักษาไรเดอร์ให้ทำงานอยู่กับแพลตฟอร์มในระยะยาว.

| ลักษณะการทำงานที่แสดงถึงการอยู่ใต้การควบคุมหรือคำสั่งของผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม            | บทลงโทษ                                                                                                       |
|------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 6. ใช้กิริยาวาจาไม่สุภาพ ละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของลูกค้า ร้านค้า เจ้าหน้าที่บริษัท | ปิดระบบชั่วคราว 7 วันและหัก 3 คะแนน                                                                           |
| 7. ปฏิเสธการแก้ไขงานให้ลูกค้า กรณีงานต้องมีการแก้ไข                                      | หัก 3 คะแนน ไม่ได้รับค่าจัดส่งอาหารและปิดระบบชั่วคราว 3 วัน                                                   |
| 8. กดรับงานแล้วแต่ไม่ไปรับอาหาร เครื่องดื่ม หรือสินค้า และไม่ทำการจัดส่งให้ลูกค้า        | ปิดระบบชั่วคราว 7 วันและหัก 3 คะแนน                                                                           |
| 9. ขับซีร็ดผิดกฎจราจร ย้อนศร ฝ่าฝืนสัญญาณ                                                | ปิดระบบชั่วคราว 3 วันและหัก 3 คะแนน                                                                           |
| 10. กรณีอื่น ๆ หรือ กรณีมีการกระทำผิดซ้ำจะมีการเพิ่มโทษที่รุนแรงขึ้น                     | ปิดระบบชั่วคราว /หักคะแนน /ระงับการจ่ายค่าตอบแทน /ปิดระบบถาวร /ปิดระบบถาวรและตัดสิทธิในการสมัครเป็นไรเดอร์อีก |

ที่มา: ข้อกำหนดเงื่อนไขและข้อบังคับในการเป็นคนขับโรบินฮูด (บังคับใช้ตั้งแต่ 1 มีนาคม 2565 เป็นต้นไป)<sup>58</sup>

ข้อบังคับเหล่านี้เป็นเพียงบางส่วนที่ยกมาเท่านั้น แต่เป็นข้อบังคับที่ชัดเจนว่าในการจัดส่งอาหารนั้น ไม่ใช่ไรเดอร์จะจัดส่งอาหารอย่างไรก็ได้ แต่การทำงานของไรเดอร์อยู่ภายใต้ข้อบังคับกฎระเบียบในการจัดส่งอาหารที่ส่งผลถึงมาตรฐานการทำงานที่ดี การทำงานของไรเดอร์คือการบริการในนามของผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม ซึ่งส่งผลถึงภาพลักษณ์และความประทับใจของลูกค้าในการใช้บริการแพลตฟอร์ม และเป็นเหตุโดยตรงต่อจำนวนลูกค้าที่ใช้บริการให้มากขึ้นหรือน้อยลงได้ เมื่อการทำงานของไรเดอร์อยู่ภายใต้กฎระเบียบในการทำงานซึ่งรวมถึงคำสั่งของลูกค้าที่ไรเดอร์ต้องปฏิบัติตามภายใต้กฎระเบียบของแพลตฟอร์มที่กำกับควบคุมไว้อีกชั้นหนึ่ง ดังนั้น นอกเหนือจากอำนาจการต่อรองที่ไม่เท่าเทียมและภาวะพึ่งพิงทางเศรษฐกิจต่อแพลตฟอร์ม การทำงานของไรเดอร์จึงถือว่าอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาของแพลตฟอร์มด้วย

<sup>58</sup>Robinhood, ข้อกำหนดเงื่อนไขและข้อบังคับในการเป็นคนขับโรบินฮูด [Online], available URL: <https://www.robinhood.in.th/rider/rider-condition>, 2022 (April, 20).

โดยทั่วไปธุรกิจการขนส่งอาจเป็นการจ้างแรงงานหรือการจ้างทำของก็ได้ แต่ในการพิจารณา ศาลจะใช้หลักอำนาจควบคุมบังคับบัญชาอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างแรงงานเป็นหลักในการแบ่งแยก โดยอาจพิจารณาได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13825/2555 ประกอบดังนี้

“โจทก์ผู้รับจ้างต้องมีบรรพทุกสินค้าของตนเอง จำเลยผู้ว่าจ้างจะจ่ายค่าจ้างให้เฉพาะวันที่ได้ปฏิบัติงานส่งสินค้าให้จำเลยเท่านั้น วันที่ไม่ได้ปฏิบัติงานจะไม่มีสิทธิได้รับค่าจ้าง การจ้างงานขนส่งสินค้าเช่นนี้จึงมีลักษณะบ่งบอกถึงจำเลยมุ่งผลสำเร็จของงาน คือให้มีการขนส่งสินค้าไปให้ลูกค้าตามช่วงเวลานั้นจนสำเร็จเสร็จสิ้นไปเป็นสำคัญ หาได้มุ่งถึงแรงงานที่จำเลยจะได้รับจากการขับรถของโจทก์ไม่ นอกจากนี้ยังปรากฏว่าในการทำงานนั้นโจทก์จะมาทำงานในวันใดก็ได้ตามความสมัครใจ แสดงว่าจำเลยไม่มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาโจทก์ว่าโจทก์ต้องมาทำงานวันใดหรือเวลาใด ไม่มีข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานว่าโจทก์ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของจำเลยและหากโจทก์ฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตามจำเลยมีสิทธิลงโทษทางวินัยแก่โจทก์ได้ ซึ่งอำนาจควบคุมบังคับบัญชาเป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน นิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยจึงมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของหาใช่สัญญาจ้างแรงงานไม่”

หากเป็นการจ้างทำของไรเดอร์ย่อมมีอิสระที่จะจัดส่งอาหารอย่างไรก็ได้ ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13825/2555 เพียงแต่คำนึงถึงผลสำเร็จของงาน คือ การที่อาหารถูกจัดส่งถึงลูกค้าเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะจากลักษณะการทำงานของไรเดอร์ต้องทำงานภายใต้ข้อบังคับการทำงาน กฎและระเบียบการทำงานที่กำหนดไว้โดยละเอียด เรียกว่าอยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาดังที่กล่าวมาแล้ว และหากฝ่าฝืนผู้ประกอบการแพลตฟอร์มมีสิทธิลงโทษทางวินัยแก่ไรเดอร์ได้ ลักษณะการทำงานของไรเดอร์จึงแตกต่างจากข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13825/2555 ตรงที่แพลตฟอร์มมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาผ่านกฎระเบียบและมีการลงโทษทางวินัยต่อไรเดอร์ได้

ประเด็นที่สำคัญอีกประเด็นหนึ่งคือ ความเป็นอิสระในการทำงาน การที่ไรเดอร์สามารถเลือกเวลาทำงานได้ ไม่ต้องมาทำงานทุกวัน จะถือว่าไรเดอร์มีอิสระในการทำงานได้หรือไม่ อาจพิจารณาได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6067/2545 ประกอบดังนี้

“การพิจารณาว่าโจทก์และจำเลยเป็นลูกจ้างและนายจ้างหรือไม่นั้น นอกจากจะพิจารณาว่าโจทก์และจำเลยมีความสัมพันธ์กันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 575 และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5 แล้ว ยังต้องปรากฏว่าโจทก์อยู่ในอำนาจควบคุมบังคับบัญชา โดยต้องปฏิบัติตามคำสั่ง ระเบียบ และข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานของจำเลยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 583 และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 119 ด้วยคดีนี้

โจทก์รับจ้างจำเลยทำงานตำแหน่งมัคคุเทศก์อิสระ อัตราค่าจ้างขึ้นกับการทำงานแต่ละครั้งโดยนำนักท่องเที่ยวไปตามตารางทัวร์ที่กำหนดไว้ หากไม่มาทำงานก็จะไม่ได้ค่าจ้าง กำหนดวันทำงานไม่แน่นอน ไม่มีการกำหนดวันหยุด วันลาและสวัสดิการสำหรับโจทก์ แสดงว่าโจทก์มีอิสระในการทำงานกับจำเลย ไม่อยู่ในอำนาจควบคุมบังคับบัญชา ไม่ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง ระเบียบ หรือข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานของจำเลย นิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยจึงไม่ใช่การจ้างแรงงานหรือเป็นลูกจ้างและนายจ้างกันตามกฎหมายข้างต้น โจทก์ไม่เป็นลูกจ้างของจำเลย”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6067/2545 วางหลักในการพิจารณาความเป็นนายจ้างลูกจ้างไว้ชัดเจนซึ่งคดีนี้ตามข้อเท็จจริงมีลักษณะการทำงานที่มัคคุเทศก์จะมาทำงานวันใดก็ได้ โดยจะได้รับค่าจ้างเฉพาะวันที่มาทำงานเท่านั้นซึ่งคล้ายกับการทำงานของไรเดอร์ แต่ความแตกต่างอยู่ที่ไรเดอร์ทำงานภายใต้กฎระเบียบข้อบังคับที่ลักษณะเป็นการควบคุมอันเป็นการให้บริการภายใต้มาตรฐานของผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม โดยไรเดอร์ต้องแต่งกาย ต้องรอรับอาหาร ต้องรอรับโทรศัพท์ ต้องจัดส่งอาหารภายในเวลาที่กำหนด ไม่สามารถจัดส่งอาหารได้ตามอำเภอใจได้ หากไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบในการทำงานจะถูกผู้ประกอบการแพลตฟอร์มลงโทษทางวินัยตั้งแต่ตัดคะแนนไปจนถึงปิดระบบไรเดอร์

ไรเดอร์อาจมีอิสระบางส่วนในการเลือกรับงานหรือเลือกเวลาทำงานซึ่งเข้าลักษณะของการเป็นการจ้างทำของเช่นเดียวกันแต่ก็เป็นเพียงส่วนน้อยเท่านั้น อย่างไรก็ตาม อิสระในการเลือกของไรเดอร์แตกต่างจากความเป็นอิสระของผู้รับจ้างทำของ (Independence Contractor) ในการที่จะต่อรองขอบเขตงาน ราคา หรือกำหนดเวลาส่งมอบกับผู้ว่าจ้างได้ ประกอบกับไรเดอร์เป็นผู้มีอำนาจต่อรองที่ต่ำกว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญากระทำโดยแพลตฟอร์มได้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) และส่งผลกระทบต่อไรเดอร์จำนวนมากโดยไรเดอร์ไม่อาจต่อรองกับผู้ประกอบการแพลตฟอร์มได้ ดังนั้น การจะเรียกว่าไรเดอร์มีอิสระในการทำงานดังเช่นผู้รับจ้างทำของก็คงจะไม่ถูกต้องนัก

นอกจากนี้ ไรเดอร์ไม่เป็นหุ้นส่วนหรือพาร์ตเนอร์ดังที่ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มกล่าวอ้าง เพราะการเป็นหุ้นส่วนนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 บัญญัติว่า “สัญญาจัดตั้งหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการนั้น” ซึ่งหมายความว่าต้องมีการตกลงได้เสียร่วมกัน หากไม่มีการร่วมรับผิดชอบในการชำระหนี้หรือก่อไรขาดทุนด้วยกันก็ไม่ใช่หุ้นส่วนกัน<sup>59</sup> หรือถ้าเพียงแต่เอาทุนมาร่วมแต่ไม่มีส่วนร่วมในการดำเนินงานแต่อย่างใดก็ไม่ใช่สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน<sup>60</sup>

<sup>59</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1165/2521.

<sup>60</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 427/2495.

อย่างไรก็ตาม โดยลักษณะการประกอบธุรกิจหลักของผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม คือ ธุรกิจขนส่งโดยมีการนำเทคโนโลยีดิจิทัลเข้ามามีใช้ในการจัดการ การบริหาร และการกระจายงาน แต่ไรเดอร์มิได้ร่วมลงทุนกับผู้ประกอบการแพลตฟอร์มแต่อย่างใดเพราะไม่มีส่วนในกำไรหรือขาดทุนของผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม และการให้ไรเดอร์จัดหาอุปกรณ์ในการทำงานเองมิใช่การลงทุนร่วมกันเพราะหากอุปกรณ์เสียหายผู้ประกอบการแพลตฟอร์มก็มิได้ร่วมรับผิดชอบกับไรเดอร์ด้วย หรือเมื่อเกิดความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้ประกอบการแพลตฟอร์มก็มิได้ร่วมรับผิดชอบกับไรเดอร์ในฐานะหุ้นส่วน<sup>61</sup> ด้วย ดังนั้น ไรเดอร์จึงไม่ใช่หุ้นส่วนหรือพาร์ตเนอร์ของแพลตฟอร์มดังที่กล่าวอ้าง

## 5.2 แนวทางในการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสถานะทางกฎหมายของไรเดอร์

คำถามที่สำคัญประการต่อมา คือ เมื่อไรเดอร์มีลักษณะการทำงานที่ถือว่าเป็นลูกจ้าง เพราะเป็นกลุ่มที่มีความเปราะบางจากการทำงานภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาของแพลตฟอร์ม ดังที่กล่าวมาแล้ว มาตรการในการกำหนดสถานะทางกฎหมายของไรเดอร์ควรเป็นเช่นไร อาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 แนวทางดังนี้

### 5.2.1 แนวทางที่หนึ่ง การบัญญัติบทสันนิษฐานของกฎหมายให้ไรเดอร์มีสถานะเป็นลูกจ้าง

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการแพลตฟอร์มและไรเดอร์ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกมีลักษณะทำนองเดียวกันทั้งโครงสร้าง นิติสัมพันธ์ และรูปแบบการทำงาน เพราะแท้จริงแล้ว ธุรกิจแพลตฟอร์มขยายตัวได้เพราะการพัฒนาของเทคโนโลยีดิจิทัล ลักษณะการประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มในธุรกิจรับส่งอาหารในแต่ละประเทศจึงไม่แตกต่างกันในสาระสำคัญ จึงอาจนำกฎหมาย California Assembly Bill 5 (AB5) ของสหรัฐอเมริกามาเปรียบเทียบเป็นแนวทางการบัญญัติบทสันนิษฐานของกฎหมายของประเทศไทยได้

กฎหมาย California Assembly Bill 5 สันนิษฐานว่าแรงงานหรือผู้จัดทำบริการต่าง ๆ แลกกับค่าตอบแทนจะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็น “ลูกจ้าง” เพื่อประโยชน์ในการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน Labor Code เว้นแต่ ผู้ประกอบการใด ๆ (แพลตฟอร์ม) จะพิสูจน์ได้ถึงเงื่อนไข 3 ประการ หรือ ABC Test ดังนี้<sup>62</sup>

(A) บุคคลซึ่งทำงานมีความเป็นอิสระจากการควบคุมและคำสั่งของบุคคลซึ่งว่าจ้าง (Hiring Entity) ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติงาน ทั้งภายใต้ข้อสัญญาและการปฏิบัติงานตามความเป็นจริง

<sup>61</sup>ทั้งหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบและหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบ.

<sup>62</sup>California Labor Code, Section 2750.3.

(B) บุคคลซึ่งทำงานได้ทำงานที่อยู่นอกเหนือจากธุรกิจหลัก (Usual Course) ของผู้ว่าจ้าง

(C) บุคคลซึ่งทำงานได้จัดทำการค้า อาชีพ หรือ ธุรกิจในลักษณะเดียวกับงานที่ผู้ว่าจ้างให้ทำอย่างมีความเป็นอิสระและมีลักษณะเฉพาะเจาะจงอยู่ก่อนแล้ว

ข้อดีของกฎหมาย California Assembly Bill 5 ที่ใช้หลัก ABC Test คือ ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม หากผู้ประกอบการแพลตฟอร์มพิสูจน์ได้ว่าแรงงานได้ทำงานโดยมีลักษณะครบหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ข้อข้างต้นก็จะถือว่าแรงงานดังกล่าวไม่ใช่ลูกจ้างของผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม แต่หากพิสูจน์ไม่ได้ครบ 3 ข้อ ก็จะถือว่าแรงงานที่ทำงานกับแพลตฟอร์มหรือไรเดอร์มีสถานะเป็นลูกจ้างของผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม ซึ่งถือว่าเป็นการวางบทสันนิษฐานที่มีความเหมาะสมแล้ว เพราะผู้ประกอบการแพลตฟอร์มเป็นผู้ร่างและกำหนดเงื่อนไขในสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สัญญามาตรฐาน และใช้สัญญาดังกล่าวกับไรเดอร์จำนวนมากจึงมีความได้เปรียบที่จะออกแบบสัญญาตามความประสงค์ของตน ส่วนไรเดอร์ไม่มีสิทธิต่อรองเงื่อนไขการทำงานใดๆ ทั้งภาวะทางเศรษฐกิจยังด้อยกว่าผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม การกำหนดให้ไรเดอร์เป็นผู้มีหน้าที่นำสืบกongจะเป็นภาระที่เกินสมควรและการคุ้มครองสิทธิแรงงานต่าง ๆ ก็จะเป็นไปได้ยาก

กฎหมายฉบับใหม่ของราชอาณาจักรสเปน Royal Decree Law 9/2021 (พ.ศ. 2564) มาตรา 2 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแรงงาน Workers' Statute มาตรา 23 ได้บัญญัติบทสันนิษฐานให้แรงงานแพลตฟอร์มในธุรกิจขนส่งรวมทั้งไรเดอร์มีสถานะเป็นลูกจ้างเช่นเดียวกันโดยมาตรา 23 ที่แก้ไขใหม่บัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับมาตรา 8.1 กิจกรรมของบุคคลซึ่งจัดทำบริการที่ได้รับค่าตอบแทนเกี่ยวกับการขนส่งหรือกระจายสินค้าเพื่อการบริโภคหรือเพื่อการค้า โดยนายจ้างซึ่งใช้อำนาจในการบริหารจัดการธุรกิจ การจัดการ และอำนาจควบคุมบังคับบัญชาทั้งโดยตรง โดยอ้อม และโดยปริยาย โดยวิธีการใช้อัลกอริทึมในการจัดการบริการหรือเงื่อนไขในการทำงานผ่านทางแพลตฟอร์มดิจิทัล ได้รับการสันนิษฐานว่าอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้”

เมื่อไรเดอร์ได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นลูกจ้าง ไรเดอร์จึงได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานทั้งกฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายเงินทดแทน กฎหมายแรงงานสัมพันธ์ และกฎหมายประกันสังคม เป็นต้น

ข้อเสียของการกำหนดกฎหมายที่กำหนดให้สถานะของไรเดอร์เป็นลูกจ้างนั้น โดยเฉพาะบทบัญญัติที่มีความเฉพาะเจาะจงมากเกินไป คือ เป็นการง่ายที่ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มอาจจะหลบเลี่ยงบทบัญญัติดังกล่าวในอนาคตได้เพราะลักษณะการทำงานเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา

เพราะธุรกิจแพลตฟอร์มเป็นธุรกิจที่มีความเป็นพลวัตสูง<sup>63</sup> นอกจากนี้การบัญญัติกฎหมายส่งผลถึงแนวทางการประกอบธุรกิจในอนาคต ซึ่งผู้ประกอบการแพลตฟอร์มอาจหลีกเลี่ยงไปใช้วิธีการจ้างเหมาบริการแทน<sup>64</sup> ก็อาจส่งผลถึงการทำงานของไรเดอร์ในอนาคตได้

5.2.2 แนวทางที่สอง คือ การให้ศาลเป็นผู้พิจารณาสถานะความเป็นลูกจ้างของไรเดอร์ในการใช้สิทธิฟ้องคดีตามกฎหมายแรงงาน ศาลแรงงานจำเป็นต้องวินิจฉัยก่อนว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่ความเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ เป็นนายจ้างลูกจ้างกันหรือไม่ เพราะการทำงานลักษณะคล้ายกันอาจเป็นการจ้างแรงงานหรือเป็นการจ้างทำของก็ได้ หรือเป็นนิติสัมพันธ์ประเภทอื่น ๆ ก็ได้ และเนื่องจากปัจจุบันสภาพสังคม เศรษฐกิจ และเทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วในยุคดิจิทัลจึงมีการทำงานในรูปแบบใหม่ ๆ โครงสร้างใหม่ ๆ เกิดขึ้นตลอดเวลา ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ว่า แรงงานดังกล่าวเป็นลูกจ้างอันจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานฉบับต่าง ๆ หรือไม่ โดยใช้หลักนิติกรรมและสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบกับหลักอำนาจควบคุมบังคับบัญชาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา อนึ่ง แม้ในประเทศไทยซึ่งใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) คำพิพากษาของศาลไม่มีสถานะเป็นกฎหมายดังเช่นคำพิพากษาของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาดังกล่าวเป็นบรรทัดฐานที่สำคัญในการปรับใช้กฎหมายในภายหลังโดยเฉพาะในการศึกษาวิชากฎหมายในประเทศไทย

อย่างไรก็ตาม การให้ไรเดอร์ดำเนินการใช้สิทธิทางศาลเป็นรายบุคคลนั้นมีความล่าช้าและคำพิพากษามีผลบังคับเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้นมิได้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป นอกจากนี้ยังเป็นการเพิ่มภาระให้ศาลแรงงานโดยไม่จำเป็นเพราะอาจมีไรเดอร์จำนวนมากที่นำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเรียกร้องสิทธิแรงงานที่ตนควรได้รับ ดังนั้น การบัญญัติบทสันนิษฐานของกฎหมายให้ไรเดอร์มีสถานะเป็นลูกจ้างที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปจึงมีความเหมาะสมมากกว่า

5.2.3 แนวทางที่สาม การบัญญัติกฎหมายพิเศษเฉพาะสำหรับการคุ้มครองไรเดอร์

กฎหมาย California Proposition 22 เป็นกฎหมายที่บัญญัติเพื่อตอบกฎหมาย California Assembly Bill 5 ซึ่งเป็นความพยายามของผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม

<sup>63</sup>เกรียงศักดิ์ ชีระโกวิทขจร และวรคุณ ตูลารักษ์, รูปแบบงานใหม่ของคนขี่มอเตอร์ไซด์ส่งอาหารที่กำกับโดยแพลตฟอร์ม (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ทร่วมกับสถาบันแรงงานและเศรษฐกิจที่เป็นธรรม, 2563), หน้า 7.

<sup>64</sup>Social Europe, Platforms put a spoke in the wheel of Spain's 'riders' law' [Online], available URL: <https://socialeurope.eu/platforms-put-a-spoke-in-the-wheels-of-spains-riders-law>, 2022 (March, 30).

ที่จะกำหนดสถานะทางกฎหมายของไรเดอร์ให้เป็นผู้รับจ้างอิสระ กล่าวคือ ตามกฎหมาย California Proposition 22 ไรเดอร์จะไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานแต่จะมีการคุ้มครองที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะสำหรับแรงงานแพลตฟอร์มบางกลุ่มเท่านั้น อาทิ การกำหนดอัตราค่าตอบแทนที่เพิ่มขึ้น มีการกำหนดชั่วโมงการทำงานไม่เกินวันละ 12 ชั่วโมง ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มช่วยออกค่าใช้จ่ายในเบี้ยประกันภัยตามสัดส่วนจำนวนชั่วโมงการทำงานในแต่ละสัปดาห์ แพลตฟอร์มต้องจัดหาประกันอุบัติเหตุและค่าชดเชยการขาดรายได้ มีการจ่ายเงินทดแทนเมื่อประสบอุบัติเหตุ ต้องจัดให้มีประกันชีวิต เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมาย California Proposition 22 จะให้ความคุ้มครองแก่แรงงานแพลตฟอร์มมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับผู้รับจ้างอิสระโดยทั่วไป แต่ยังคงถือว่าไม่ครอบคลุมเหมือนการคุ้มครองลูกจ้างที่ทำงานในธุรกิจขนส่ง เพราะแท้จริงแล้วสถานะของไรเดอร์และแพลตฟอร์มมีลักษณะเป็นการจ้างแรงงานดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เพียงแต่แพลตฟอร์มใช้เทคโนโลยีดิจิทัลในการจัดการโดยจัดให้ไรเดอร์เป็นผู้รับจ้างอิสระเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการประกอบธุรกิจและเป็นการลดต้นทุนอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งเป็นการจัดกลุ่มแรงงานที่ผิดประเภท (Misclassification) ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อนายจ้างอื่น ๆ ที่ต้องแข่งขันกับนายจ้างซึ่งใช้วิธีจัดกลุ่มแรงงานให้อยู่ในกลุ่มที่ผิดประเภทดังกล่าว ทำให้เกิดความเสียหายแก่รัฐในรายได้จากบริษัทที่ใช้วิธีดังกล่าวเพื่อหลีกเลี่ยงการจ่ายภาษีการจ่ายเงินเข้ากองทุนเงินทดแทน และกองทุนประกันสังคม<sup>65</sup>

### 5.3 ค่าตอบแทน

ไรเดอร์ได้รับค่าตอบแทนจากการจัดส่งอาหารเริ่มต้น 20-30 บาทและเพิ่มขึ้นตามระยะทางและจะได้รับเงินจูงใจ (Incentive) เมื่อทำจำนวนรอบได้ถึงกำหนด<sup>66</sup> หรือมีการรับงานในชั่วโมงเร่งด่วนหรือรับงานในช่วงเวลาที่แพลตฟอร์มกำหนด เช่น ช่วงวันหยุดเทศกาลที่มีคำสั่งซื้อจำนวนมาก อัตราค่ารอบยังแตกต่างกันไปแต่ละจังหวัดทั้งยังมีการเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาโดยแพลตฟอร์มเป็นผู้กำหนดอัตราค่าตอบแทนแต่เพียงฝ่ายเดียว แพลตฟอร์มอาจใช้กลยุทธ์ให้ค่าตอบแทนสูงในช่วงแรกของการเปิดให้บริการ เช่น เริ่มต้นที่ 50-60 บาทและเพิ่มขึ้นตามระยะทาง (ต่อหนึ่งงาน) เพื่อดึงดูดไรเดอร์เข้ามาในระบบของแพลตฟอร์มจำนวนมากพอที่จะให้บริการ จากนั้นก็จะค่อย ๆ เก็บเกี่ยวรายได้และผลกำไรในภายหลัง<sup>67</sup>

<sup>65</sup>California Assembly Bill 5 Section 1 (b).

<sup>66</sup>Economic Intelligence Center, op. cit.

<sup>67</sup>เกรียงศักดิ์ ธีระโกวิทขจร และวรคุณ ฤทธารักษ์, เรื่องเดิม, หน้า 6.

ประเด็นที่สำคัญ คือ ค่าตอบแทนของไรเดอร์รวมทั้งแรงงานแพลตฟอร์มธุรกิจอื่น ๆ อาจต่ำจนไม่เพียงพอต่อการดำรงชีพเมื่อพิจารณาถึงความไม่แน่นอนของจำนวนงานที่ได้รับ เวลาที่ใช้ และต้นทุนของอุปกรณ์ในการทำงาน นอกจากนี้ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มยังสามารถเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียวและตลอดเวลา ซึ่งรวมถึงค่าตอบแทนของไรเดอร์แต่ละงานด้วยโดยไรเดอร์ไม่มีสิทธิจะต่อรองแต่ประการใด

ภายหลังจากที่ไรเดอร์ผ่านขั้นตอนการสมัครและได้รับการเปิดระบบแล้ว ไรเดอร์ต้องเป็นผู้จัดหาอุปกรณ์ในการทำงานเอง เช่น รถจักรยานยนต์ รถยนต์ ค่าน้ำมัน โทรศัพท์มือถือที่มีคุณภาพ กล้องใส่อาหารและเสื้อกันขั้วที่ซื้อจากแพลตฟอร์ม ค่าอินเทอร์เน็ต ค่าซ่อมบำรุงรถจักรยานยนต์ ฯลฯ ทั้งนี้ ในการทำงานนายจ้างอาจทำสัญญาหรือมีข้อตกลงให้ลูกจ้างเป็นผู้จัดหาอุปกรณ์ในการทำงานเองก็ได้ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 6 จ้างแรงงาน<sup>68</sup> มิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้นายจ้างเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดหาอุปกรณ์ในการทำงานให้ลูกจ้างแต่อย่างใด ทั้งยังไม่เป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกด้วย

สำหรับไรเดอร์ ค่าตอบแทนที่ได้รับในแต่ละวันไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ อาทิ จำนวนงานที่ได้รับจากระบบอัลกอริทึม จำนวนไรเดอร์ที่ออนไลน์รองานในขณะนั้น การรับสมัครไรเดอร์ไม่จำกัดจำนวนซึ่งเป็นเหตุให้ไรเดอร์ได้รับค่าตอบแทนน้อยลง<sup>69</sup> ต้นทุนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ค่าน้ำมัน ค่าเสื่อมสภาพของอุปกรณ์ เวลาที่ใช้ในการทำงาน ความเสี่ยงในการเกิดอุบัติเหตุ ผลกระทบต่อสุขภาพในระยะยาว สภาพการจราจรที่ติดขัดโดยเฉพาะในกรุงเทพมหานครหรือในเมืองใหญ่ หรือในจังหวัดเล็กที่ระยะทางระหว่างร้านอาหารและสถานที่จัดส่งมีระยะไกล การปิกนิกที่ผิดพลาด ระบบนำทางที่ผิดพลาด การเดินทางเพื่อไปรับอาหารในระยะทางที่ไกล การยกเลิกคำสั่งซื้อ การโดนใบสั่ง ฯลฯ ปัจจัยเหล่านี้ควรนำมาคำนวณค่าตอบแทนของไรเดอร์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมด้วย

เมื่อไรเดอร์ได้รับสถานะเป็นลูกจ้างแล้วการคิดค่าตอบแทนหรือค่าจ้างในแต่ละวันควรได้รับรายได้อย่างน้อยไม่ต่ำกว่าค่าจ้างที่เป็นมาตรฐานในธุรกิจขนส่ง ซึ่งการคิดค่าจ้างตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วยนั้นสามารถทำได้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541<sup>70</sup> อยู่แล้ว ทั้งนี้ต้องคำนวณค่าตอบแทนให้เหมาะสมกับรายจ่ายที่ไรเดอร์ต้องเสียไปด้วย

<sup>68</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 575-586.

<sup>69</sup>หากไรเดอร์มีจำนวนมากเกินไปก็อาจต้องแข่งขันกันเองในการรับงาน ซึ่งย่อมกระทบต่อรายได้ของไรเดอร์แต่ละคน แต่หากไรเดอร์มีจำนวนน้อยเกินไปก็อาจกระทบต่อความต่อเนื่องของการให้บริการของผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม.

<sup>70</sup>พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 หมวด 5 ค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด และค่าล่วงเวลาในวันหยุด.

#### 5.4 จำนวนชั่วโมงการทำงาน

เมื่อไรเดอร์ได้รับค่าตอบแทนต่ำเป็นเหตุให้ต้องทำงานในจำนวนชั่วโมงที่ยาวนานขึ้นในแต่ละวัน เพื่อให้มีรายได้คงเหลือหลังหักค่าใช้จ่ายอย่างน้อยเป็นจำนวนที่เพียงพอต่อการดำรงชีพ การรับงานหนึ่ง ๆ อาจใช้เวลาตั้งแต่ 15 นาที ไปจนถึง 1-3 ชั่วโมงก็เป็นไปได้ โดยเฉพาะเมื่อคำสั่งซื้อ มีจำนวนมากหรือต้องรออาหารจากร้านอาหารเป็นเวลานาน หรือเกิดจากปัญหาการจราจรหรือสภาพอากาศรวมถึงเหตุจำเป็นอันมิอาจก้ำกั้วล่วงเสียได้ อย่างไรก็ตาม การใช้เวลาเพิ่มขึ้นในงาน ๆ หนึ่ง จะไม่ได้รับค่าตอบแทนเพิ่มแต่อย่างใดเพราะค่าตอบแทนคิดจากระยะทางในการจัดส่งอาหารเท่านั้น แม้แพลตฟอร์มจะจ่ายค่ารออาหารให้ไรเดอร์ เช่น หากรอเกิน 40 นาทีจะได้รับค่ารออาหารเริ่มต้นที่ 20 บาทและเพิ่มขึ้นตามระยะเวลาที่ใช้ในการรอ แต่ก็ถือว่ายังต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับเวลาที่ใช้ไปและเงื่อนไขในการเบิกค่ารออาหารก็มีขั้นตอนมาก เช่น ต้องถ่ายรูปภาพคนยืนต่อแถว ภาพถ่ายหน้าจอแสดงตำแหน่งปัจจุบัน ใบเสร็จรับเงิน บัตรคิว ฯลฯ ดังนั้น ในหนึ่งวันไรเดอร์อาจต้องทำงานมากกว่า 12 ชั่วโมงเพื่อให้มีรายได้หลังหักค่าใช้จ่ายเหลือเป็นรายได้ที่เพียงพอ

การทำงานในจำนวนชั่วโมงการทำงานที่ยาวนานโดยเฉพาะในการขับขี่รถจักรยานยนต์ สภาพการจราจรที่ติดขัด การเร่งรีบที่จะจัดส่งอาหารภายในกำหนดเวลาเป็นเหตุให้เกิดความเครียด ความเหนื่อยล้าจากการทำงาน ฝุ่น คิว แสงแดด ความร้อน สภาพอากาศ ฝนตก น้ำท่วม รถเสีย รวมทั้งเหตุจำเป็นอันมิอาจก้ำกั้วล่วงเสียได้ สภาพแวดล้อมการทำงานเหล่านี้ทำให้มีความเสี่ยงในการเกิดอุบัติเหตุสูงขึ้นโดยเฉพาะในประเทศไทย

การทำงานล่วงเวลาต้องได้รับความยินยอมจากลูกจ้างเป็นกรณี ๆ ไป<sup>71</sup> แสดงให้เห็นเจตนาารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายว่าลูกจ้างควรมีเวลาที่จะพักผ่อนในแต่ละวันที่เพียงพอ ชั่วโมงการทำงานในวันทำงานปกติของลูกจ้างในแต่ละวันจึงไม่เกินวันละ 8 ชั่วโมง รวมแล้วไม่เกิน 48 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ และสำหรับงานอันตรายต่อสุขภาพและความปลอดภัย เวลาทำงานปกติของลูกจ้างต้องไม่เกินวันละ 7 ชั่วโมง รวมแล้วไม่เกิน 42 ชั่วโมงต่อสัปดาห์<sup>72</sup>

สำหรับกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 22<sup>73</sup> กำหนดให้นายจ้างกำหนดเวลาทำงานปกติของลูกจ้างในงานขนส่งทางบกไม่เกินวันละ 8 ชั่วโมง<sup>74</sup> เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากลูกจ้าง นายจ้างอาจให้ลูกจ้างทำงานล่วงเวลา

<sup>71</sup>พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 24.

<sup>72</sup>พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 23.

<sup>73</sup>พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, มาตรา 22 บัญญัติว่า “งานเกษตรกรรม งานประมงทะเล งานบรรทุกหรือขนถ่ายสินค้าเรือเดินทะเล งานที่รับไปทำที่บ้าน งานขนส่ง และงานอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา จะกำหนดในกฎกระทรวงให้มีการคุ้มครองแรงงานกรณีต่าง ๆ แตกต่างไปจากพระราชบัญญัตินี้ก็ได้.”

<sup>74</sup>กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, ข้อ 2.

ได้วันหนึ่งไม่เกิน 2 ชั่วโมง เว้นแต่มีความจำเป็นอันเกิดจากเหตุสุดวิสัย อุบัติเหตุ หรือปัญหาการจราจร<sup>75</sup> ต้องจัดเวลาพักให้ลูกจ้างวันหนึ่งไม่น้อยกว่า 1 ชั่วโมงหลังจากลูกจ้างได้ทำงานมาแล้วไม่เกิน 4 ชั่วโมง<sup>76</sup> และห้ามมิให้นายจ้างให้ลูกจ้างซึ่งทำหน้าที่ขับขี่ยานพาหนะเริ่มต้นทำงานในวันถัดไปก่อนครบระยะเวลา 10 ชั่วโมงหลังจากสิ้นสุดการทำงานในวันทำงานที่ล่วงมาแล้ว<sup>77</sup>

กฎหมาย California Proposition 22 จำกัดจำนวนชั่วโมงการทำงานของแรงงานในธุรกิจขนส่งไม่ให้เกินวันละ 12 ชั่วโมง เว้นแต่แรงงานผู้ขนส่งจะได้ออกจากระบบโดยไม่มีการรบกวนเป็นเวลาอย่างน้อย 6 ชั่วโมง<sup>78</sup>

มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม นอกเหนือจากสถานะความเป็นลูกจ้างของไรเดอร์แล้ว ควรกำหนดจำนวนชั่วโมงการทำงานสูงสุดในแต่ละวันของไรเดอร์ไว้ให้ชัดเจนเพื่อลดความเสี่ยงในการเกิดอุบัติเหตุจากการทำงานในจำนวนชั่วโมงการทำงานที่มากเกินไป เพื่อให้การทำงานจัดส่งอาหารผ่านแพลตฟอร์มเป็นงานที่มีคุณค่าและให้แรงงานมีคุณภาพชีวิตที่ดีควบคู่ไปกับการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม

## 5.5 การประสพอันตรายจากการทำงาน

องค์การอนามัยโลก (World Health Organization) ระบุในรายงานฉบับล่าสุด Global Status Report on Road Safety 2018 (พ.ศ. 2561) จัดอันดับให้ประเทศไทยมีอัตราการเสียชีวิตบนถนนเป็นอันดับ 1 ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้<sup>79</sup> และติดอันดับ 1 ใน 10 ของโลกมาอย่างต่อเนื่อง

รายงานสถิติผู้ประสพภัยจากรถทั่วประเทศ โดยศูนย์ข้อมูลอุบัติเหตุเพื่อเสริมสร้างวัฒนธรรมความปลอดภัยทางถนน ปี พ.ศ. 2564 มีจำนวนอุบัติเหตุสะสมทั้งสิ้น 897,131 ครั้ง แบ่งเป็นอุบัติเหตุจากรถยนต์ร้อยละ 52.56 และจากรถจักรยานยนต์ร้อยละ 47.44 มีผู้เสียชีวิตสะสม 13,657 คน

<sup>75</sup>กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, ข้อ 3.

<sup>76</sup>กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, ข้อ 4.

<sup>77</sup>กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2541)ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, ข้อ 5.

<sup>78</sup>Ballotpedia, op. cit.

<sup>79</sup>SDG MOVE, WHO เผยรายงาน “ไทย” เสียชีวิตบนท้องถนนสูงสุดในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ แม้มีกฎหมายจราจรในเกณฑ์ดี [Online], available URL: <https://www.sdgmove.com/2021/02/10/who-global-status-report-on-road-safety-2018/2022>, (April, 20).

และปี พ.ศ. 2565 ช่วงเดือนมกราคม-มีนาคม มีอุบัติเหตุสะสมทั้งสิ้น 231,534 ครั้ง มาจากรถยนต์  
ร้อยละ 46.06 และรถจักรยานยนต์ร้อยละ 53.94<sup>80</sup>

โรงพยาบาลอุดรธานีได้เก็บข้อมูลสถิติการเกิดอุบัติเหตุรถจักรยานยนต์ ในปี พ.ศ. 2564 ช่วงเดือนมกราคม-กรกฎาคม 2564 มีผู้บาดเจ็บจากรถจักรยานยนต์จำนวน 6,163 คน เป็นไรเดอร์ 110 คน ในปี พ.ศ. 2563 มีผู้บาดเจ็บ 6,649 คน เป็นไรเดอร์ 61 คน และปี พ.ศ. 2562 มีผู้บาดเจ็บ 6,432 คน เป็นไรเดอร์ 44 คน<sup>81</sup> อย่างไรก็ตามยังไม่มีข้อมูลสถิติการเกิดอุบัติเหตุของไรเดอร์จากผู้ประกอบการแพลตฟอร์มหรือหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้อง

ไรเตอร์ทำงานบนท้องถนนการประสบอันตรายร่างกายหรือเสียชีวิตเกิดขึ้นเป็นประจำ ไรเตอร์ทำงานด้วยความรีบเร่งทำให้มีโอกาสในการเกิดอุบัติเหตุสูงมากขึ้น นายแพทย์วิทยา ขาดิษฐ์ชาชัย ผู้เชี่ยวชาญในคณะที่ปรึกษาขององค์การอนามัยโลก กล่าวในงานสัมมนาของสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.) ถึงมาตรการที่ควรกระทำเพื่อป้องกันอุบัติเหตุทางถนนที่เกิดขึ้นกับไรเตอร์ดังนี้<sup>82</sup>

- 1) ต้องบังคับใช้กฎหมายอย่างเข้มงวดเช่น ขับขี่เร็วเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด ย้อนศร ฝ่าไฟแดง
- 2) ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มต้องร่วมรับผิดชอบในการควบคุมพฤติกรรม การขับขี่ ควรมีระบบอบรมเรื่องขับขี่ปลอดภัยก่อนเข้ามาทำงาน
- 3) ควรจำกัดระยะทางในการให้บริการ รวมถึงการรับผิดชอบ ดูแล เยียวยาหลังเกิดเหตุ
- 4) หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องเร่งจัดระเบียบการขึ้นทะเบียนและระเบียบการให้บริการ ต้องอบรมเน้นความปลอดภัย
- 5) สื่อประชาสัมพันธ์ควรรายงานสถานการณ์ความเสี่ยงโดยส่งเสริมให้ประชาคมร่วมกัน ตรวจสอบดูแล ให้ความเป็นธรรมกลุ่มคนทำงานในอาชีพนี้
- 6) ส่งเสริมให้มีความรับผิดชอบต่อสังคม เช่น การถ่ายรูปหรือรายงานพฤติกรรม การขับขี่ที่ไม่ปลอดภัย

<sup>80</sup> ศูนย์ข้อมูลอุบัติเหตุเพื่อเสริมสร้างวัฒนธรรมความปลอดภัยทางถนน [Online], available URL: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiazBiZDQ3MGltYmJlMC00MWQ3LWE1ODctN2U0NDY3MDI0ZDAyIiwidCI6IjBiNTRkMTRlLTMyYTktNGEyMC1iOTVhLTgzMWQ0ZTQ3MmE5NyIsImMiOiJlEwfwQ%3D%3D>, 2020 (April, 22).

<sup>81</sup>*Ibid.*

<sup>82</sup>สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, *แนะผู้ดูแลเฝ้าระวังไข้ปอดอักเสบ ป้องกันอุบัติเหตุทางถนน* [Online], available URL: <https://www.thaihealth.or.th/Content/55090-แนะผู้ดูแลเฝ้าระวังไข้ปอดอักเสบ%20ป้องกันอุบัติเหตุทางถนน.html>, 2022 (January, 30).

การประสบอันตรายเนื่องจากการทำงานอาจเกิดขึ้นได้จากหลายปัจจัย เช่น ความเหนื่อยล้าจากการทำงานในจำนวนชั่วโมงการทำงานที่มากเกินไป สภาพการจราจร สภาพอากาศ อาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อ หรือแม้จะได้ใช้ความระมัดระวังในการขับขี้อย่างสูงสุดแล้วก็อาจเกิดอุบัติเหตุที่มาจากบุคคลภายนอกได้ หรืออาจถูกสุนัขไล่กัด เป็นต้น การเกิดอุบัติเหตุไม่กระทบแต่เพียงตัวไรเดอร์ แต่กระทบถึงระบบสาธารณสุขของประเทศ สภาพการจราจรที่ติดขัด และกระทบต่อสังคมโดยทั่วไป ทั้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เจ้าหน้าที่ ตำรวจ อาสาสมัครกู้ภัย แพทย์และพยาบาล เป็นต้น

ในส่วนบริษัทแพลตฟอร์มนั้นอาจมีประกันอุบัติเหตุที่จัดให้ไรเดอร์แต่กำหนดเงื่อนไขที่ปฏิบัติได้ยากจนแทบจะเป็นไปไม่ได้ เช่น ไรเดอร์ต้องวิ่งให้ได้ 500 งานในหนึ่งเดือนจึงจะได้รับประกันภัยอุบัติเหตุที่แพลตฟอร์มจัดให้ ซึ่งไรเดอร์อาจไม่ได้รับประกันดังกล่าวเพราะจำนวนงานที่แท้จริงที่ไรเดอร์ได้รับมีจำนวนไม่ถึงเกณฑ์ที่ตั้งไว้ซึ่งอาจเกิดได้จากหลายสาเหตุ เช่น มีคำสั่งซื้อน้อยในพื้นที่ที่ไรเดอร์ประจำอยู่ ระบบจ่ายงานให้ไม่เพียงพอ ไรเดอร์อื่นกดงานได้ก่อน หรือไรเดอร์ทำงานกับแพลตฟอร์มเป็นงานเสริมเฉพาะช่วงเวลา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม อุบัติเหตุสามารถเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาโดยเฉพาะการขับขี้นานพาหนะบนท้องถนน

เมื่อไรเดอร์ประสบอุบัติเหตุเนื่องจากการทำงานรับส่งอาหาร ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มไม่ได้เข้ามารับผิดชอบด้วยเพราะแพลตฟอร์มอ้างว่าไรเดอร์มิใช่ลูกจ้างไม่สามารถใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 จึงไม่ได้มีการส่งเงินเข้ากองทุนเงินทดแทน ไรเดอร์จึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเงินทดแทน ด้วยเหตุนี้ไรเดอร์จึงต้องรักษาตัวเองซึ่งเป็นไปตามสิทธิของไรเดอร์แต่ละคนที่มีอยู่ บางรายอาจมีประกันอุบัติเหตุที่แพลตฟอร์มจัดให้หรือซื้อประกันอุบัติเหตุจากแพลตฟอร์มหรือบริษัทประกันในเครือ อย่างไรก็ตาม หากค่ารักษาพยาบาลเกินวงเงินประกันไรเดอร์ก็ต้องรับผิดชอบค่ารักษาพยาบาลเอง ซึ่งไรเดอร์อาจต้องทอดทิ้งค่ารักษาพยาบาลไปก่อน รวมถึงความเสียหายที่เกิดต่ออุปกรณ์ในการทำงาน เช่น รถจักรยานยนต์และโทรศัพท์มือถือ เป็นต้น<sup>83</sup>

อย่างไรก็ตาม ไรเดอร์หลายรายไม่มีประกันอุบัติเหตุของบริษัทประกันภัยเอกชน แต่ต้องใช้สิทธิบัตรทองซึ่งเป็นสิทธิหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า ซึ่งเป็นการใช้สิทธิที่ผิดวัตถุประสงค์เนื่องจากการอุบัติเหตุนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการทำงานทั้งยังเป็นภาระต่อกองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติอีกด้วย<sup>84</sup>

<sup>83</sup> ในส่วนความเสียหายต่อบุคคลภายนอก ผู้ประสบภัยสามารถใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ. 2535 เรียกร้องต่อบริษัทประกันภัยได้.

<sup>84</sup> ตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 หมวด 4.

อนึ่ง สิทธิที่ขาดหายไปของไรเดอร์คือ สิทธิในเงินทดแทน ได้แก่ ค่ารักษาพยาบาล<sup>85</sup> ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพในการทำงาน ค่าทำศพ และค่าทดแทนตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้พนักงานจ้างมีหน้าที่เยียวยา (Compensation) ลูกจ้างซึ่งประสบอันตรายจากการทำงานหรือป้องกันรักษาผลประโยชน์ให้พนักงานจ้าง หรือทำตามคำสั่งของนายจ้าง<sup>86</sup> หรือ เจ็บป่วยถึงแก่ความตายหรือสูญหายจากการทำงาน ด้วยเหตุที่นายจ้างได้รับประโยชน์จากการทำงานดังกล่าวด้วยนายจ้างจึงมีหน้าที่ส่งเงินเข้ากองทุนเงินทดแทนและลูกจ้างสามารถใช้สิทธิเบิกจากกองทุนเงินทดแทนได้ ด้วยเหตุผลเดียวกันนี้ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มก็ได้รับประโยชน์จากไรเดอร์ในการจัดส่งอาหารเช่นเดียวกันทั้งค่าบริการ ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่เรียกเก็บจากร้านอาหารและไรเดอร์ อีกทั้งลักษณะการทำงานที่อยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชา ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดสถานะให้ไรเดอร์เป็นลูกจ้างเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 หรือควรออกมาตรการทางกฎหมายโดยกำหนดให้แพลตฟอร์มต้องจัดหาประกันอุบัติเหตุและประกันค่าขาดรายได้ทำนองเดียวกับเงินทดแทนสำหรับไรเดอร์ทุกคนโดยคิดตามสัดส่วนของเวลาทำงานเฉลี่ยของไรเดอร์ในแต่ละสัปดาห์

## 5.6 การระงับข้อพิพาท

ปัญหาจากการทำงาน เช่น การยกเลิกคำสั่งซื้อ/ยกเลิกออเดอร์ การจัดส่งล่าช้า การทำผิดกฎระเบียบต่าง ๆ การฝ่าฝืนกฎจราจร เช่น ขับขี่รถย้อนศร ขับขี่รถจักรยานยนต์บนทางเท้า ปัญหาจากร้านอาหารที่ไรเดอร์ควบคุมไม่ได้ การรอรับอาหารเป็นเวลานาน การกดจบงานก่อน การที่ไรเดอร์ทะเลาะกับร้านค้า ร้านค้าไม่เช็คคำสั่งซื้อ อาหารเกิดความเสียหายระหว่างการขนส่ง การปรับแต่งโทรศัพท์หรือใช้โปรแกรมช่วยเหลือในการรับงาน รถจักรยานยนต์เสียหายระหว่างการขนส่ง เหตุฉุกเฉิน อุบัติเหตุ ลูกค้าปากหมุด (ที่อยู่ในการจัดส่ง) ผิดพลาด เส้นทางขนส่งตามแผนที่ของระบบไม่สามารถผ่านได้ เช่น ประตูปิด น้ำท่วม สะพานขาด ลูกค้าฝากชื่อของอย่างอื่นหรือให้ขึ้นไปส่งหน้าห้องในกรณีเป็นคอนโดมิเนียมหรืออาคารต่าง ๆ หากไม่ทำตามก็จะยกเลิกคำสั่งซื้อหรือให้คะแนนต่ำ การหักเงินประกัน ฯลฯ

ปัญหาเหล่านี้หลายครั้งไรเดอร์ไม่ได้รับความเป็นธรรม มีการลงโทษไรเดอร์โดยไม่มีการสอบสวนหรือไม่เปิดโอกาสให้ไรเดอร์ได้โต้แย้ง ทั้งการตัดคะแนนหรือถูกลงโทษด้วยการลดคะแนน/ดาว

---

<sup>85</sup> ตามกฎกระทรวงค่ารักษาพยาบาลที่ให้นายจ้างจ่าย พ.ศ. 2563 (ออกตามความในพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537).

<sup>86</sup> พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537, มาตรา 5.

(Rating) ซึ่งส่งผลต่อการจ่ายงานให้ไรเดอร์ในอนาคต หรือลงโทษการปิดระบบ (Ban) เป็นระยะเวลา 1-7 วัน ปิดระบบชั่วคราวไม่มีกำหนด หรือปิดระบบถาวร (Deactivation) เป็นเหตุให้ไรเดอร์ไม่สามารถรับงานและไม่มีรายได้

ปัญหาต่าง ๆ ดังกล่าวสมควรได้รับการแก้ไขโดยระบบการระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรมต่อไรเดอร์ควรมีการสอบสวนข้อเท็จจริงและให้ความเป็นธรรมต่อทุกฝ่ายก่อนที่จะลงโทษโดยการตัดคะแนนหรือการปิดระบบการกำหนดให้บุคคลที่สามเป็นคนกลางในการชี้ขาด (Adjudicator) หรือการใช้อินญาโตตุลาการ (Arbitration) อาจเป็นมาตรการที่เลือกใช้ได้ อย่างไรก็ตาม วิธีการระงับข้อพิพาทควรออกแบบอย่างเป็นระบบ มีความรวดเร็วและเป็นธรรม เช่น การใช้อินญาโตตุลาการ (Arbitrator) คนเดียว เป็นต้น

### 5.7 สิทธิประกันสังคม

ไรเดอร์มีสถานะเป็นลูกจ้างและควรได้รับสิทธิประกันสังคมตามมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ไรเดอร์มีใช้แรงงานนอกระบบเพราะทำงานภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชา ดังที่กล่าวมาแล้ว ลักษณะการทำงานของไรเดอร์แตกต่างจากแรงงานนอกระบบ<sup>87</sup> คือแรงงานซึ่งไม่มีนิติสัมพันธ์กับบุคคลอื่น<sup>88</sup> แต่ทำงานอย่างงานอิสระ เช่น คนขับรถจักรยานยนต์รับจ้าง คนขับแท็กซี่ แม่ค้าแผงลอย Freelance ผู้ซึ่งประกอบอาชีพอิสระต่าง ๆ<sup>89</sup> เป็นต้น ทั้งนี้ ภาระในการดูแลคุณภาพชีวิตหรือการส่งเสริมการประกันสังคมเป็นหน้าที่ของรัฐตามแนวทางการพัฒนาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศและการพัฒนาที่ยั่งยืนอีกด้วย

### 5.8 สิทธิในการรวมกลุ่ม

สิทธิในการรวมกลุ่มเพื่อเจรจาต่อรองกับผู้ประกอบการแพลตฟอร์มเป็นสิทธิที่สำคัญ เพราะสามารถทำให้แรงงานแพลตฟอร์มหรือไรเดอร์สามารถรวมกลุ่มเพื่อเจรจาต่อรองเกี่ยวกับเงื่อนไขการทำงานต่าง ๆ ได้<sup>90</sup> ซึ่งตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มีกระบวนการกำหนดไว้ชัดเจน ตั้งแต่การแจ้งข้อเรียกร้อง กำหนดเวลาเริ่มเจรจา การจดทะเบียนข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง

<sup>87</sup>สำนักงานสถิติแห่งชาติให้คำนิยามของ “แรงงานนอกระบบ” หมายถึง ผู้มีงานทำที่ไม่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่มีหลักประกันทางสังคมจากการทำงานเช่นเดียวกับแรงงานในระบบ.

<sup>88</sup>ยกเว้นการมีนิติสัมพันธ์กับบุคคลภายนอก เช่น การซื้อขายสินค้ากับบุคคลภายนอก เป็นต้น.

<sup>89</sup>โปรดดูรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการออกแบบระบบประกันสังคมที่รองรับการเปลี่ยนแปลงของรูปแบบการทำงานในอนาคต โดยสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทย.

<sup>90</sup>ตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เรียกว่า สภาพการจ้าง.

ข้อพิพาทแรงงานและการประณอมข้อพิพาท การตั้งผู้ชี้ขาด การใช้สิทธิหยุดงานและปิดงาน บทบาทและหน้าที่ของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ รวมทั้งบทบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างจากการกระทำใด ๆ ที่เป็นการแทรกแซงการใช้สิทธิดังกล่าว

ในปัจจุบันไรเดอร์มีการใช้วิธีการรวมกลุ่มอันเป็นความพยายามที่จะเจรจากับผู้ประกอบการแพลตฟอร์มซึ่งเป็นเสรีภาพในการชุมนุมที่สามารถกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560<sup>91</sup> อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่มีกฎหมายบังคับให้มีการเริ่มเจรจาข้อเรียกร้องภายใน 3 วัน ดังเช่นพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518<sup>92</sup> เป็นเหตุให้ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มไม่จำเป็นต้องเจรจาจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง (Collective Bargaining) กับกลุ่มไรเดอร์เมื่อผู้ประกอบการแพลตฟอร์มไม่เจรจา หมายถึง ไม่มีการรับฟังความคิดเห็นหรือข้อเสนอหรือไม่เปิดโอกาสให้แรงงานมีส่วนร่วม การไม่มีส่วนร่วมจากแรงงานที่เป็นผู้ปฏิบัติงานเป็นเหตุให้ปัญหาไม่ได้รับการแก้ไข ซึ่งอาจส่งผลให้เป็นความขัดแย้งทางแรงงานที่ขยายใหญ่ขึ้นและเกิดผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศได้

การรวมกลุ่มของไรเดอร์ในปัจจุบันจึงแตกต่างจากการรวมกลุ่มในการแจ้งข้อเรียกร้องเพื่อเปลี่ยนแปลงสภาพการจ้างตามมาตรา 13 หรือแจ้งข้อเรียกร้องโดยสหภาพแรงงานตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 กระบวนการในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทแรงงานในรูปแบบการแรงงานสัมพันธ์จึงไม่เกิดขึ้น ทำให้ไรเดอร์ต้องไปร้องเรียนต่อหน่วยงานราชการต่าง ๆ เช่น กระทรวงแรงงาน ศูนย์ดำรงธรรม หรือหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ซึ่งอาจไม่ได้ผลหรือใช้เวลานานเกินสมควร

ด้วยเหตุนี้มาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นคือ การบัญญัติบทสันนิษฐานให้ไรเดอร์มีสถานะทางกฎหมายเป็นลูกจ้างเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองในสิทธิแรงงานที่สำคัญ โดยเฉพาะสิทธิในการรวมกลุ่มเพื่อจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างซึ่งอาจเป็นวิธีที่เหมาะสมกับทุกฝ่ายมากกว่าตามแนวทฤษฎี Collective Laissez-faire เพื่อให้การทำงานแพลตฟอร์มในธุรกิจรับส่งอาหารเป็นการทำงานที่มีคุณค่าและมีความยั่งยืน สิทธิในการรวมกลุ่มมีความสำคัญมากจนได้ถูกบัญญัติให้เป็นหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน (Fundamental Principles and Rights at Work) ที่มีลักษณะเป็นสากล (Universal) ตามคำปฏิญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศอีกด้วย

---

<sup>91</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, มาตรา 44.

<sup>92</sup>พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518, มาตรา 16.

## 6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ด้วยการพัฒนาของเทคโนโลยีดิจิทัล ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มเป็นผู้สร้างสรรค์สิ่งที่ดีและนวัตกรรมให้แก่สังคม สร้างโอกาสในการทำงานในรูปแบบใหม่ โอกาสในการค้าขายสินค้าและบริการ สร้างความสุขต่อผู้ใช้บริการและทุกคนในครอบครัว อย่างไรก็ตาม แรงงานหรือบุคคลซึ่งทำงานไม่ว่าจะทำงานเป็นลูกจ้างประจำหรือแรงงานแพลตฟอร์มควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน ซึ่งแม้ว่าจะทำให้ต้นทุนทางธุรกิจสูงขึ้น แต่คงไว้ซึ่งหลักการคือ “แรงงานไม่ใช่สินค้า” แต่เป็นคนที่ทำงานซึ่งมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม คือ ควรบัญญัติบทกฎหมายที่สนับสนุนให้แรงงานแพลตฟอร์มในธุรกิจรับส่งอาหารหรือไรเดอร์มีสถานะทางกฎหมายเป็นลูกจ้าง ให้ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มเป็นนายจ้างและมีภาระในการพิสูจน์ เพื่อให้ไรเดอร์ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 และพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ทั้งนี้ เพื่อดูแลแรงงานแพลตฟอร์มซึ่งเป็นแรงงานสำคัญในสังคมให้มีคุณภาพชีวิตที่ดี เป็นการทำงานที่มีคุณค่าอันส่งผลถึงการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างยั่งยืน และเพิ่มอำนาจในการแข่งขันระหว่างประเทศอีกโสดหนึ่งด้วย

### บรรณานุกรม

- กองเศรษฐกิจการแรงงาน สำนักงานปลัดกระทรวงแรงงาน. รายงานสถานการณ์ภาวะเศรษฐกิจการแรงงานระหว่างประเทศและการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: กระทรวงแรงงาน, 2564.
- เกรียงศักดิ์ ชีระโกวิทขจร และวรคุณ ตูลารักษ์. รูปแบบงานใหม่ของคนขี่มอเตอร์ไซด์ส่งอาหารที่กำกับโดยแพลตฟอร์ม. กรุงเทพมหานคร: มูนิธิฟรีดริค เอแบร์ท ร่วมกับสถาบันแรงงานและเศรษฐกิจที่เป็นธรรม, 2563.
- เกษมสันต์ วิลาวรรณ, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 24. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- \_\_\_\_\_. คำอธิบายกฎหมายแรงงาน. พิมพ์ครั้งที่ 29. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13825/2555.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6067/2545.
- ตรีเนตร สารพงษ์. กฎหมายคุ้มครองแรงงาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร, 2563.
- ปภาศรี บัวสุวรรณ. คำอธิบายกฎหมายแรงงานและการประกันสังคม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561.
- ไพฑูริต เอกจริยกร. คำอธิบายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564.
- พงษ์รัตน์ เครือกลิ่น. คำอธิบายกฎหมายแรงงานเพื่อการบริหารทรัพยากรมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2560.
- วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม. กฎหมายแรงงาน. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- ศันท์ภรณ์ โสถิพันธุ์. คำอธิบายนิติกรรมสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. โครงการออกแบบระบบประกันสังคมที่รองรับการเปลี่ยนแปลงของรูปแบบการทำงานในอนาคต. กรุงเทพมหานคร: กองยุทธศาสตร์การพัฒนาศักยภาพทรัพยากรมนุษย์และสังคมสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, 2564.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. การลดความเหลื่อมล้ำและสร้างความ  
เป็นธรรม: นัยของการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีกับความเหลื่อมล้ำ-บทเรียนจาก  
เศรษฐกิจแพลตฟอร์ม. กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง สถาบันพระปกเกล้า,  
2562.

สมจิตร ทองศรี. คำอธิบายกฎหมายประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 5.  
กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธนอรุณการพิมพ์ จำกัด, 2565.

สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ. แนะนำแพลตฟอร์มวีซีซีปลอดภัย ป้องกันอุบัติเหตุ  
ทางถนน [Online]. Available URL: [https://www.thaihealth.or.th/Content/55090-  
แนะนำแพลตฟอร์มวีซีซีปลอดภัย%20ป้องกันอุบัติเหตุทางถนน.html](https://www.thaihealth.or.th/Content/55090-แนะนำแพลตฟอร์มวีซีซีปลอดภัย%20ป้องกันอุบัติเหตุทางถนน.html), 2022 (January, 30).

อรุณรัตน์ วันทนะสมบัติ และเกรียงศักดิ์ ชีระโกวิทจรร. แพลตฟอร์มอีโคโนมีและผลกระทบต่อ  
แรงงานในภาคบริการ: กรณีศึกษาในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ท,  
2561.

A.C.L., Davies. **Perspective on Labour Law**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University  
Press, 2009.

Ballotpedia. **California Proposition 22, App-Based Driver as Contractors and Labor  
Policies Initiative (2020)** [Online]. Available URL: [https://ballotpedia.org/California\\_Proposition\\_22,\\_App-  
Based\\_Drivers\\_as\\_Contractors\\_and\\_Labor\\_Poli-  
cies\\_Initiative\\_\(2020\)](https://ballotpedia.org/California_Proposition_22,_App-Based_Drivers_as_Contractors_and_Labor_Policies_Initiative_(2020)), 2022, (April, 5).

Bogg, Alan and others. **The Autonomy of Labour Law**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

Chesalina, Olga. “Access to social security for digital platform workers in Germany  
and in Russia: a comparative study.” **Spanish Labour Law and Employment  
Relations Journal** 7, 1-2 (2018).

Collins, Huge, Ewing K.D and McColgan Aileen. **Labour Law**. Cambridge: Cambridge  
University Press, 2012.

Daniel Perez, Del Prado. “The legal Framework of Platform Work in Spain: The New  
Spanish “Riders’ Law.” **Comparative Labor Law and Policy Journal** (2021).

Davidov, Guy and Langille Brian. **The Ideal of Labour Law**. Oxford: Oxford University  
Press, 2011.

- Davidov, Guy. **A Purposive Approach to Labour Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- \_\_\_\_\_. “The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach.” **Spanish Labour Law and Employment Relations Journal** (2017).
- Defossez, Delphine. “The employment status of food delivery riders in Europe and the UK: Self-employed or worker?.” **Maastricht Journal of European and Comparative Law** 29, 1 (2021).
- Deinert, Olaf and Freudenberg Christoph. “Platform work in Germany: How to improve working conditions and social protection?” **European Commission** (2020).
- Department of the Senate, Commonwealth of Australia. **First interim report: on-demand platform work in Australia**. Canberra: Senate Printing Unit, 2021.
- De Stefano, Valerio and Aloisi Antonio. **Fundamental labour rights, platform work and human rights protection of non-standard workers**. UK: Edward Elgar Publishing Ltd., 2019.
- De Stefano, Valerio. **The rise of the just-in-time workforce: On-demand work, crowdwork and labour protection in the gig-economy**. Geneva: International Labour Organization, 2016.
- Economic Intelligence Center. **อินไซด์ธุรกิจ Food delivery: เดินหน้าขยายตลาดพร้อมบริการที่หลากหลาย** [Online]. Available URL: [https://www.sceic.com/th/detail/file/product/7906/g3uws6soy7/EIC\\_Note\\_Food-delivery\\_20211102.pdf](https://www.sceic.com/th/detail/file/product/7906/g3uws6soy7/EIC_Note_Food-delivery_20211102.pdf), 2022 (March, 30).
- Eurofound. **Exploring self-employment in the European Union**. Luxemburg: Office of the European Union, 2017.
- Harris, Seth D. and Krueger Alan. **A Proposal for Modernizing Labour Laws for Twety-First-Century Work: The “Independent Worker”**. The Hamilton Project, 2015.
- Humbert, Franziska. **The Challenge of Child Labour in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

- International Labour Organization. **ILO Flagship Report: The role of digital labour platforms in transforming the world of work**. Geneva: International Labour Organization, 2021.
- National Conference of State Legislatures (NCSL). **Worker Misclassification** [Online]. Available URL: <https://www.ncsl.org/research/labor-and-employment/employee-misclassification-resources.aspx>, 2022 (March, 1).
- Pablo Mugnolo, Juan, Caparros Lucus and Golcman Martin. **Legal analysis of labour relations in delivery services through digital platforms in Argentina**. Argentina: ILO Country Office for Argentina, 2020.
- Robinhood. **ข้อกำหนดเงื่อนไขและข้อบังคับในการเป็นคนขับโรบิ้นฮู้ด** [Online]. Available URL: <https://www.robinhood.in.th/rider/rider-condition>, 2022 (April, 20).
- Schoukens, Paul, Barrio Alberto and Montebovi Saskia. “The EU social pillar: An answer to the challenge of the social protection of platform workers?.” **European Journal of Social Security** (2018).
- SDG MOVE. **WHO เผยรายงาน “ไทย” เสียชีวิตบนท้องถนนสูงสุดในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ แม้มีกฎหมายจราจรในเกณฑ์ดี** [Online]. Available URL: <https://www.sdgmovement.com/2021/02/10/who-global-sttus-report-on-road-safety-2018/2022>, (April, 20).
- Smith, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations**, 1970 ed. Harmondsworth: Penguin, 1776.
- Social Europe. **Platforms put a spoke in the wheel of Spain’s ‘riders’ law** [Online]. Available URL: <https://socialeurope.eu/platforms-put-a-spoke-in-the-wheels-of-spains-riders-law>, 2022 (March, 30).
- World Economic Forum. **Charter of Principles for Good Platform Work** [Online]. Available URL: [https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Charter\\_of\\_Principles\\_for\\_Good\\_Platform\\_Work.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_Charter_of_Principles_for_Good_Platform_Work.pdf), 2022 (March, 10).
- The State of Victoria. **Report of the Inquiry into the Victorian On-Demand Workforce**. Melbourne: Minister for Industrial Relation, 2020.
- Timko, Peter and Van Melik Rianne. “Being a Deliveroo Rider: Practices of Platform Labor in Nijmegen and Berlin.” **Journal of Contemporary Ethnography** 50,4(2021).

- Todoli-Signes, Adrian. “The end of the subordinate workers?: Collaborative economy, on-demand economy, Gig economy, and the crowdworkers’ need for protection.” **International Journal of Comparative Labour law and Industrial Relations** 33, 2 (2017).
- \_\_\_\_\_. “Spanish riders law and the right to be informed about the algorithm.” **European Labour Law Journal** 1, 4 (2021).
- Toronjo Pivateau, Griffin. **Rethinking the Worker Classification Test: Employees, Entrepreneurship, and Empowerment**. SSRN Electronic Journal, 2013.
- United States Government Accountability Office. **Employee Misclassification: Improve Coordination, Outreach, and Targeting Could Better Ensure Detection and Prevention** [Online]. Available URL: <https://www.gao.gov/assets/gao-09-717.pdf>, 2021 (December, 5)
- U.S. Department of Labor. **Misclassification of Employee as Independent Contractor** [Online]. Available URL: <https://www.dol.gov/agencies/whd/flsa/misclassification>, 2022 (April, 23).
- Veen, Alex, Barratt Tom and Goods Caleb. “Platform-Capital’s ‘App-etite’ for control: A Labour Process Analysis of Food-delivery Work in Australia.” **Work Employment and Society** 34, 3 (2020).
- Waeyaert, Willem, Lenaerts Karolien and Gillis Dirk. “SPAIN: the ‘Riders’ Law’, New Regulation on Digital Platform Work.” **European Agency for Safety and Health at Work** (2022).



คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: ฟ้องให้หน่วยงานรัฐ  
ล้มละลายได้หรือไม่

มณฑล อรรถบดินทร์  
สิทธิ โสภณภิมรณ



## คำพิพากษากฎีกาที่น่าสนใจ: ฟ้องให้หน่วยงานรัฐล้มละลายได้หรือไม่

มณฑล อรรถบलयุกล\*  
Monthol Uttabolyukol  
สิทธิ โสภณภิรมย์\*\*  
Sitti Sophonpirom

นิติบุคคลเป็นบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ได้ตามกฎหมาย เช่น เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ในมูลหนี้ต่าง ๆ เป็นเจ้าของหรือผู้ทรงทรัพย์สินในทรัพย์สินต่าง ๆ รวมถึงเป็นผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดในคดีอาญา อย่างไรก็ตาม เนื่องจากนิติบุคคลเป็นการสมมติให้เป็นบุคคลตามกฎหมาย นิติบุคคลจึงมีสิทธิและหน้าที่ได้เพียงเท่าที่ไม่ขัดกับสภาพของความเป็นบุคคลสมมติเท่านั้น ถ้าหากโดยสภาพแล้วสิทธิและหน้าที่ใดเป็นเรื่องที่นิติบุคคลไม่สามารถทำได้ นิติบุคคลย่อมไม่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิหรือเป็นผู้มีหน้าที่เช่นนั้นได้ เช่น การสมรส เป็นต้น

ประเทศไทยกำหนดให้หน่วยงานรัฐต่าง ๆ เช่น กระทรวง, ทบวง, กรม, จังหวัด ฯลฯ มีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งการกำหนดให้หน่วยงานรัฐเป็นนิติบุคคลเช่นนี้ แม้จะทำให้เกิดความสะดวกรวดเร็วและจัดความสับสนในการบริหารราชการต่าง ๆ แต่ก็ทำให้เกิดปัญหาและความสับสนไม่น้อย

---

\*อัยการประจำกองสำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายการอนุญาโตตุลาการ 2 และที่ปรึกษากฎหมาย กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม; น.บ. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; มหาวิทยาลัยศรีปทุม; LL.M. (International Commercial Arbitration) Bucerius Law School, Germany. E-mail: monthol.uttabolyukol@law-school.de

Divisional Public Prosecutor, Executive Director's Office of Arbitration 2 and Legal Advisor, Ministry of Digital Economy and Society; LL.B. Chiang Mai University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. Sripatum University; LL.M. (International Commercial Arbitration) Bucerius Law School, Germany.

\*\*อัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุดสำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายการอนุญาโตตุลาการ 2; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. E-mail: sit-sophon@hotmail.com

Public Prosecutor Attached to the Office of the Attorney General, The Office of the Attorney General, Department of Civil Dispute Settlement and Arbitration, the Executive Director's Office of Arbitration 2; LL.B. Ramkhamhaeng University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage.

ในคดีล้มละลาย (และคดีฟื้นฟูกิจการด้วย) นิติบุคคลสามารถเป็นเจ้าของผู้เป็นโจทก์ เป็นเจ้าหนี้ และสามารถเป็นลูกหนี้ได้ ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นลูกหนี้ในคดีล้มละลาย นิติบุคคลนั้นอาจจะถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดจนถึงกับถูกศาลสั่งให้ล้มละลายได้ ซึ่งจะทำให้นิติบุคคลนั้นเป็นอันเลิกกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ที่ผ่านมา มีหน่วยงานรัฐ (ทั้งที่เป็นส่วนราชการ, รัฐวิสาหกิจและองค์การของรัฐในรูปแบบอื่น) เป็นเจ้าหนี้ในคดีล้มละลายเป็นจำนวนมาก แต่กรณีที่หน่วยงานรัฐถูกฟ้องให้ล้มละลายเพิ่งจะปรากฏเป็นครั้งแรกในคำพิพากษาฎีกาที่ 5969/2559 บทความนี้จะศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวโดยเปรียบเทียบกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศประกอบ

### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5969/2559 (ย่อยาว)

(คำฟ้องโจทก์)

โจทก์ฟ้องขอให้มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของจำเลยทั้งสี่เด็ดขาดและพิพากษาให้เป็นบุคคลล้มละลาย

(คำพิพากษา/คำสั่งศาลล้มละลายกลาง)

ศาลล้มละลายกลางวินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 เป็นองค์การบริหารส่วนตำบล...มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537... หากศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของจำเลยที่ 1 เด็ดขาดก็จะไม่เป็นประโยชน์ต่อการบริหารราชการแผ่นดินและประชาชน กรณีจึงเป็นเหตุอื่นที่ไม่ควรให้จำเลยที่ 1 ล้มละลาย ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 14 พิพากษายกฟ้องจำเลยที่ 1...

(คำพิพากษาศาลฎีกา)

โจทก์อุทธรณ์ต่อศาลฎีกา

ศาลฎีกาแผนกคดีล้มละลายวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงรับฟังเป็นยุติในชั้นนี้ว่า...จำเลยที่ 1 จึงมีฐานะเป็นหน่วยงานราชการของรัฐและเป็นทบวงการเมือง...

...การฟ้องคดีล้มละลายมิใช่เป็นการฟ้องเพื่อบังคับเอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ไปชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ดังเช่นคดีแพ่งทั่วไป แต่เป็นการฟ้องเพื่อดำเนินการเข้าจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย ทั้งนี้ เพื่อที่จะนำเงินที่ได้จากการจัดการทรัพย์สินนั้นมาแบ่งชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ ดังนั้น กระบวนพิจารณาคดีล้มละลายจึงเป็นกระบวนการที่จะต้องดำเนินการรวบรวมและจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ แล้วนำมาจัดสรรแบ่งชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ของลูกหนี้ แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากจำเลยที่ 1 มีฐานะเป็นหน่วยงานราชการของรัฐ ทรัพย์สินของจำเลยที่ 1 ถือเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ย่อมไม่อาจยึดเพื่อการบังคับคดีไม่ว่าด้วยเหตุใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1307 จึงเป็นทรัพย์สินที่ตามกฎหมายไม่อยู่ในความ

รับผิดชอบการบังคับคดี ทั้งจำเลยที่ 1 ยังมีอำนาจหน้าที่ตามที่พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กำหนดไว้ และการจะได้รับชำระหนี้ของส่วนราชการนั้น โจทก์ย่อมสามารถกระทำได้โดยวิธีการอื่น เช่น การเบิกจ่ายเงินจากงบประมาณแผ่นดิน เป็นต้น นอกจากการฟ้องขอให้หน่วยงานราชการของรัฐตกเป็นบุคคลล้มละลายซึ่งไม่อาจกระทำได้ **คดีฟังได้ว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยที่ 1** ที่ศาลล้มละลายกลางเห็นว่า มีเหตุอื่นที่ไม่ควรให้จำเลยที่ 1 ล้มละลายแล้วพิพากษายกฟ้องจำเลยที่ 1 นั้น ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วยในผล...

...พิพากษายืน...<sup>1</sup>

(หมายเหตุ ใส่หัวข้อ, ตัดทอน, ใส่หมายเลขและทำตัวหนาโดยผู้เขียน)

### หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

**มาตรา 1307** ท่านห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของแผ่นดินไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่

พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483

**มาตรา 9** เจ้าหนี้จะฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายได้ก็ต่อเมื่อ

- (1) ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว
- (2) ...ลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลเป็นหนี้เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์คนเดียวหรือหลายคนเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าสองล้านบาท และ
- (3) หนี้้นั้นอาจกำหนดจำนวนได้โดยแน่นอนไม่ว่าหนี้้นั้นจะถึงกำหนดชำระโดยพลันหรือไม่ในอนาคตก็ตาม

**มาตรา 14** ในการพิจารณาคดีล้มละลายตามคำฟ้องของเจ้าหนี้ นั้น ศาลต้องพิจารณาเอาความจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ...ถ้าศาลพิจารณาได้ความจริง ให้ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาด แต่ถ้าไม่ได้ความจริงหรือลูกหนี้นำสืบได้ว่าอาจชำระหนี้ได้ทั้งหมดหรือมีเหตุอื่นที่ไม่ควรให้ลูกหนี้ล้มละลาย ให้ศาลยกฟ้อง

พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

**มาตรา 43** องค์การบริหารส่วนตำบลมีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

**มาตรา 7** เมื่อท้องถิ่นใดมีสภาพอันสมควรยกฐานะเป็นเทศบาล ให้จัดตั้งท้องถิ่นนั้น ๆ เป็นเทศบาลตำบล... ตามพระราชบัญญัตินี้ให้เทศบาลเป็นทบวงการเมือง มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ และกฎหมายอื่น

<sup>1</sup>หมายเหตุ ใส่หัวข้อ, ตัดทอน, ใส่หมายเลขและทำตัวหนาโดยผู้เขียน.

## ข้อพิจารณา

### 1. เหตุผลของศาลล้มละลายกลางแตกต่างจากเหตุผลของศาลฎีกา

คดีนี้ ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง (ในชั้นตรวจคำฟ้อง) โดยอาศัยเหตุว่า

“...หากศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของจำเลยที่ 1 เด็ดขาดก็จะเป็นประโยชน์ต่อการบริหารราชการแผ่นดินและประชาชน กรณีจึงเป็นเหตุอื่นที่ไม่ควรให้จำเลยที่ 1 ล้มละลาย...”

ในขณะที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

“...การฟ้องขอให้หน่วยงานราชการของรัฐตกเป็นบุคคลล้มละลายซึ่งไม่อาจกระทำ...”

ด้วยความเคารพเป็นอย่างยิ่งต่อศาลฎีกา ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นปัญหาในเรื่องอำนาจฟ้องโดยมากเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่การที่โจทก์จะมีอำนาจฟ้องหรือไม่ ควรจะเป็นเหตุต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

ในคดีล้มละลายเช่นคดีนี้ เหตุที่จะทำให้โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง น่าจะเป็นเหตุตามที่กฎหมายล้มละลายหรือกฎหมายอื่นบัญญัติไว้ เช่น โจทก์ไม่มีฐานะเป็นบุคคลจึงไม่มีอำนาจเป็นคู่ความในคดีและไม่สามารถร้องขอให้บุคคลอื่นล้มละลายได้ หรือเป็นกรณีฟ้องซ้ำหรือฟ้องซ้อน ซึ่งเป็นกรณีที่น่าเอาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับคดีล้มละลาย

ปัญหาที่น่าพิจารณา คือ จำเลยที่ 1 ในคดีนี้เป็นเทศบาลตำบล ซึ่งเป็นทบวงการเมือง ยกฐานะขึ้นจากองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่นและเป็นนิติบุคคล ดังนั้น จำเลยที่ 1 จึงมีฐานะเป็นนิติบุคคล สามารถมีสิทธิและมีความรับผิดชอบต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดห้ามมิให้ฟ้องนิติบุคคลที่เป็นหน่วยงานของรัฐให้ล้มละลายไว้

นอกจากนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับนิติบุคคลเอกชน เช่น ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือบริษัทจำกัดแล้ว จะเห็นว่าโดยสภาพแล้วองค์การทั้งของรัฐและเอกชนต่างมีรูปแบบการจัดการเช่นเดียวกัน เพียงแต่มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันเท่านั้น องค์การเอกชนแสวงหากำไรในขณะที่ภาครัฐมุ่งจัดการบริการสาธารณะต่าง ๆ แต่โดยสภาพแล้ว นิติบุคคลทั้งของภาครัฐและเอกชนไม่น่าจะมีความแตกต่างกันแต่อย่างใด

การที่ศาลฎีกากล่าวว่า โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเพราะการฟ้องให้นิติบุคคลที่เป็นส่วนราชการล้มละลายไม่สามารถทำได้นั้น อาจจะยังคลาดเคลื่อนอยู่บ้าง เพราะไม่มีกฎหมายใดห้ามมิให้ฟ้องหน่วยงานราชการเป็นคดีล้มละลาย นอกจากนี้ การเป็นบุคคลล้มละลายก็ได้เป็นสิทธิหรือหน้าที่ซึ่งโดยสภาพแล้ว นิติบุคคลไม่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิหรือมีหน้าที่ได้

การที่ศาลฎีกาให้เหตุผลว่า ทรัพย์สินของจำเลยที่ 1 เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ย่อมไม่อาจยึดเพื่อการบังคับคดีไม่ว่าด้วยเหตุใดนั้น ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกาผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่า แม้ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐ ถือเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ย่อมไม่อาจยึดเพื่อการบังคับคดีไม่ว่าด้วยเหตุใด ตามมาตรา 1307 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี แต่กรณีดังกล่าวมิใช่บทกฎหมายที่ห้ามมิให้ฟ้องหน่วยงานของรัฐเป็นคดีล้มละลาย หากแต่ถ้ากรณีดังกล่าวศาลได้มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินของลูกหนี้เด็ดขาด เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็ไม่อาจรวบรวมและจัดการทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดซึ่งจะเป็นเหตุอื่นที่ไม่ควรให้ลูกหนี้ล้มละลาย

ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลล้มละลายกลางที่วินิจฉัยว่า มีเหตุอื่นอันไม่สมควรให้ลูกหนี้ล้มละลายซึ่งเป็นเหตุที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 14 โดยตรงมากกว่า

## 2. การพิจารณาพิศุจน์ความเป็นบุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้

คดีนี้ศาลล้มละลายกลางพิพากษายกฟ้องโจทก์ในชั้นตรวจคำฟ้อง<sup>2</sup> กรณีจึงไม่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยที่ 1 เป็นบุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวอย่างไร<sup>3</sup>

ผู้เขียนมีข้อสันนิษฐานว่า โจทก์คงจะต้องบรรยายฟ้องมาแล้วว่าจำเลยที่ 1 เป็นบุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือมีข้อเท็จจริงต้องด้วยข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าจำเลยที่ 1 มีหนี้สินล้นพ้นตัว เพราะมิฉะนั้นศาลล้มละลายกลางก็คงจะพิพากษายกฟ้องโดยเหตุที่ว่า การบรรยายฟ้องไม่ครบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่น่าสนใจ คือ ถ้าหากศาลชั้นต้นมิได้พิพากษายกฟ้องในชั้นตรวจคำฟ้องแล้ว โจทก์จะนำสืบพิศุจน์อย่างไรว่าส่วนราชการมีหนี้สินล้นพ้นตัว

<sup>2</sup>การฟ้องลูกหนี้เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินของลูกหนี้เด็ดขาด ในชั้นนี้คงมีประเด็นเพียงว่า ลูกหนี้เป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือไม่ ซึ่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 14 กำหนดให้ศาลต้องพิจารณาให้ได้ความจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 หรือมาตรา 10 ถ้าศาลพิจารณาได้ความจริงให้ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินของลูกหนี้เด็ดขาด แต่ถ้าไม่ได้ความจริงหรือลูกหนี้นำสืบได้ว่าอาจชำระหนี้ได้ทั้งหมดหรือมีเหตุอื่นที่ไม่ควรให้ลูกหนี้ล้มละลายให้ศาลยกฟ้อง.

<sup>3</sup>คำว่า หนี้สินล้นพ้นตัว หมายถึง การมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน นอกจากนั้น เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าว พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 8 ยังได้กำหนดข้อสันนิษฐานซึ่งหากเจ้าหนี้สามารถพิสูจน์ได้ว่าลูกหนี้มีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดอันต้องด้วยข้อสันนิษฐานเช่นนั้นแล้ว ให้ถือว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ดังนั้น หากศาลพิจารณาได้ความจริงว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวตามความเป็นจริงหรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ศาลย่อมมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินของลูกหนี้เด็ดขาดได้ตามมาตรา 14.

### 3. เปรียบเทียบกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อมา คือ การฟ้องหรือการร้องขอให้หน่วยงานรัฐเป็นบุคคลล้มละลาย ไม่สามารถกระทำได้ (ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา) แล้ว เจ้าหนี้ (หรือลูกหนี้เอง) จะสามารถร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ซึ่งเป็นหน่วยงานรัฐได้หรือไม่

พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483

มาตรา 90/1 ““ลูกหนี้” หมายความว่า ลูกหนี้ที่เป็นบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด หรือนิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง”

มาตรา 90/91 “ลูกหนี้” หมายความว่า ลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา คณะบุคคล ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งประกอบธุรกิจที่มีลักษณะเป็นวิสาหกิจขนาดกลางหรือขนาดย่อม ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่ขึ้นทะเบียนกับสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม หรือที่จดทะเบียนกับหน่วยงานอื่นของรัฐ”

ปัจจุบันมีการตรากฎกระทรวงกำหนดให้นิติบุคคลอื่นเป็นลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการและกำหนดหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลการประกอบกิจการของลูกหนี้ พ.ศ. 2557 กำหนดให้ “สหกรณ์เครดิตยูเนี่ยนเป็นนิติบุคคลอื่น” ตามมาตรา 90/1

ปัจจุบันยังไม่มีกฎกระทรวงออกตามความในมาตรา 90/91

เนื่องจากกฎหมายฟื้นฟูกิจการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล ลูกหนี้จะต้องเป็นนิติบุคคลประเภทที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ด้วย ดังนั้น เมื่อหน่วยงานรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคล (ไม่ว่าอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม) แต่ไม่ได้เป็นนิติบุคคลประเภทที่กฎหมายฟื้นฟูกิจการกำหนดไว้ หน่วยงานรัฐจึงไม่สามารถเป็นลูกหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการได้

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าในมุมมองของกฎหมายเปรียบเทียบแล้ว กฎหมายฟื้นฟูกิจการกำหนดประเภทของนิติบุคคลที่สามารถฟื้นฟูกิจการได้ไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้น หากมีการร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการของนิติบุคคลใดซึ่งมิใช่นิติบุคคลประเภทที่กฎหมายกำหนดให้สามารถฟื้นฟูกิจการได้ ศาลย่อมมีคำพิพากษายกฟ้องหรือยกคำร้องโดยอาศัยเหตุที่ว่าโจทก์หรือผู้ร้องไม่มีอำนาจฟ้องได้ ซึ่งกรณีต่างจากกฎหมายล้มละลาย

### 4. เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

ประมวลกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา Chapter 9 ระบุไว้อย่างชัดแจ้งว่า Municipalities (อาจจะแปลคร่าว ๆ ว่า “ส่วนท้องถิ่น”) สามารถยื่นคำร้องขอจัดการทรัพย์สินและหนี้สินได้

แม้จะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายล้มละลาย แต่กระบวนการใน Chapter 9 มีบทบัญญัติที่เป็นเอกเทศและไม่ขึ้นกับบทบัญญัติในส่วนอื่น (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Chapter 7 (ล้มละลาย) และ Chapter 11 (การฟื้นฟูกิจการ)) เลย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ส่วนท้องถิ่นในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สามารถล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการ (ตามความหมายของ Chapter 11) ได้เลย แต่สามารถขอจัดการกิจการและทรัพย์สินตาม Chapter 9 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะได้

ในประเทศเยอรมนี ทรัพย์สินทั้งปวงของราชการย่อมเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ซึ่งเป็นเมือง ดังนั้น ส่วนราชการท้องถิ่นไม่สามารถล้มละลายหรือขอให้ฟื้นฟูกิจการได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ถ้าหากส่วนท้องถิ่นใดมีหนี้สินเป็นจำนวนมาก รัฐบาลกลางอาจจะตัดสินใจเข้าดำเนินการในส่วนท้องถิ่นนั้นเอง และขอให้ศาลมีคำสั่งตามกระบวนการ “Haushaltssicherungskonzept” ซึ่งก็คือ การเข้าจัดการกิจการและทรัพย์สินของเมืองนั้น ซึ่งมีสาระสำคัญไม่แตกต่างจาก Chapter 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกามากนัก

## 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เดิมกฎหมายส่วนฟื้นฟูกิจการมีความชัดเจนว่า ลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลประเภทส่วนราชการไม่สามารถที่จะยื่นคำร้องหรือถูกร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการได้

สำหรับในส่วนของกฎหมายล้มละลายนั้นไม่มีความชัดเจนเช่นนั้น แต่โดยผลของคำพิพากษาฎีกาที่ 5969/2559 นี้ ทำให้เห็นได้ว่า ลูกหนี้ซึ่งเป็นส่วนราชการ (จะเป็นส่วนท้องถิ่นหรือไม่ก็ตาม) ก็ไม่สามารถถูกร้องขอให้ล้มละลายได้เช่นกัน

ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาอย่างหนึ่ง คือ โดยที่กฎหมายไทยกำหนดให้ส่วนราชการต่าง ๆ มีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งมีสิทธิและหน้าที่เป็นของตนเอง ดังนั้น แม้ว่าจะได้รับการสนับสนุนงบประมาณจากรัฐบาล แต่ส่วนราชการบางแห่งก็อาจจะมีภาระหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินได้ ถ้าหากอาศัยเหตุที่ว่าทรัพย์สินของทางราชการทั้งหมดย่อมเป็นประกันแก่หนี้ของส่วนราชการทุกแห่ง ก็อาจจะมีข้อขัดข้องในทางปฏิบัติได้ว่าทรัพย์สินของส่วนราชการซึ่งเป็นนิติบุคคลอีกแห่งหนึ่งแยกออกจากนิติบุคคลที่เป็นลูกหนี้นั้นจะเป็นประกันการชำระหนี้ด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ เนื่องจากทรัพย์สินทั้งหมดของราชการเป็นทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในขอบข่ายแห่งการบังคับคดี จึงมีปัญหว่าถ้าหากเจ้าหนี้ไม่สามารถนำยึดทรัพย์สินของส่วนราชการได้แล้วจะดำเนินการอย่างไรต่อไป ถ้าหากจะหวังพึ่งงบประมาณจากส่วนกลางก็อาจจะเป็นภาระแก่การคลังของภาครัฐจนเกินสมควรหรือไม่

นอกจากนี้ การที่รัฐจะมีหนี้สินของรัฐ (Sovereign Debts) นั้นเป็นเรื่องปกติและเกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลา การที่หน่วยงานรัฐไม่มีบทบัญญัติอื่นใดเพื่อเป็นการช่วยเหลือในการจัดการกิจการและทรัพย์สินเมื่อเกิดความลำบากในการชำระหนี้เกิดขึ้น จะเป็นเหตุที่ทำให้ภาครัฐอาจเกิดสภาวะล้มละลายในความเป็นจริงขึ้นได้ (แม้ศาลจะไม่สามารถสั่งให้รัฐบาลล้มละลายตามกฎหมายได้ก็ตาม) สภาวะ “ถึงแตก” ของส่วนราชการเช่นนี้เกิดขึ้นมาหลายแห่งแล้วในต่างประเทศ เช่น เมือง Detroit ของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือปัจจุบันก็เช่น ประเทศศรีลังกา เป็นต้น

## ผู้ทรงคุณวุฒิ

1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิ่ง ภาไชย  
สำนักงานกฎหมาย  
คณิ่ง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด  
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
2. รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา  
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
3. รองศาสตราจารย์จุฑามาศ นิสารัตน์  
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
4. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
5. รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ สันตาสว่าง  
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
6. รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆสิต  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
7. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง  
ศาลยุติธรรม
8. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์  
นักวิชาการอิสระ
9. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ  
ศาลรัฐธรรมนูญ
10. ศาสตราจารย์ทักษิณ ฤกษ์สุต  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
11. ดร.ธนกฤต วรณัชชากุล  
สำนักงานอัยการสูงสุด
12. อาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล  
มหาวิทยาลัยรังสิต
13. นายนที จิตสว่าง  
สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
14. นายนริศ มณีพันธ์  
การรถไฟแห่งประเทศไทย
15. นางปิยนุช มนุรังสรรค์  
ศาลยุติธรรม
16. นายประภาศ คงเอียด  
กระทรวงการคลัง
17. นายประเสริฐ เสี่ยงสุทธิวงศ์  
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. นายวรุดิ ทวาทสิน  
ศาลยุติธรรม
27. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ  
นักวิชาการอิสระ
28. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

- |                                                 |                                                    |
|-------------------------------------------------|----------------------------------------------------|
| 29. นายศักดิ์ชัย ลิ้มศิริโพธิ์ทอง               | บริษัท วีระวงศ์, ชินวัฒน์ และ<br>พาร์ทเนอร์ส จำกัด |
| 30. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล         | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย                              |
| 31. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์                 | สำนักงานอัยการสูงสุด                               |
| 32. นายสมชัย ทีฆาอุตมากร                        | ศาลยุติธรรม                                        |
| 33. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบุรณ์เวช      | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                                |
| 34. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล            | มหาวิทยาลัยเชียงใหม่                               |
| 35. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล   | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต                            |
| 36. ดร.สมบุรณ์ เสี่ยงมบุตร                      | นักวิชาการอิสระ                                    |
| 37. นายสอนชัย สิริรายกุล                        | ศาลยุติธรรม                                        |
| 38. รองศาสตราจารย์สุขสมัย สุทธิบัติ             | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                                |
| 39. ดร.สุมาพร ศรีสุนทร                          | กระทรวงการคลัง                                     |
| 40. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ        | มหาวิทยาลัยขอนแก่น                                 |
| 41. นายกฤตา กฤติยาโชติปกรณ์                     | กรมสรรพากร                                         |
| 42. ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร         | มหาวิทยาลัยเชียงใหม่                               |
| 43. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ทศพล ทรรคนกุลพันธ์    | มหาวิทยาลัยเชียงใหม่                               |
| 44. อาจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ              | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย                              |
| 45. นายสมจิตร ทองศรี                            | ศาลยุติธรรม                                        |
| 46. นายวรวงศ์ อัจฉรวงศ์ชัย                      | ศาลยุติธรรม                                        |
| 47. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นภันต์ ศุภศิริพงษ์ชัย | มหาวิทยาลัยพะเยา                                   |
| 48. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นิสิต อินทมาโน        | มหาวิทยาลัยศรีปทุม                                 |

### ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

- |                                        |                              |
|----------------------------------------|------------------------------|
| 1. ศาสตราจารย์พิเศษมารุต บุณนาค        | ที่ปรึกษาของพรรคประชาธิปัตย์ |
| 2. ศาสตราจารย์พิเศษคณิง ภาไชย          | สำนักงานกฎหมาย               |
| 3. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน      | คณิง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด |
| 4. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์ | สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด   |
| 5. นายสงวน ตียะไพบูลย์สิน              | นักวิชาการอิสระ              |
|                                        | มหาวิทยาลัยรามคำแหง          |

## บรรณาธิการ

- |                                         |                     |
|-----------------------------------------|---------------------|
| 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มนทิชา ภัคดีคง | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
|-----------------------------------------|---------------------|

## กองบรรณาธิการ

- |                                                |                                     |
|------------------------------------------------|-------------------------------------|
| 1. รองคณบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย                 | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทรวรรณ ทองใหญ่          | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทระ ลิมปศิริระ          | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 5. อาจารย์ศศิประภา ศิสสิ วรรณากการ             | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี              | นักวิชาการอิสระ                     |
| 7. นายนันทิ จิตสว่าง                           | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ           | นักวิชาการอิสระ                     |
| 9. นายสมชัย ฑีฆาอุตมากร                        | ศาลยุติธรรม                         |
| 10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์                | สำนักงานอัยการสูงสุด                |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล  | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต             |
| 12. นายวรุฒิ ทวาทสิน                           | ศาลยุติธรรม                         |
| 13. นายนิรุฒ มณีพันธ์                          | การรถไฟแห่งประเทศไทย                |
| 14. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง                  | ศาลยุติธรรม                         |
| 15. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์            | มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ          |
| 16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย                      | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 17. นายณศุท กรองแก้วอารียะ                     | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 18. นางสาวนริศรา สารรัตน์                      | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 19. นายเพชร ชื่นชม                             | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |

## ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240

โทร 023108208, 0866859111 โทรสาร 023108208 E-mail: lawjournal@ru.ac.th

Website: [www.lawjournal.ru.ac.th](http://www.lawjournal.ru.ac.th) หรือ [www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal](http://www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal)

## รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4 พิมพ์หน้าเดียว
2. จัดพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. ใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่าน้ำกระดาษด้านบน (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 เพื่อระบุ หน่วยงานต้นสังกัด 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).
- รูปแบบการเขียนเชิงอรรถ สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ [www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc](http://www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc)

## บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษให้ใช้ ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับ หลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ 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.

สถานที่,/ วัน เดือน ปี.

- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[ประเภทวัสดุ]./ที่มา:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).

- รูปแบบการเขียนบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ [www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc](http://www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc)

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ [www.lawjournal.ru.ac.th](http://www.lawjournal.ru.ac.th) หรือ [www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal](http://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](mailto:lawjournal@ru.ac.th) หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online Journal System) ได้ที่ [www.lawjournal.ru.ac.th](http://www.lawjournal.ru.ac.th) หรือ [www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal](http://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

## จริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสารรวมคำแห่งฉบับนิติศาสตร์ (Publication Ethics)

เพื่อให้การสื่อสารทางวิชาการเป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับมาตรฐานการตีพิมพ์นานาชาติ กองบรรณาธิการวารสารรวมคำแห่ง ฉบับนิติศาสตร์ จึงได้กำหนดจริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสาร ตามบทบาทหน้าที่ดังนี้

### 1. หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ (Duties of Editors)

1.1 บรรณาธิการมีหน้าที่พิจารณาและตรวจสอบคุณภาพของบทความ เพื่อตีพิมพ์และเผยแพร่บทความในวารสารที่ตนรับผิดชอบ

1.2 บรรณาธิการจะต้องมีการตรวจสอบบทความในเรื่องการคัดลอกผลงานของผู้อื่น (Plagiarism) และการคัดลอกผลงานของตนเอง (Self-Plagiarism) ในบทความอย่างจริงจัง โดยการโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

1.3 หากในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ บรรณาธิการตรวจพบการคัดลอกผลงาน บรรณาธิการจะต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เพื่อขอคำชี้แจง เพื่อประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้น ๆ

1.4 บรรณาธิการต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เมื่อตรวจพบการคัดลอกผลงานในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ เพื่อขอคำชี้แจงและประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้น ๆ

1.5 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลของผู้นิพนธ์และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

1.6 ในการคัดเลือกบทความตีพิมพ์ บรรณาธิการต้องตัดสินใจเลือกบทความหลังจากผ่านกระบวนการประเมินบทความแล้ว โดยพิจารณาจากความใหม่ ความสำคัญ ความชัดเจน ของเนื้อหา ที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารเป็นสำคัญ

1.7 บรรณาธิการต้องไม่มีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้นิพนธ์และผู้ประเมิน

1.8 บรรณาธิการต้องตีพิมพ์บทความที่ไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่แหล่งตีพิมพ์อื่น

## 2. บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้น เป็นผลงานใหม่และไม่มี การส่งให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์ในช่วงเวลาเดียวกัน

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 หรือเหตุผลอื่น ๆ ที่อาจทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้น ๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญโดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขานั้น ๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยไม่ควรใช้ความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบทความหรืองานวิจัยนั้น ๆ

3.3 หากผู้นิพนธ์มีได้อ้างถึงผลงานวิจัยที่สำคัญ ๆ และสอดคล้องกับบทความเข้าไปในการประเมินบทความผู้ประเมินบทความต้องระบุเข้าไปในบทความที่กำลังประเมินด้วย เพื่อให้บทความเกิดคุณค่าในเชิงวิชาการเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ หากมีส่วนใดของบทความที่มีความเหมือน หรือซ้ำซ้อนกับผลงานชิ้นอื่นๆ ผู้ประเมินบทความต้องแจ้งให้บรรณาธิการทราบด้วย

3.4 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ ผู้ประเมินบทความต้องรักษาความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลบางส่วนหรือทุกส่วนของบทความที่ส่งมาเพื่อพิจารณาแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง