



ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 วันที่ 1 กรกฎาคม - 31 ธันวาคม 2565
Vol. 11 Issue 2, 1 July - 31 December 2022



RAMKHAMHAENG LAW JOURNAL

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ISSN 2286-8518 (Print)
ISSN 2651-1827 (Online)



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 11 ฉบับที่ 2

สภานายกสภามหาวิทยาลัย

ในขณะที่สถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 ที่กลับมาแพร่ระบาดอีกครั้ง ในนามของสภามหาวิทยาลัยขอชื่นชมคณะนิติศาสตร์ที่ได้ร่วมแรงร่วมใจเพื่อรับมือการระบาดของโรคเป็นอย่างดี และยังจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ โดยรักษามาตรฐานวารสารให้อยู่ในเกณฑ์ TCI กลุ่ม 2 ซึ่งแสดงถึงความมุ่งมั่นที่จะพัฒนาและการยกระดับคุณภาพของวารสารให้มีมาตรฐานมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ วารสารฉบับนี้ จะเป็นเวทีสำหรับทุกท่านที่จะนำเสนอผลงานทางวิชาการและสาระความรู้ที่เป็นประโยชน์มีคุณค่า ในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง



ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงปกป้องคุ้มครอง คณาจารย์ นักศึกษาทุกท่าน ตลอดจนคณะผู้จัดทำวารสารทุกท่าน ให้รอดพ้นผ่านโรคโควิด-19 อันเลวร้ายนี้ไปได้ด้วยดี



(นายวีระพล ตั้งสุวรรณ)

นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

สภามการณั้แพร่ระบาดของโรคไวรัสโควิด-19 ยังอยู่ในช่วงระบาคอย่างต่อเนื่อง มหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอแสดงความชื่นชมคณะนิติศาสตร์ที่ได้ปฏิบัติหน้าที่อยู่ภายใต้มาตรการควบคุมการแพร่ระบาดของโรคระบาดเป็นอย่างดี

แต่อย่างไรก็ตาม การระบาดของโรคก็ไม่ได้เป็นอุปสรรคในจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์แต่อย่างใด โดยคณะนิติศาสตร์ได้มีการจัดทำวารสารขึ้นอย่างต่อเนื่องเป็นประจำทุกปี เพื่อการเผยแพร่ผลงานวิชาการ วิจัย สาขานิติศาสตร์ อันเป็นประโยชน์แก่นักกฎหมาย นักวิชาการ และผู้สนใจทั่วไปที่จะนำมาค้นคว้าอ้างอิง อันจะนำมาซึ่งการพัฒนาความรู้ด้านกฎหมายต่อไป

ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้คณาจารย์ นักศึกษาทุกท่าน ตลอดจนคณะผู้จัดทำวารสารทุกท่าน จงมีแต่ความสุข มีสุขภาพพลามัยแข็งแรงสมบูรณ์ ปราศจากโรคภัยไข้เจ็บและภัยอันตรายทั้งปวง



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญชวล ทองประยูร)

ผู้อำนวยการสถาบันการศึกษานานาชาติ

กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง รักษาการแทน

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคนบดีคณะนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ให้ความสำคัญกับการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ เพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการ ในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วารสารฉบับนี้จักเป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมาย นักศึกษาและบุคคลทั่วไป ที่มีความสนใจทางด้านกฎหมาย

ในนามคณะนิติศาสตร์ ขอขอบคุณคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ที่ได้ร่วมแรงร่วมใจปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถ ในการจัดทำวารสารและยกระดับวารสารให้มีคุณภาพและมาตรฐาน เพื่อเกิดประโยชน์แก่นักกฎหมาย นักวิชาการ นักศึกษา อันจะนำมาเพื่อการพัฒนาวงการกฎหมายต่อไป

ขอพระบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้ง คณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีสุขภาพกายสมบูรณ์ แข็งแรงและ จิตใจที่เข้มแข็ง ปลอดภัยจากเชื้อไวรัสโควิด-19 ที่กลับมาระบาดอีกครั้ง เพื่อร่วมกันทำประโยชน์ ให้กับมหาวิทยาลัยและประเทศชาติต่อไป



S. Phoon

(รองศาสตราจารย์ฐากร ศิริยุทธ์วัฒนา)
คนบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมาย เพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้งเปิดรับบทความรับเชิญเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือนักวิชาการ 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

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ได้รับเกียรติจากผู้สนใจส่งบทความเพื่อลงตีพิมพ์เป็นจำนวนมาก โดยบทความในวารสารฉบับนี้ประกอบด้วยบทความวิชาการและบทความวิจัยในสาขานิติศาสตร์ ที่ผ่านการพิจารณาโดยผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 8 บทความ ต่อด้วยบทความรับเชิญจำนวน 2 บทความ

ในการนี้ กองบรรณาธิการ ขอขอบพระคุณผู้เขียนทุกท่านที่นำบทความอันทรงคุณค่าตีพิมพ์กับวารสารฯ และขอขอบคุณทุกท่านที่มีส่วนร่วมในการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณ
บรรณาธิการ

สารบัญ

หน้า

บทความวิชาการ

พีดานชั้นสูงในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล	1
บทบาทของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ต่อองค์กรธุรกิจในประเทศไทย ชญญานุช กาญจนประเสริฐ	25

บทความวิจัย

ปัญหาความเป็นส่วนตัวกรณีการโฆษณาออนไลน์โดยกำหนดเป้าหมาย ปริดา โชติมานนท์	49
มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีความลับทางการค้า รังสิมา ลัธนันท์	79
การปฏิบัติตามความตกลงด้านศุลกากรของประชาคมอาเซียนเกี่ยวกับราคาศุลกากร: ศึกษาเฉพาะกรณีพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 รัฐศักดิ์ พิศุทธางกูร	103
หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัว วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์	133
ยุทธธรรมชุมชน: เปลี่ยนความขัดแย้งสู่การสร้างชุมชนเข้มแข็ง นงลักษณ์ ยอดมงคล และคณะ	173
การศึกษาวิจัยกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำ: กรอบแนวคิดของกฎหมายน้ำญี่ปุ่นและขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายน้ำไทย พีรพล เจตโรจนานนท์	205

บทความรับเชิญ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ: เหตุผลที่หายไปพร้อมกับความชอบธรรมของคำชี้ขาด เชิดเกียรติ อินทเสมอ มณฑล อรรถบลยุคคล	235
บทวิจารณ์หนังสือ ภัทระ ลิ้มปิติระ	249

พุดานชั้นสูงในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ดร.พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล

เพดานชั้นสูงในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ The Limitation of Assigning the Punitive Damages

ดร.พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล*
Dr.Peerapong Jongpaisalsakul

บทคัดย่อ

ปัจจุบัน พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ แต่พบว่าเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษในปัจจุบันยังมีอัตราที่ไม่เหมาะสม ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจไม่เกรงกลัว อีกทั้งยังพบความไม่สมเหตุสมผลในการกำหนดเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

บทความนี้ จึงมุ่งหาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ให้สอดคล้องกันกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมไทยในปัจจุบัน โดยนำหลักการกำหนดเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษของสหรัฐอเมริกามาศึกษาควบคู่กัน และเสนอแนะให้มีการแก้ไขหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์ในการคำนวณหาค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสมที่สุด ซึ่งใช้ในสหรัฐอเมริกาบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย เพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในอนาคตต่อไป

คำสำคัญ: ค่าเสียหายเชิงลงโทษ, คดีผู้บริโภค, ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; Senior Associate บริษัท วีเอ พาร์ทเนอร์ส จำกัด; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. (กฎหมายเอกชนและธุรกิจ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; น.ด. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. E-mail: peerapong.j@ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; Senior Associate VA Partners company limited; LL.B. (First Class Honors) Mae Fah Luang University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. in Civil and Business Law, Chulalongkorn University; LL.D. Chulalongkorn University.

วันที่รับบทความ (received) 5 ตุลาคม 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 24 พฤศจิกายน 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 28 พฤศจิกายน 2565.

Abstract

The punitive damages concept has been defined under the Trade Secret Act B.E. 2545, Liability for Damages Arising from Unsafe Products Act B.E. 2551 and Consumer Case Procedure Act B.E. 2551. Under these laws, there is a limitation in assigning punitive damages by the statutes. Nevertheless, such limitation is inappropriate, and the business operators may therefore not be afraid to be assigned the punitive damages. Furthermore, there is the unreasonableness of defining the limitation of punitive damages.

This article aims to present the appropriate model for assigning punitive damages by considering the economic circumstances and social in Thailand. First, the author shows the application of the punitive damages model in the United States. Then, the author recommended the amendment of the punitive damages calculation method by taking into account the economics principle in order to develop application of the punitive damages for the future.

Keywords: punitive damages, consumer case, product liability

1. บทนำ

เมื่อเกิดความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นแก่ผู้บริโภค โดยเฉพาะเป็นความเสียหายอันเกิดจากการบริโภคสินค้า สิ่งที่ผู้บริโภคจะได้รับนอกจากค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ผู้บริโภคยังมีสิทธิได้รับค่าเสียหายอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ” ด้วย ซึ่งค่าเสียหายประเภทนี้มีความมุ่งหมายที่จะลงโทษผู้กระทำละเมิดหรือผู้ประกอบการธุรกิจให้มีความระมัดระวังเพื่อมิให้เกิดความเสียหายในลักษณะดังกล่าวขึ้นอีกในอนาคต เช่น ในกรณีที่ผู้บริโภครายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการใช้สินค้า จึงต้องเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลเป็นเงินจำนวน 100,000 บาท ถ้าหากผู้บริโภครายนี้ฟ้องคดีดังกล่าวโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยทั่วไปแล้วภายใต้หลักการคิดคำนวณค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดในระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลย่อมไม่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนอย่างเป็นอิสระแต่จะต้องกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามที่มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดไว้ กล่าวคือ ศาลจะกำหนดสถานใด เพียงใด ให้เป็นไปตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด¹ เพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ (status quo ante) เท่านั้น²

ดังนั้น ผู้บริโภคก็ชอบที่จะได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากผู้ประกอบการธุรกิจเป็นเงินจำนวน 100,000 บาท ตามหลักการคำนวณค่าสินไหมทดแทนภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หากผู้บริโภคนำคดีเดียวกันนั้นมาฟ้องตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค ในกรณีเช่นว่านี้นอกจากผู้บริโภคจะมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายดังกล่าวแล้ว ผู้บริโภคยังมีสิทธิได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษในจำนวนไม่เกิน 2 เท่าของความเสียหายที่แท้จริง กล่าวคือ ไม่เกิน 200,000 บาท อีกด้วย รวมแล้วผู้บริโภคอาจได้รับเงินชดเชยความเสียหายรวมทั้งสิ้นถึง 300,000 บาท

ในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษมีปัจจัยที่ต้องพิจารณาหลายประการ กล่าวคือ หากไม่มีกรอบในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้ว ในบางกรณีก็อาจมีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในจำนวนที่มากเกินไปจนสมควร แต่ถ้ากรอบในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นเป็นไปอย่างไม่เหมาะสม เช่นนี้ วัตถุประสงค์ในการกำหนดให้มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ คือ ต้องการให้ผู้ประกอบการธุรกิจใช้ความ

¹ ศันท์ภรณ์ โสถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565), หน้า 277.

² คำพิพากษาฎีกาที่ 775/2532 การทำละเมิดต่อทรัพย์สินของผู้อื่น ผู้ทำละเมิดจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นตาม ป.พ.พ. มาตรา 420 เมื่อจำเลยกระทำละเมิดทำให้ต่อมสะพานของโจทก์เสียหาย จำเลยก็ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนในการกระทำดังกล่าวเท่านั้น โจทก์จะให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในการรื้อสะพานนั้นหาได้ไม่.

ระมัดระวังในการประกอบธุรกิจให้มากขึ้นก็อาจไม่ประสบความสำเร็จได้ เพราะฉะนั้นในการดักเตือนผู้ประกอบการให้ใช้ความระมัดระวังดังกล่าว ค่าเสียหายเชิงลงโทษตามกฎหมายก็จำเป็นต้องมีจำนวนพอสมควร เพื่อให้ผู้ประกอบการเกรงกลัวที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษของกฎหมายในประเทศไทยนั้น มีการกำหนดเพดานขั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยเฉพาะในกฎหมายวิธีพิจารณาความผิดผู้บริโภคร ซึ่งให้อำนาจศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เพียงไม่เกิน 2 เท่าของความเสียหายที่แท้จริง ซึ่งอัตราดังกล่าวมีแนวโน้มที่ยังไม่อาจทำให้ผู้ประกอบการเกรงกลัว และยังไม่อาจทำให้ผู้ประกอบการตระหนักถึงการจำกัดให้มีมาตรการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายขึ้น ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการจะต้องคำนึงถึงชื่อเสียงของธุรกิจของตนด้วยก็ตาม แต่ชื่อเสียงในทางธุรกิจของผู้ประกอบการแต่ละรายย่อมแตกต่างกัน อันส่งผลให้ความระมัดระวังที่ผู้ประกอบการต้องใช้ในการประกอบธุรกิจมีความแตกต่างกัน ขณะที่แนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นเป็นบรรทัดฐานให้ผู้ประกอบการแต่ละรายจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังในการประกอบธุรกิจในระดับใกล้เคียงกัน การมีเพดานขั้นสูงในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษดังกล่าวที่ต่ำจึงอาจไม่กระทบถึงผลประโยชน์ประกอบการของผู้ประกอบการแต่อย่างใด หรือผู้ประกอบการอาจนำค่าเสียหายดังกล่าวไปรวมเป็นต้นทุนในการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่ง จนมิได้รู้สึกว่าตนเองต้องใช้ความระมัดระวังมากขึ้นก็ได้³

นอกจากนี้ ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษตามมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความผิดผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ยังมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ผิดไปจากที่ควรจะเป็นอยู่บางประการ กล่าวคือ ในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายเพียงเล็กน้อยโดยคิดเป็นเงินจำนวนไม่เกิน 50,000 บาท แต่ผู้ประกอบการก็ต้องถูกบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษมากกว่ากรณีที่เกิดความเสียหายขนาดใหญ่ จึงควรมีการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขการกำหนดเพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยนำกฎหมายในสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์อันเป็นระบบที่เป็นที่มาของค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้มาศึกษาเปรียบเทียบ อีกทั้งยังเป็นประเทศที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ รวมถึงยังมีการกำหนดเพดานขั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษในแต่ละมลรัฐที่อาจนำมาเป็นแนวทางในการปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทย เพื่อให้การกำหนดเพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศไทยมีความเหมาะสมและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้นได้ อันจะทำให้การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศไทยนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษและป้องกันการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายจากผู้ประกอบการอีก

³ ประณามภรณ์ นรสิงห์ และสุนทรี บุษิตชน, “ปัญหาทางกฎหมายและแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการคุ้มครองผู้บริโภค: ศึกษากรณีผู้ใช้ผลิตภัณฑ์เครื่องสำอาง,” วารสารปัญญาภิธาน 5,2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2563): 166; พรหมพิริยะ พรสุข, ค่าเสียหายคดีผู้บริโภค 2 เท่าคงไม่พอ, สำนักกฎหมาย สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (31 กรกฎาคม 2557).

ดังนั้น เพื่อแสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดเพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสม และถูกต้อง บทความนี้จึงมุ่งศึกษาความเป็นมาของการกำหนดให้มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ รวมถึง หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งในส่วนของกฎหมายในสหรัฐอเมริกา และกฎหมายในประเทศไทยควบคู่กันไปด้วย อีกทั้งมีการวิเคราะห์ถึงปัญหาในการกำหนดเพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งมีอัตราที่ต่ำเกินไปสมควร และมีลักษณะการกำหนดเพดานที่ไม่ถูกต้อง พร้อมด้วยข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไข อัตราเพดานค่าเสียหายเชิงลงโทษให้มีความเหมาะสมและถูกต้อง

2. ความเป็นมาและความหมายของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) เกิดขึ้นครั้งแรกในการพิจารณาของศาลระบบคอมมอนลอว์ ประเทศอังกฤษ โดยมีการพัฒนามาจากหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญา แต่เนื่องจากในขณะนั้นสาธารณชนยังไม่ให้ความสนใจในเรื่องนี้นัก เพราะจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงไม่มาก และยังถูกกำหนดให้ปรับใช้ในคดีบางประเภทเท่านั้น แต่ในเวลาต่อมา มีการพัฒนาแนวคิดดังกล่าวให้ใช้กับคดีทางแพ่ง โดยที่ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ได้เป็นค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น หากแต่เป็น “ค่าปรับทางเอกชนที่กำหนดโดยคณะลูกขุนเพื่อลงโทษการกระทำที่น่าตำหนิ (reprehensible conduct) และป้องปราม (deter) การกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต”⁴ ซึ่งการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษจะพิจารณาโดยแยกส่วนจากค่าเสียหายที่แท้จริงออกจากกัน โดยพิจารณาจากลักษณะการกระทำผิดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความรู้สึกนึกคิดและศีลธรรมอันดี และพฤติการณ์ของผู้กระทำเป็นเครื่องชี้วัด จึงอาจเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ว่าเป็น “ค่าเสียหายทดแทนที่มากกว่าธรรมดา” (Extracompensatory damages)⁵ หรือ “ค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง” (Exemplary damages) หรือ “ค่าเสียหายแบบเป็นโทษ” (Vindictive damages)⁶

กระทั่งในปี ค.ศ. 1960 ศาลของสหรัฐอเมริกาก็เริ่มมีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยกำหนดเป็นจำนวนสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นอย่างมาก เนื่องจากมีคดีละเมิดจำนวนมากที่ผู้ผลิตถูกกำหนดให้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ อีกทั้งการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็กลายเป็น

⁴Gertz v. Welch, 418 U.S. 323, 350 (1974), อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 22.

⁵Dan B. Dobbs, The Law of Torts, § 381 (2004), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁶สอาด หอมมณี, ก้าวใหม่ในการนำหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) มาบังคับใช้ในกฎหมายไทย [Online], available URL: http://law.east.spu.ac.th/c_labor.php, 2558 (กันยายน, 14).

สาเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำได้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่การประมาทเลินเล่อโดยทั่วไปจะยังไม่เป็นเหตุเพียงพอให้ศาลหรือคณะลูกขุนกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ซึ่งก่อนปี ค.ศ. 1976 มีคดีเพียง 3 คดีที่ศาลสูงพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลล่างในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ซึ่งมีความสัมพันธ์กับค่าเสียหายที่แท้จริงต่ำ แต่หลังจากปี ค.ศ. 1976 เป็นต้นมา ปรากฏว่าจำนวนคดีที่ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นมีเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมากทั้งในคดีเกี่ยวกับความรับผิดในผลิตภัณฑ์และคดีละเมิดทั่วไป⁷

ในปัจจุบัน ประเทศที่ใช้ระบบชีวิตลอว์ได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยประเทศไทยก็ได้มีการนำแนวความคิดเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้ในกฎหมายพิเศษบางฉบับ เริ่มต้นตั้งแต่ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก่อนกฎหมายพิเศษฉบับอื่น ๆ

3. วัตถุประสงค์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

แนวคิดสำคัญในการกำหนดให้มีค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น คือ ในกรณีที่ผู้กระทำนั้นได้กระทำไปด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ความมุ่งร้าย หรือการหลอกลวง เช่นนี้ ผู้กระทำควรได้รับผลเพื่อเป็นการลงโทษนอกเหนือจากการชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง ซึ่งเป็นเพียงการเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเท่านั้น และเพื่อเป็นการยับยั้งป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจหวงกระทำการเช่นว่านั้นอีก

วัตถุประสงค์โดยสำคัญในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจึง มี 2 ประการ⁸

1) เพื่อการลงโทษ (Punishment) จากหลักการที่ว่าความผิดทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นทางแพ่งหรือทางอาญาสมควรได้รับการลงโทษ⁹ อีกทั้งการลงโทษยังเป็นการแสดงถึงการที่รัฐให้ความสำคัญกับผู้เสียหาย¹⁰ ดังนี้ ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย จนทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย จึงต้องได้รับการลงโทษ

⁷ ศักดา ธนิตกุล. เรื่องเดิม, หน้า 25.

⁸ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 444.

⁹ Michael Rustad and Thomas Koenig, "The Historical Continuity of Punitive Damage Awards: Reforming the Tort Reformers," *American University Law Review* 42 (1993): 1320.

¹⁰ Marc Galanter and David Luban, "Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism," *American University Law Review* 42 (1993): 1433.

2) เพื่อยับยั้งป้องกัน (Deterrence) การยับยั้งป้องกันเป็นหลักการที่สำคัญ เพราะเนื่องจากแนวความคิดที่ว่า การให้ผู้ประกอบธุรกิจชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงเพียงอย่างเดียว นั้น ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจตระหนักถึงความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของตน การกำหนดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นการสร้างแรงจูงใจไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำความผิด หรือต้องกระทำการใด ๆ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายนั้นขึ้นอีกได้¹¹

4. แนวความคิดในการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบังคับใช้ในประเทศไทย

เดิมที่ประเทศไทยยังไม่มีแนวความคิดในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ในเวลาต่อมาสภาพสังคมและเศรษฐกิจมีการพัฒนาและมีการแข่งขันที่มากขึ้น การให้การเยียวยาด้วยวิธีการแบบที่ใช้มาตั้งแต่อดีตตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงไม่เพียงพอที่จะลงโทษ ยับยั้ง และป้องกันผู้ประกอบธุรกิจจากการกระทำความผิด จึงเริ่มมีการนำแนวความคิดในเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้โดยการบัญญัติไว้ในกฎหมายพิเศษ¹² เป็นลำดับดังต่อไปนี้

4.1 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 13 บัญญัติว่า “ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเมื่อมีการฟ้องคดีตามมาตรา 8 (2) ศาลมีอำนาจกำหนดตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) นอกจากกำหนดค่าสินไหมทดแทนเฉพาะในความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าคืนผลประโยชน์ที่ได้จาก หรือเนื่องจากการละเมิด โดยคิดรวมเข้าไปในค่าสินไหมทดแทนได้

(2) ในกรณีที่ไม้อาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตาม (1) ได้ ให้ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

(3) ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าเป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาถลำนกล้าง เป็นเหตุให้ความลับทางการค้าดังกล่าวสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้า ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนที่ศาลกำหนดตาม (1) หรือ (2) ได้ แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนตาม (1) หรือ (2)”

¹¹ ศักดา ธนิตกุล, เรื่องเดิม.

¹² ศิริกุล สิริอรุณรุ่งโรจน์, “ปัญหาในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน: ศึกษากรณีค่าเสียหายทางจิตใจและค่าเสียหายเชิงลงโทษ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 53.

4.2 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 11 บัญญัติว่า “นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหายและหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามิ ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ

(2) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้ผลิต นำเข้า หรือขายสินค้าโดยรู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยภายหลังจากการผลิต นำเข้า หรือขายสินค้านั้นแล้วไม่ดำเนินการใด ๆ ตามสมควรเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ การที่ผู้ประกอบการรู้ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการปกปิดความไม่ปลอดภัยของสินค้า การดำเนินการของผู้ประกอบการเมื่อทราบว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการ การที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย”

4.3 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำที่ถูกฟ้องร้องเกิดจากการที่ผู้ประกอบการกระทำโดยเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรมหรือจงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภคหรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันยอมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบการชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการ การที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้บริโภคมมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนเงินไม่เกินห้าหมื่นบาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด”

เจตนารมณ์ในการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าวทั้ง 3 ฉบับ เพื่อเป็นการป้องปรามการกระทำที่มีเจตนาจะก่อให้เกิดความเสียหาย และป้องปรามมิให้ผู้ละเมิดหรือผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินธุรกิจในขณะที่เอาเปรียบผู้บริโภคมากเกินไป อีกทั้งเพื่อปกป้องผู้บริโภคโดยส่วนรวมมิได้รับความเสียหายจากการบริโภคสินค้าและบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจที่มีได้กระทำโดยสุจริต จึงให้อำนาจศาลที่จะสั่งให้ผู้กระทำผิดในลักษณะดังกล่าวจ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มจากค่าเสียหายที่แท้จริงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าในกฎหมายทั้ง 3 ฉบับข้างต้นนั้น ล้วนมีการกำหนดเพดานขั้นสูงในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเอาไว้ โดยให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เพียงไม่เกิน 2 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด หรือไม่เกิน 5 เท่าในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 ซึ่งศาลได้กำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงสำหรับการกระทำนั้นไว้ไม่เกิน 50,000 บาท โดยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีผู้บริโภคให้ศาลคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น ความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับ ลักษณะทางการเงินของผู้ประกอบการธุรกิจ การที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นตลอดจนการที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย¹³

ในปัจจุบัน ศาลมีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษแก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่กระทำละเมิดต่อผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 แล้ว แต่ก็มักจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ถึงเพดานขั้นสูงที่กฎหมายกำหนด เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4189/2563 ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพียงเท่าหนึ่งของจำนวนเงินค่าเสียหายที่แท้จริง หรือในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2065/2563 ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้เพียงครึ่งหนึ่งของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ผู้บริโภคได้รับเท่านั้น แม้จะปรากฏว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีพฤติกรรมเอาเปรียบผู้บริโภคโดยเจตนาจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคก็ตาม เป็นต้น

¹³ธานีศ เกศวพิทักษ์, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: พลสยามพับลิชชิ่ง, 2551), หน้า 1.

5. หลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในสหรัฐอเมริกา

ค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิดเป็นค่าสินไหมทดแทนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจะให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะที่เป็นอยู่เดิมก่อนที่จะได้รับความเสียหาย¹⁴ แต่ในบางครั้งค่าสินไหมทดแทนเพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอที่จะป้องปรามผู้กระทำความผิด ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นกลไกอย่างหนึ่ง queเพิ่มเติมจากค่าสินไหมทดแทนตามปกติที่ผู้เสียหายจะได้รับ โดยมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษ¹⁵ และเป็นการป้องปรามไม่ให้ผู้กระทำความผิดกระทำการดังกล่าวซ้ำอีก¹⁶

ใน Restatement of Torts ของสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความของค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ว่า เป็นค่าเสียหายที่กำหนดขึ้นเพื่อลงโทษผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย¹⁷ โดยการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษดังกล่าวในสหรัฐอเมริกามีวัตถุประสงค์เพื่อป้องปรามและลงโทษผู้กระทำความผิด¹⁸ และยังเป็นแบบอย่างไม่ให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวซ้ำอีก¹⁹ นอกจากนี้ การกำหนดให้มีค่าเสียหายเชิงลงโทษยังเป็นแรงจูงใจอย่างหนึ่งให้ทนายความสนใจในการที่จะรับดำเนินการฟ้องร้องคดี เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายให้กับลูกค้าในคดีของตนอย่างเต็มที่มากขึ้นด้วย เนื่องจากค่าทนายความในการดำเนินคดีที่ตนได้รับจะเพิ่มมากขึ้นกว่าเดิมตามจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ลูกค้าร้องขอและได้รับตามที่ศาลพิพากษานอกเหนือไปจากค่าเสียหายที่แท้จริง²⁰

อย่างไรก็ตาม ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น พบว่า ในบางกรณีอาจมีการกำหนดค่าเสียหายให้ผู้เสียหายในจำนวนที่มากเกินไป (overcompensate) ซึ่งอาจทำให้ผู้เสียหายได้รับประโยชน์เพิ่มมากขึ้นกว่าก่อนที่จะมีการกระทำอันผิดกฎหมายจนเกินความสมดุล ศาลของหลายมรัฐในสหรัฐอเมริกา รวมทั้งศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา (the United States Supreme Court) จึงได้วางหลักเกณฑ์ให้มีการกำหนดเพดานขั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ให้อยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยศุนิตีกระบวน ในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ของรัฐธรรมนูญแห่ง

¹⁴Richard L. Hasen, **Remedies**, 2nd ed. (New York: Aspen Publishers, 2010), p. 327.

¹⁵Ibid., p. 328.

¹⁶Harry Krasnick, "Punitive Damages in Contract," **Advocate (Vancouver Bar Association)** 36 (December-January 1978): 14.

¹⁷Restatement of Torts § 903.

¹⁸Ibid.

¹⁹Richard L. Hasen, op. cit., p. 328.

²⁰Ibid.

สหรัฐอเมริกา (the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution)²¹

โดยมลรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกาได้วางข้อกำหนดอัตราเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ซึ่งสามารถแบ่งรูปแบบการกำหนดเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1) กำหนดเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ด้วยจำนวนตัวเลขที่แน่นอน เช่น ในมลรัฐอินเดียนา (Indiana) ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายที่แท้จริงรวมกันได้ไม่เกิน 750,000 เหรียญสหรัฐ²² ในมลรัฐเวอร์จิเนีย (Virginia) ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ไม่เกิน 350,000 เหรียญสหรัฐ²³ ในมลรัฐจอร์เจีย (Georgia) ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ไม่เกิน 250,000 เหรียญสหรัฐ เว้นแต่คดีที่ก่อความเสียหายโดยเจตนา²⁴ หรือในมลรัฐเท็กซัส (Texas) ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ไม่เกิน 200,000 เหรียญสหรัฐ²⁵

2) กำหนดเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้เป็นอัตราเท่าตัวของความเสียหายที่แท้จริง กล่าวคือ นำค่าเสียหายที่แท้จริงมาเป็นฐานในการคำนวณหาเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษ เช่น ในมลรัฐโคโลราโด (Colorado) ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ไม่เกิน 3 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง หากเป็นการกระทำที่กำหนด²⁶ หรือในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey) ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ไม่เกิน 5 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง หรือไม่เกินจำนวน 350,000 เหรียญสหรัฐ แล้วแต่ว่าเงินจำนวนใดจะมากกว่า²⁷

ส่วนหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงจำนวนของค่าเสียหายเชิงลงโทษในแต่ละกรณีนั้น ในสหรัฐอเมริกาได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า หากผู้พิจารณาคดีเห็นควรให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ให้กำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษดังกล่าว โดยในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้คำนึงถึงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องทั้งหมด รวมถึงพยานหลักฐานดังต่อไปนี้ด้วย

²¹Ibid., p. 332.

²²Heidi Li Feldman, "Harm and Money: Against the Insurance Theory of Tort Compensation," *Texas Law Review* 75 (1997): 1567.

²³Va. Code Ann. § 6-11-20 (a) (sup.1990).

²⁴Ga. Code Ann. § 51-12-5.1 (e) (1), (f), (g).

²⁵Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 41.008.

²⁶Colo. Rev. Stat. § 13-21-102.

²⁷Richard L. Hasen, op. cit., p.338.

(1) หลักฐานที่เกี่ยวข้องทุกประการที่เกี่ยวกับปัจจัย (ที่ใช้ในการพิจารณาว่าควรกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้เป็นจำนวนเท่าใด)

(2) กำไรที่จำเลยจะได้รับจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย

(3) เวลาที่การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายได้สิ้นสุดลง

(4) สถานะทางการเงินของจำเลย²⁸

ทั้งนี้ ภายใต้แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์นั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ คือ การรวบรวมต้นทุนทั้งหมดที่เกิดขึ้นมาไว้ที่การกระทำ (cost internalization) โดยใช้ความรับผิดชอบเป็นเครื่องมือเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดสรร (allocative efficiency) อันจะทำให้ผู้กระทำละเมิดต้องชำระค่าเสียหายในจำนวนที่ถูกต้องทางสังคม (socially compensable amount) อันหมายถึงจำนวนเงินที่เท่ากับความสูญเสียที่เกิดขึ้นทั้งหมดไม่ว่าต่อผู้เสียหายในคดีหรือต่อสังคม²⁹ นอกจากนี้ ถ้าผู้กระทำละเมิดสามารถคำนวณต้นทุนที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนเองได้ ก็จะไม่เกิดการกระทำที่มีประสิทธิภาพขึ้น (inefficient behavior) กล่าวคือ การที่ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายที่มากกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงให้กับผู้เสียหายที่ฟ้องคดีได้ จึงจะเป็นการป้องปรามการละเมิดที่ผู้กระทำละเมิดไม่ได้ใส่ใจต่อผลกระทบที่จะเกิดขึ้นได้³⁰ ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในสหรัฐอเมริกาจึงได้มีการนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาประยุกต์ใช้เพื่อการคำนวณหาจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสมที่สุดในแต่ละกรณี โดยนำค่าเสียหายที่แท้จริงหารด้วยโอกาสที่จำเลยจะต้องรับผิดชอบ จะได้ค่าเสียหายในคดีเพื่อการป้องปรามที่เหมาะสมที่สุด (optimal deterrence)³¹

ตัวอย่างเช่น ในคดี *BMW v. Gore*³² โจทก์ซื้อรถยนต์ยี่ห้อ BMW ในมลรัฐแอละแบมา (Alabama) สหรัฐอเมริกา ในราคา 40,000 เหรียญสหรัฐ หลังจากโจทก์ใช้รถยนต์ดังกล่าวไปเป็นเวลา 9 เดือน ก็พบว่า รถยนต์คันดังกล่าวที่โจทก์ซื้อมาเคยได้รับอุบัติเหตุมาก่อน หลังจากนั้นถูกนำมาทำสีใหม่ แล้วจึงขายให้แก่โจทก์ ซึ่งในมลรัฐแอละแบมาถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นกลฉ้อฉลอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตาม โจทก์ไม่อาจพบความผิดปกติดังกล่าวได้โดยง่าย ดังนั้น จึงมีโอกาสดังกล่าวจะหลุดพ้นจากความรับผิด

²⁸Ibid.

²⁹Jeffrey L. Harrison and Jules Theeuwes, *Law and Economics*, (United States: W W Norton & Company, 2008), p. 311.

³⁰Thomas C. Galligan Jr. *Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages*. *Louisiana Law Review* 51, 3 (1990): 10 - 12.

³¹Mitchell Polinsky and Steven Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis," *Harvard Law Review* 111 (1998) อ้างถึงใน ศักดา ชนติกุล, เรื่องเดิม, หน้า 54.

³²*BMW v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996).

โดยปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า มีรถยนต์ยี่ห้อเดียวกันถูกทาสีกลบเกลื่อนรอยถลอกทั้งหมด 14 คัน และก่อนหน้าคดีของโจทก์มีคดีแบบเดียวกันในชั้นศาลเพียง 1 คดี เท่ากับว่าจำเลยมีโอกาสรับผิดทางกฎหมาย 2 คัน จาการรถยนต์ที่ทาสีปกปิดจำนวน 14 คัน หรือเท่ากับโอกาสที่จะต้องรับผิด 1 ใน 7 เมื่อนำค่าเสียหายที่แท้จริงจำนวน 4,000 เหรียญสหรัฐมาหารด้วยโอกาสที่จำเลยจะต้องรับผิด เงินจำนวนที่เหมาะสมที่สุดที่จำเลยควรต้องจ่ายในคดีนี้คือจำนวน 28,000 เหรียญสหรัฐนั่นเอง ($4,000 \div 1/7$) โดยแบ่งเป็นค่าเสียหายที่แท้จริง 4,000 เหรียญสหรัฐ และค่าเสียหายเชิงลงโทษ 24,000 เหรียญสหรัฐ³³ เป็นต้น

6. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศไทย

หลังจากที่ได้พิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษทั้งในสหรัฐอเมริกา และประเทศไทยแล้ว พบว่า ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศไทยนั้น ยังมีปัญหาที่สมควรได้รับการพิจารณาอยู่หลายประการ ดังต่อไปนี้

6.1 เพดานชั้นสูงในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษยังไม่เหมาะสม

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายในประเทศไทยที่ให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้นั้น พบว่า ทั้งในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 13 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 11 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด ซึ่งอัตราสองเท่าดังกล่าวนี้เกิดขึ้นจากการที่ ณ ขณะที่มีการนำแนวคิดเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษมากำหนดไว้ในระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้นถือเป็นแนวคิดที่ใหม่ จึงจำเป็นต้องมีควบคุมการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ อันกลายเป็นบรรทัดฐานในการกำหนดเพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษในกฎหมายฉบับอื่น ๆ เรื่อยมา

จากหลักกฎหมายดังกล่าว จะเห็นว่าเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวข้างต้นมีอัตราที่ต่ำเกินสมควรเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับสภาพเศรษฐกิจและการประกอบธุรกิจในปัจจุบัน ซึ่งมีจำนวนผู้ประกอบการธุรกิจ รวมถึงขนาดของธุรกิจที่เพิ่มมากขึ้นทุก ๆ ปี โดยที่ ณ สิ้นปี พ.ศ. 2564 มีนิติบุคคลจัดตั้งทั่วประเทศรวมทั้งสิ้นจำนวน 1,715,450 ราย คิดเป็นมูลค่า

³³ ศักดา ธนิตกุล, เรื่องเดิม, หน้า 54.

ทุนจดทะเบียนทั้งสิ้น 19.57 ล้านล้านบาท³⁴ เมื่อเปรียบเทียบกับ ณ สิ้นปี พ.ศ. 2555 ซึ่งมีนิติบุคคลทั่วประเทศทั้งสิ้นเพียง 1,110,151 ราย คิดเป็นมูลค่าทุนจดทะเบียนทั้งสิ้น 14.25 ล้านล้านบาท³⁵ พบว่า มีนิติบุคคลที่จดทะเบียนต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเพิ่มขึ้นมากกว่า 6 แสนราย และมีทุนจดทะเบียนเพิ่มขึ้นมากกว่า 5 ล้านล้านบาท ในระหว่างช่วงระยะเวลา 10 ปีที่ผ่านมา

เมื่อได้พิจารณาจากข้อมูลดังกล่าว พบว่า ธุรกิจในประเทศไทยมีอัตราการเติบโตเพิ่มมากขึ้นทุก ๆ ปี มีผู้ประกอบการรายใหม่เพิ่มมากขึ้นตลอดเวลา อีกทั้งยังมีผู้ประกอบการอีกบางส่วนที่ไม่ได้ประกอบธุรกิจในรูปของนิติบุคคลที่จดทะเบียนต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทั่งพบความเสียหายที่จะเกิดความเสียหายขึ้นจากการประกอบธุรกิจย่อมเพิ่มมากขึ้น แม้ว่าผู้ประกอบการบางส่วนนั้นจะเป็นเพียงผู้ประกอบการขนาดกลางหรือขนาดเล็ก แต่ก็ล้วนจำเป็นต้องแข่งขันกัน โดยจะต้องใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยเฉพาะอาจต้องมีการลดปริมาณลูกจ้างซึ่งเป็นทรัพยากรหลักประการหนึ่งในวัฏจักรของธุรกิจ และนำเครื่องจักร รวมถึงเทคโนโลยีต่าง ๆ เข้ามาทดแทนแรงงานที่เป็นมนุษย์ ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจกลายเป็นหนึ่งในปัจจัยที่จะส่งผลให้โอกาสที่จะเกิดความผิดพลาดในการผลิตสินค้าเพิ่มมากขึ้นอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็อาจจะมีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น เพราะฉะนั้นในการป้องกันมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้น จะต้องมีการทำให้ผู้ประกอบการมีความระมัดระวังมิให้เกิดความเสียหายในลักษณะดังกล่าว โดยมาตรการหนึ่งที่ประเทศไทยได้นำมากำหนดไว้ในกฎหมาย คือ การกำหนดให้มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ

อย่างไรก็ดี เพดานขั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน โดยเฉพาะในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงนั้น ไม่เพียงพอต่อการลงโทษผู้ประกอบการ ทำให้ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการกำหนดให้มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ ที่มุ่งหมายจะป้องกัน ยับยั้ง การกระทำของผู้ประกอบการให้ระมัดระวังมิให้ก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นขึ้น หรือมิให้กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายนั้นต่อไปอีก อันเป็นการคุ้มครองความปลอดภัยให้แก่สาธารณะ³⁶

³⁴สำนักข้อมูลธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, ข้อมูลการจดทะเบียนนิติบุคคล ประจำปี 2564 [Online], available URL: https://www.dbd.go.th/news_view.php?nid=469421555, 2565 (กันยายน, 12).

³⁵สำนักข้อมูลธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, ข้อมูลการจดทะเบียนนิติบุคคล ประจำปี 2555 [Online], available URL: https://www.dbd.go.th/download/PDF_/LecYear55_55.pdf, 2565 (กันยายน, 12).

³⁶เอื้อน ขุนแก้ว, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2565), หน้า 87.

เมื่อเพดานชั้นสูงในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ต่ำเกินสมควร ผู้ประกอบธุรกิจที่ธุรกิจมีขนาดใหญ่ก็อาจไม่เกรงกลัวต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้ตนต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะถึงแม้ตนจะต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่กฎหมายก็ให้อำนาจศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เพียงไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับรายได้ของกิจการแล้ว ค่าเสียหายเชิงลงโทษดังกล่าวอาจไม่ส่งผลกระทบต่อกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมากนัก เมื่อผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้รับผลกระทบ หรือได้รับผลกระทบเพียงเล็กน้อยจากการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ก็อาจส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจรู้สึกว่าคุณค่าตนไม่จำเป็นต้องลงทุนเพิ่มหรือจัดให้มีมาตรการเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลภายนอกแต่อย่างใด และถึงแม้ว่าจะมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอก ผู้ประกอบธุรกิจก็ยินดีรับผิดชอบในค่าเสียหายดังกล่าวซึ่งมีจำนวนไม่มากนัก เมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนเงินที่ต้องใช้เพื่อลงทุนในการป้องกันความเสียหายนั้น ซึ่งอาจต้องใช้จำนวนมากกว่า ดังนี้ จึงเห็นได้ว่าการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ได้

ตัวอย่างเช่น บริษัท เอ จำกัด ประกอบธุรกิจจำหน่ายอาหาร มีรายได้เฉลี่ย 4,000 ล้านบาทต่อปี มีกำไรสุทธิเฉลี่ย 150 ล้านบาทต่อปี หากมีข้อผิดพลาดในระหว่างกระบวนการผลิตและการเก็บรักษาทำให้อาหารจำนวนหนึ่งเสื่อมคุณภาพ ต่อมานางสาว ก. ซื้ออาหารดังกล่าวของบริษัท เอ จำกัด ไปรับประทานแล้วป่วยมีอาการอาหารเป็นพิษต้องเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล เสียค่าใช้จ่ายเป็นเงินจำนวน 60,000 บาท นางสาว ก. จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลให้บริษัท เอ จำกัด รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว เช่นนี้ ศาลมีอำนาจสั่งให้บริษัท เอ จำกัด ชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่นางสาว ก. เป็นเงินจำนวน 60,000 บาท พร้อมกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ไม่เกิน 120,000 บาท (สองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง) รวมแล้วนางสาว ก. มีสิทธิได้รับเงินค่าเสียหายจากบริษัท เอ จำกัด ทั้งสิ้นเป็นเงินจำนวนไม่เกิน 180,000 บาท ซึ่งเงินจำนวนดังกล่าวหากเทียบกับรายได้ และกำไรสุทธิของบริษัท เอ จำกัด แล้ว จะพบว่าเป็นจำนวนน้อยมาก กล่าวคือ เป็นเพียงจำนวนร้อยละ 0.12 ของกำไรสุทธิ หรือร้อยละ 0.0045 ของรายได้ทั้งหมดของบริษัท เอ จำกัด และบริษัท เอ จำกัด แทบไม่ได้รับผลกระทบจากคำพิพากษาดังกล่าวของศาล ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนเพียงเท่านี้ย่อมไม่อาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรู้สึกว่าคุณค่าตนต้องยับยั้งมิให้เกิดเหตุการณ์ในลักษณะเดียวกันอีกได้

จากตัวอย่างดังกล่าว หากบริษัท เอ จำกัด ตัดสินใจลงทุนจ้างลูกจ้างเพิ่มขึ้นแม้เพียง 1 คน เพื่อควบคุมความปลอดภัย และเป็นการเพิ่มความระมัดระวังในกระบวนการผลิตสินค้าดังกล่าว ทั้งเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นขึ้นอีก บริษัท เอ จำกัด จะต้องจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างเป็นจำนวนเดือนละ 15,000 บาท คิดเป็นเงินที่บริษัท เอ จำกัด ต้องลงทุนเพิ่มมากขึ้นถึง 180,000 บาท ต่อปี ($15,000 \times 12$) ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว การจ้างลูกจ้างเพิ่มขึ้นเพียง 1 คน ย่อมไม่อาจป้องกัน

มิให้เกิดความเสียหายจากกระบวนการผลิตที่มีขนาดใหญ่ได้ ดังนั้น ค่าใช้จ่ายในการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายดังกล่าว ย่อมสูงกว่าค่าเสียหายที่บริษัท เอ จำกัด จะต้องชดใช้แก่นางสาว ก. ตามคำสั่งของศาล ดังนี้ จึงอาจคาดการณได้ว่า บริษัท เอ จำกัด จะไม่ยอมลงทุนจ้างพนักงานเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายดังกล่าวขึ้นแต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ผู้ประกอบการธุรกิจควรจะต้องรับผิดชอบจริงๆ ตามแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่กล่าวข้างต้น โดยการคำนวณโดยอาศัยหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาประยุกต์ใช้ในสหรัฐอเมริกา คือ นำค่าเสียหายที่แท้จริงหารด้วยโอกาสที่จำเลยจะต้องรับผิดชอบ จะได้ค่าเสียหายในคดีเพื่อการป้องปรามที่เหมาะสมที่สุด (optimal deterrence) ดังที่ปรากฏในคดี BMW. V. Gore ที่ได้กล่าวในตอนต้นนั้น ซึ่งปรากฏค่าเสียหายที่แท้จริงจำนวน 4,000 เหรียญ เมื่อนำมาคำนวณโดยนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาประยุกต์ใช้แล้ว เงินจำนวนที่เหมาะสมที่สุดที่จำเลยควรต้องจ่ายในคดีนี้คือจำนวน 28,000 เหรียญสหรัฐนั่นเอง ($4,000 \div 1/7$) โดยแบ่งเป็นค่าเสียหายที่แท้จริง 4,000 เหรียญสหรัฐ และค่าเสียหายเชิงลงโทษ 24,000 เหรียญสหรัฐ³⁷

จึงพบว่าหากคดีดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศไทย โดยมีค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นเงินจำนวนประมาณ 120,000 บาท ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษตามกฎหมายไทยได้ไม่เกินจำนวน 240,000 บาท รวมโจทก์มีสิทธิได้รับเงินเป็นจำนวนไม่เกิน 360,000 บาท เพราะถูกจำกัดโดยเพดานชั้นสูงที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ในขณะที่ค่าเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ควรจะได้รับตามแนวคิดและหลักการทางเศรษฐศาสตร์ดังกล่าวข้างต้นนั้นมีจำนวน 840,000 บาท เป็นค่าเสียหายที่แท้จริง 120,000 บาท และค่าเสียหายเชิงลงโทษ 720,000 บาท แสดงให้เห็นว่าโจทก์ขาดโอกาสที่จะได้รับเงินที่ตนควรจะได้ถึงจำนวน 480,000 บาท หากกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษตามกฎหมายไทย

ดังนั้น ปัญหาประการแรกเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้กฎหมายของประเทศไทยที่ควรพิจารณา คือ เพดานชั้นสูงตามกฎหมายไทยที่กำหนดไว้ในปัจจุบันนี้มีอัตราเหมาะสมแล้วหรือไม่

6.2 การกำหนดเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคมีลักษณะที่ไม่สมเหตุสมผล

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 แล้วพบว่าเพดานในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในมาตราดังกล่าว แบ่งออกเป็นสองอัตรา กล่าวคือ

1) กรณีที่ศาลกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงเกิน 50,000 บาท ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ไม่เกิน 2 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง

³⁷ ศักดา ธนิตกุล, เรื่องเดิม, หน้า 54.

2) กรณีที่ศาลกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงไม่เกิน 50,000 บาท ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ไม่เกิน 5 เท่า³⁸

จากอัตราเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษดังกล่าวนี้ หากพิจารณาโดยละเอียดจะเห็นว่า ในบางกรณีที่ผู้ประกอบการก่อให้เกิดความเสียหายเล็กน้อย อาจมีโอกาสดังรับผิดในค่าเสียหายเชิงลงโทษมากกว่าผู้ประกอบการที่ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงในบางคราว

ตัวอย่างเช่น หากบริษัท ก. จำกัด ประกอบธุรกิจจำหน่ายน้ำผลไม้ ต่อมาในระหว่างการผลิตสินค้าของบริษัท ก. บางส่วนมีข้อบกพร่องทำให้ผู้บริโภคเกิดอาการอาหารเป็นพิษ ต้องเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลเสียค่าใช้จ่าย 40,000 บาท เช่นนี้ หากผู้บริโภคดังกล่าวมาฟ้องต่อศาล ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดให้บริษัท ก. ชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้สูงสุดถึง 200,000 บาท (5 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง)

แต่หากบริษัท ข. จำกัด ประกอบธุรกิจผลิตผลิตภัณฑ์เพื่อความงาม โดยใช้ส่วนผสมที่ทำให้ผู้บริโภคเกิดอาการแพ้ได้ง่าย แต่ไม่มีการระบุค่าเตือนไว้บนฉลากของผลิตภัณฑ์ ต่อมาผู้บริโภคใช้ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวแล้วเกิดอาการแพ้ ต้องเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลเสียค่าใช้จ่าย 60,000 บาท เช่นนี้ หากผู้บริโภคดังกล่าวมาฟ้องต่อศาล ศาลย่อมมีอำนาจกำหนดให้บริษัท ข. ชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้สูงสุดเพียง 120,000 บาท (2 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง)

จากกรณีตัวอย่างดังกล่าวทั้งสองกรณี จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า บริษัท ก. ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริงน้อยกว่า กลับมีโอกาสดังรับผิดในค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงสุดถึง 200,000 บาท รวมเป็นค่าเสียหายที่บริษัท ก. อาจต้องชำระสูงถึง 240,000 บาท ทั้งที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายที่เล็กน้อยกว่าที่บริษัท ข. ก่อขึ้น แต่บริษัท ข. ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่า กลับมีโอกาสดังรับผิดในค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงสุดเพียง 120,000 บาท รวมเป็นค่าเสียหายทั้งหมดที่บริษัท ข. อาจต้องชำระเพียง 180,000 บาท ซึ่งเป็นจำนวนที่น้อยกว่าบริษัท ก. อันสะท้อนให้เห็นว่าการกำหนดเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 นั้น มีลักษณะที่ไม่สมเหตุสมผล

กรณีดังกล่าว จึงเป็นปัญหาอีกประการหนึ่งที่ควรพิจารณาว่า การกำหนดอัตราเพดานชั้นสูงในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 นั้น เหมาะสมแล้วหรือไม่ แตกต่างจากการกำหนดอัตราเพดานชั้นสูงในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ที่มีได้ปรากฏบทบัญญัติที่ทำให้การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นไปอย่างไม่สมเหตุสมผลในลักษณะดังกล่าวข้างต้น

³⁸ เอื้อน ขุนแก้ว, เรื่องเดิม, หน้า 87.

7. ข้อเสนอแนะ

จากบทวิเคราะห์สภาพปัญหา จึงพบว่า ในการกำหนดเพดานชั้นสูงของการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษตามกฎหมายไทยนั้นมี 2 ปัญหา กล่าวคือ

7.1 ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 นั้น มีปัญหาว่า เพดานชั้นสูงของการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังที่กล่าวมานั้น มีอัตราที่ต่ำเกินสมควรจนไม่อาจทำให้แนวคิดเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศไทยนั้นบรรลุตามวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายจะป้องกันและยับยั้ง การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจให้ระมัดระวังมิให้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น หรือมิให้กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายนั้นต่อไปอีก อันเป็นการคุ้มครองความปลอดภัยให้แก่สาธารณะ³⁹

ดังนั้นจึงควรมีการพิจารณาแก้ไขหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในจำนวนที่เหมาะสมที่สุด อันจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจเพิ่มความระมัดระวังในการประกอบธุรกิจ และทำให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการกำหนดให้มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยในการพิจารณาแก้ไขหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น ควรจะมีการนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งใช้ในการคำนวณหาค่าเสียหายที่เหมาะสมที่สุด อันเป็นหลักการที่ได้รับความนิยมในสหรัฐอเมริกา มาบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย

การนำหลักการคำนวณหาค่าเสียหายที่เหมาะสมที่สุดโดยการนำค่าเสียหายที่แท้จริงหารด้วยโอกาสที่จำเลยจะต้องรับผิด ซึ่งใช้ในสหรัฐอเมริกา มาบัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศไทยได้ ย่อมเป็นการดีกว่ากรณีที่กฎหมายเพียงแต่กำหนดเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะทำให้เกิดความชัดเจน แน่นนอน ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยการกำหนดจำนวนของค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นจะมีได้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลอีกต่อไป อีกทั้งจะทำให้การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษมีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายมากขึ้น

³⁹เรื่องเดียวกัน.

นอกจากนี้ หากมีการนำหลักการคำนวณดังกล่าวมาปรับใช้ในประเทศไทยได้แล้ว ก็ย่อมไม่จำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดเพดานขั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษในกฎหมายอีก อีกทั้งจำนวนของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้องชดใช้ โดยการคำนวณจากหลักการดังกล่าว มักจะมีจำนวนมากกว่าค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องเสียไปเพื่อยับยั้งการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจ หรือเพื่อเพิ่มความระมัดระวังมิให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยการคำนวณด้วยหลักการข้างต้น จึงทำให้วัตถุประสงค์ในการกำหนดให้มีค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น สำเร็จลุล่วงไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงอาจกล่าวได้ว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลกำหนดให้จำเลยต้องชดใช้โดยอาศัยหลักการดังกล่าวนี้เป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีจำนวนเหมาะสมที่สุด

เพราะฉะนั้น ในการแก้ไขปัญหาความไม่เหมาะสมของเพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น อย่างมีประสิทธิภาพที่สุดนั้น คือ การนำหลักเกณฑ์การคำนวณค่าเสียหายที่เหมาะสมที่สุดที่ใช้ในสหรัฐอเมริกา มาปรับใช้และบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย

7.2 ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งมีการกำหนดเพดานขั้นสูงในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้เป็น 2 อัตรา กล่าวคือ ไม่เกิน 5 เท่าสำหรับความเสียหายที่แท้จริง ไม่เกิน 50,000 บาท และไม่เกิน 2 เท่าสำหรับความเสียหายที่แท้จริงเกินกว่า 50,000 บาทขึ้นไป ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ก่อให้เกิดความเสียหายเพียงเล็กน้อย

เมื่อพิจารณาจากวิธีการกำหนดเพดานขั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษในมลรัฐต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกาแล้ว พบว่า ไม่มีการกำหนดเพดานเป็น 2 อัตราในลักษณะเช่นเดียวกับประเทศไทย อีกทั้งในสหรัฐอเมริกายังมีการใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษอีกด้วย จึงไม่เกิดปัญหาดังกล่าวขึ้น

เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อเสนอแนะที่ 6.1 ที่ได้กล่าวมานั้น สามารถสรุปได้ว่า ควรแก้ไขให้มีการนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์เข้ามามีใช้ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยให้ศาลนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์ดังกล่าวมาประยุกต์ใช้ในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ อันจะทำให้สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม และนำเอาหลักการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษและการกำหนดเพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็น 2 อัตราออกจากหลักกฎหมายไทยไป ทั้งนี้ เพื่อให้การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษมีประสิทธิภาพ เหมาะสม และเป็นธรรมมากที่สุด

8. สรุป

เพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น มีบทบาทสำคัญต่อการทำให้บรรลូវัตถุประสงค์ของการกำหนดให้มีค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างมีประสิทธิภาพ หากปราศจากเพดานชั้นสูงนี้แล้ว อาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับผลกระทบจนเกินความมุ่งหมายในการกำหนดให้มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่หากเพดานชั้นสูงนี้มีอัตราที่ต่ำเกินไป ย่อมส่งผลให้การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่อาจบรรลូវัตถุประสงค์ในการมีค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ และในการกำหนดเพดานชั้นสูงนี้ จะต้องมีการกำหนดให้เหมาะสม ซึ่งพบว่า กฎหมายที่กำหนดเพดานชั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศไทย ณ ปัจจุบัน ยังมีความไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรม

ดังนั้น เพื่อให้การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพเหมาะสม และเป็นธรรม จึงควรมีการแก้ไขหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยนำหลักการคำนวณค่าเสียหายที่เหมาะสมที่สุดซึ่งใช้ในสหรัฐอเมริกา มาบัญญัติไว้ในกฎหมายไทยเพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในอนาคต เพื่อให้การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ในจำนวนที่เหมาะสมและเป็นธรรมยิ่งขึ้น

บรรณานุกรม

- ธานีศ เกศวพิทักษ์. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความผิดผู้บริโภค. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: พลสยามพับลิชชิง, 2551.
- ประถมาภรณ์ นรสิงห์ และสุนทรี บุชิตชน. “ปัญหาทางกฎหมายและแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการคุ้มครองผู้บริโภค: ศึกษากรณีผู้ใช้ผลิตภัณฑ์เครื่องสำอาง.” วารสารปัญญาปณิธาน 5, 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2563): 161 - 172.
- พรหมพิริยะ พรสุข. ค่าเสียหายคดีผู้บริโภค 2 เท่าคงไม่พอ. สำนักกฎหมาย สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (31 กรกฎาคม 2557).
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 11 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565.
- ศักดา ธนิกุล. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- ศิริกุล สิริอรุณรุ่งโรจน์. “ปัญหาในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน: ศึกษากรณีค่าเสียหายทางจิตใจ และค่าเสียหายเชิงลงโทษ.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- สอาด หอมมณี. ก้าวใหม่ในการนำหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) มาบังคับใช้ในกฎหมายไทย [Online]. Available URL: http://law.east.spu.ac.th/c_labor.php, 2558 (กันยายน, 14).
- สำนักข้อมูลธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์. ข้อมูลการจดทะเบียนนิติบุคคล ประจำปี 2564 [Online]. Available URL: https://www.dbd.go.th/news_view.php?nid=469421555, 2565 (กันยายน, 12).
- _____. ข้อมูลการจดทะเบียนนิติบุคคล ประจำปี 2555 [Online]. Available URL: https://www.dbd.go.th/download/PDF_/LecYear55_55.pdf, 2565 (กันยายน, 12).
- เอื้อน ขุนแก้ว. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความผิดผู้บริโภค. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: บริษัทพลสยาม พับลิชชิง จำกัด, 2565.
- Feldman, Heidi Li. “Harm and Money: Against the Insurance Theory of Tort Compensation.” *Texas Law Review* 75 (1997): 1567 - 1604.

- Galanter, Marc and David Luban. "Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism." **American University Law Review** 42 (1993): 1393 - 1463.
- Hasen, Richard L. **Remedies**. 2nd ed. New York: Aspen Publishers, 2010.
- Harrison, Jeffrey L. and Jules Theeuwes. **Law and Economics**. United States: W W Norton & Company, 2008.
- Krasnick, Harry. "Punitive Damages in Contract." **Advocate (Vancouver Bar Association)** 36 (December-January 1978): 11 - 24.
- Jr. Galligan, Thomas C. "Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages." **Louisiana Law Review** 51, 3 (1990): 3 - 85.
- Rustad, Michael and Thomas Koenig. "The Historical Continuity of Punitive Damage Awards: Reforming the Tort Reformers." **American University Law Review** 42 (1993): 1269 - 1333.

บทบาทของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
พ.ศ. 2562 ต่อองค์กรธุรกิจในประเทศไทย

ชัยญานุช กาญจนประเสริฐ

บทบาทของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562
ต่อองค์กรธุรกิจในประเทศไทย
The Role of the Personal Data Protection Act B.E. 2562
for Business Organizations in Thailand

ชญานุช กาญจนประเสริฐ*
Chanyanuch Kanjanaprasert

บทคัดย่อ

การประกอบธุรกิจนั้น ผู้ประกอบการย่อมต้องติดต่อสื่อสารกับผู้บริโภค พันธมิตรทางการค้า ตลอดจนพนักงานของตนเพื่อจัดการธุรกิจของตน ในการติดต่อสื่อสารดังกล่าวองค์กรธุรกิจย่อมต้องเก็บรวบรวมข้อมูล ใช้ และเปิดเผยข้อมูลเพื่อใช้ประกอบธุรกรรม ส่งเสริม และสนับสนุนธุรกิจต่อไป ซึ่งหากเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่นำมาใช้ประมวลผลดังกล่าวเป็นข้อมูลส่วนบุคคล อันเป็นข้อมูลที่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มุ่งให้ความคุ้มครอง องค์กรธุรกิจในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลย่อมมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้รับความคุ้มครองมิให้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญหรือความเสียหายจากการล่วงละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวส่วนตัวของข้อมูลส่วนบุคคลที่สืบเนื่องมาจากการประกอบธุรกิจ ผู้บริหารขององค์กรธุรกิจ ในฐานะผู้ที่มีบทบาทสำคัญจึงมีหน้าที่ศึกษาทำความเข้าใจกฎหมาย ตลอดจนหลักเกณฑ์ และมาตรการกำกับดูแลเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อประกอบธุรกิจในทางที่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครอง

*พนักงานตำแหน่งกฎหมายและกฎระเบียบประจำบริษัท บี. บราวน์ (ประเทศไทย) จำกัด; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.ม. (กฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: Chanyanuchkanj@gmail.com

Legal and Compliance Officer at B. Braun (Thailand) Limited; LL.B. Thammasat University; LL.M. in Natural Resources and Environmental Law, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 16 พฤษภาคม 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 5 ตุลาคม 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 6 ตุลาคม 2565.

และป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศไทย

คำสำคัญ: องค์กรธุรกิจ, ข้อมูลส่วนบุคคล, การเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

Abstract

For engage business, the entrepreneurs need to communicate with consumers, trade partners as well as their employees in order to manage their business. In such communication, the business organization shall collect, use and disclose data to transact, promote and also support for engage business. If the tools or devices used for such communication are personal data that contains information that Personal Data Protection Act B.E. 2562 (2019) aim to protects, the business organization as a personal data controller or data processor is obliged to comply with the law for protecting the data subject from suffering, annoyance or damage of breach personal data privacy rights arising from the business organization. The managing director as the business organizations as a person who plays an important role, shall has duty to study and acknowledge the laws as well as rules and regulation regarding personal data protection for the purpose to engage business align with Personal Data Protection Act B.E. 2562 (2019), in the purpose of protection and prevention of damages to the data subject and economy in Thailand.

Keywords: business organization, personal data, collection use and disclosure of personal data

1. ข้อกำหนดและเงื่อนไข

1.1 นิยาม

“ข้อมูลส่วนบุคคล” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 (“กฎหมาย”) มาตรา 6 หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลซึ่งทำให้สามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม แต่ไม่รวมถึงข้อมูลของผู้ถึงแก่กรรมโดยเฉพาะ ด้วยเหตุนี้การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ถึงแก่กรรมแล้วจึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายฯ แต่การนำข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ถึงแก่กรรมแล้วไปใช้หรือเผยแพร่โดยมิชอบอาจมีความรับผิดชอบตามกฎหมายอื่นตามมา อาทิ ความรับผิดว่าด้วยละเมิดตามกฎหมายแพ่ง ความรับผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา เป็นต้น ส่วนข้อมูลของนิติบุคคลไม่ว่าจะเป็นบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือองค์กรอื่น ๆ ที่มีได้มีสถานะเป็นบุคคลธรรมดา อาทิ คณะบุคคล มูลนิธิ ตลอดจนหน่วยงานของรัฐย่อมไม่อยู่ภายใต้ความหมายของคำว่า บุคคล ตามมาตรา 6 เพราะฉะนั้นข้อมูลของนิติบุคคล องค์กร หรือหน่วยงานของรัฐจึงมิใช่ข้อมูลส่วนบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ข้อมูลส่วนบุคคลไม่จำเป็นต้องเป็นข้อมูลที่ระบุถึงตัวบุคคลนั้นโดยตรง อาทิ ชื่อสกุล เลขประจำตัวประชาชน ลายนิ้วมือ ฯลฯ เท่านั้น หากแต่สามารถเป็นข้อมูลใด ๆ ที่เมื่อนำข้อมูลเหล่านั้นมาพิจารณาประกอบกันจะสามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ อาทิ ประวัติการรักษาพยาบาล ประวัติอาชญากรรม ประวัติการสั่งซื้อหรือใช้บริการ เป็นต้นซึ่งข้อมูลเหล่านี้หากพิจารณาด้วยผลโดยรวมทั้งหมดย่อมสามารถระบุถึงเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ ดังนั้น องค์กรธุรกิจจึงจำเป็นต้องมีมาตรการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งประเภทที่ระบุตัวบุคคลได้โดยตรงและโดยทางอ้อมตามมาตรฐานความปลอดภัยของกฎหมายฯ

กฎหมายฯ มิได้ให้นิยามของ “เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแห่งสหภาพยุโรป General Data Protection Regulation (“GDPR”) มาตรา 4 (1) จะได้ว่า “เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล” หมายถึง บุคคลที่ถูกระบุตัวตนได้หรือบุคคลธรรมดา¹ อาทิ ชื่อสกุล เลขประจำตัวประชาชน ข้อมูลตำแหน่งหรือผ่านปัจจัยเฉพาะของบุคคลทางกายภาพ สรีรวิทยา พันธุกรรม จิตใจ เศรษฐกิจ วัฒนธรรม หรือ เอกลักษณ์ทางสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่ง เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล คือ ผู้ใช้บริการที่อาจถูกเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากองค์กรธุรกิจได้ ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญา คู่ค้าพันธมิตร หรือแม้กระทั่งลูกจ้าง พนักงานขององค์กรธุรกิจ

¹EUR-Lex, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council [Online], available URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:02016R0679-20160504#tocld2, 2559> (พฤษภาคม, 6).

เนื่องจากเป็นบุคคลธรรมดาที่อาจถูกเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลได้เช่นกัน แต่ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า กฎหมายฯ มิได้กำหนดให้ข้อมูลของผู้ที่ถึงแก่ความตายไปแล้วอยู่ในความหมายของข้อมูลส่วนบุคคล อันเป็นข้อที่แตกต่างจาก GDPR

1.2 ขอบเขตการใช้บังคับกฎหมาย

กฎหมายฯ ได้กำหนดความผิดและโทษทางอาญา ฉะนั้น จึงเป็นกฎหมายอาญา หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้บังคับกฎหมายอาญาโดยทั่วไปย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 กล่าวคือ การกระทำความผิดในราชอาณาจักรย่อมมีความผิดและโทษตามกฎหมายฯ อย่างไรก็ตาม กฎหมายฯ เป็นบทกฎหมายที่บัญญัติเพื่อบังคับเพื่อกำหนดข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ จึงต้องนำมาตรา 4 และมาตรา 5 ของกฎหมายฯ มาพิจารณา ปรากฏรายละเอียดดังนี้

1.2.1 กรณีไม่ใช้บังคับ (มาตรา 4)

กฎหมาย หลักเกณฑ์ และมาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายฯ มิให้ใช้บังคับแก่การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ส่วนตนหรือเพื่อกิจกรรมในครอบครัวของบุคคลนั้นเท่านั้น อาทิ การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของบุตรหลานด้วยความรักความเมตตาตามศีลธรรมจรรยาและขนบธรรมเนียมประเพณี การใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของบิดาเพื่อติดต่อกับญาติสืบสายโลหิตที่ไม่ได้ติดต่อกันเป็นเวลานาน เป็นต้น หรือการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ อาทิ ความมั่นคงทางการคลัง การรักษาความปลอดภัยของประชาชน การป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน นิติวิทยาศาสตร์ หรือการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ เป็นต้น หรือการใช้ การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อกิจการสื่อสารมวลชน งานศิลปกรรม หรืองานวรรณกรรมอันเป็นไปตามจริยธรรมแห่งการประกอบวิชาชีพหรือเป็นประโยชน์สาธารณะ ในกรณีนี้หากการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัว อาทิ การประมวลผลขายงานศิลปกรรมเพื่อหากำไรให้องค์กรธุรกิจ การเผยแพร่ข้อมูลส่วนตัวเพื่อจัดทำข่าวสารบันเทิงอันประชาชนไม่ได้รับประโยชน์ ฯลฯ ในกรณีเช่นนี้ก็ย่อมมิได้อยู่ในบังคับแห่งมาตรา 4 ของกฎหมายฯ ส่งผลให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย หลักเกณฑ์ และมาตรการการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของกฎหมายฯ หรือสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา รวมถึงคณะกรรมการสิทธิที่แต่งตั้งโดยสภาดังกล่าว เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในการพิจารณาตามหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา หรือคณะกรรมการแล้วแต่กรณี หรือการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี และการดำเนินการกับข้อมูลของบริษัทข้อมูลเครดิตและสมาชิกตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต และกรณีอื่นตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีประกาศออกมา

มีข้อสังเกตตามตัวอย่างคดีของศาลยุติธรรมยุโรปคดีที่ C-212/13² ได้วินิจฉัยประเด็นเรื่องการติดตั้งกล้องวงจรปิดหน้าเคหสถานด้วยวัตถุประสงค์คุ้มครองความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของเจ้าของบ้าน ไม่เป็นการใช้สิทธิเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ส่วนตนหรือเพื่อประโยชน์ในครอบครัวของตน ซึ่งจากตัวอย่างคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่า แนวทางการปรับใช้และตีความกฎหมายฯ สำหรับการติดตั้งกล้องวงจรปิดบริเวณนอกเคหสถานอาจไม่อยู่ภายใต้มาตรา 4 ส่งผลให้การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลต้องเป็นไปตามกฎหมายฯ ฉะนั้น ผู้ประกอบการซึ่งถึงแม้จะเป็นธุรกิจส่วนตัว ธุรกิจครอบครัว อาทิ กงสี ย่อมต้องปฏิบัติตามหน้าที่กฎหมายฯ กำหนด แต่ทั้งนี้หากมีความชอบด้วยกฎหมายฐานอื่น ๆ ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลองค์กรธุรกิจย่อมใช้ฐานดังกล่าวเพื่อประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลได้

1.2.2 กรณีใช้บังคับภายใต้เขตพื้นที่ (มาตรา 5)

กฎหมายฯ นี้ให้ใช้บังคับแก่การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักร ไม่ว่าการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยนั้น ได้กระทำในหรือนอกราชอาณาจักรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้างต้นแล้วจะเห็นว่า บทบัญญัตินี้สอดคล้องกับหลักในการใช้กฎหมายอาญาดังที่กล่าวมาข้างต้น สำหรับกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอยู่นอกราชอาณาจักรนั้น พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักร กล่าวคือ เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลต้องอยู่ในภูมิภานาหรือถิ่นที่อยู่ ในราชอาณาจักร โดยไม่คำนึงเลยว่าจะมีสัญชาติไทยหรือไม่ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกับหลักการใช้กฎหมายของกฎหมายอาญาที่ผู้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรจะได้รับโทษในราชอาณาจักร ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายมีสัญชาติไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 8 หรือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 9 นอกจากนี้ การกระทำผิดนอกราชอาณาจักร สำหรับการเก็บรวบรวมข้อมูล ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับการเสนอสินค้าหรือบริการให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าจะมีการชำระเงินของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ก็ตาม หรือการเฝ้าติดตามพฤติกรรมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักร

²Info Curia Case-law, **Judgment of The Court (Fourth Chamber)** [Online], available URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=00F139345D4B6F892CC508009AA65E58?text=&docid=160561&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4941070, 2557> (ธันวาคม, 11).

1.3 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

นับตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา เทคโนโลยีสารสนเทศมีบทบาทอย่างมีนัยยะสำคัญกับมนุษย์มากขึ้น จากอดีตที่ใช้เทคโนโลยีเพื่อการตอบสนองความต้องการทางคมนาคม พัฒนาจนเป็นการใช้เพื่อการสื่อสาร การทำสื่อบันเทิง ตลอดจนการใช้เพื่อเป็นสื่อการเรียนรู้ การทำนิติกรรมสัญญา การเจรจาทางธุรกิจกันเป็นการทั่วไป ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีข้อมูลจำนวนมากที่อยู่ในรูปแบบของซอฟต์แวร์หรือถูกจัดเก็บอยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ความลับ นโยบายทางการค้า การเมือง การระหว่างประเทศอาจถูกจัดเก็บในรูปแบบดังกล่าว ด้วยความสำคัญของข้อมูลดังกล่าวจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาทางเศรษฐกิจและสังคมตามมา หากได้มีการล่วงละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของข้อมูลส่วนบุคคล จึงสมควรมีกฎหมายฯ ขึ้น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และมาตรการกำกับดูแลเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อให้มีหลักเกณฑ์กลางในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล มีการกำหนดสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่ชัดเจน อาทิ สิทธิในการขอเข้าถึงและขอรับสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 30 สิทธิในการร้องขอให้โอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอื่นตามมาตรา 31 สิทธิในการเพิกถอนความยินยอมตามมาตรา 19 เป็นต้น เพื่อกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ตลอดจนกำหนดอำนาจหน้าที่แก่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการกำกับดูแลและกำหนดมาตรการในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

องค์กรธุรกิจในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลย่อมอยู่ในฐานะเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายฯ โดยต้องกำหนดมาตรการในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายฯ และมาตรการที่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำหนด อาทิ หน้าที่ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 24 หน้าที่ในการแจ้งเหตุการณ่ละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลแก่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 37 หน้าที่ในการบันทึกการรายงานเพื่อให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตรวจสอบตามมาตรา 39 เป็นต้น ซึ่งหลังจากที่ได้มีการประกาศกฎหมายฯ องค์กรธุรกิจหลายภาคส่วนก็มีการตระเตรียมการเพื่อให้มีมาตรฐานหรือการจัดการที่สอดคล้องกับกฎหมายฯ เพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ส่งผลให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในภาคส่วนขององค์กรธุรกิจมีการจัดเก็บอย่างเป็นระบบ สามารถตรวจสอบ และจัดการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ส่งผลให้ข้อมูลส่วนบุคคลได้รับความคุ้มครองอย่างยั่งยืน

2. ฐานการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

ตามกฎหมายฯ มาตรา 24 ได้กำหนดฐานในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ 6 ฐาน ได้แก่ ฐานการวิจัย ฐานประโยชน์สำคัญต่อชีวิต ฐานสัญญา ฐานภารกิจของรัฐ ฐานประโยชน์โดยชอบธรรม ฐานหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งหากการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเข้าฐานตามที่กฎหมายฯ กำหนด องค์กรธุรกิจย่อมมีสิทธิเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยมีฐานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการขององค์กรธุรกิจ ดังนี้

2.1 ฐานสัญญา

การเก็บรวบรวมข้อมูล ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลประเภทนี้โดยทั่วไปล้วนกระทำไปเพื่อตอบสนองความต้องการของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ไม่ว่าสัญญานั้นจะเกิดหรือไม่ก็ตาม ขอเพียงว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการทำนิติกรรมหรือสัญญาก็เพียงพอแล้ว อาทิ ข้อมูลที่อยู่เพื่อส่งสินค้าตามคำสั่งซื้อ ข้อมูลธนาคารเพื่อโอนเงินประกันคืนหรือโอนเงินค่าจ้างตามสัญญา ข้อมูลส่วนตัวเพื่อยื่นประกันสังคมให้ลูกจ้าง เป็นต้น ในกรณีนี้ล้วนเกิดจากความประสงค์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเอง ประกอบกับเป็นไปเพื่อประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล จึงไม่มีเหตุผลที่กฎหมายฯ จะกำหนดห้ามมิให้เก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยอ้างฐานสัญญา แต่ทั้งนี้ต้องมิใช่การอ้างเพื่อใช้ข้อมูลส่วนบุคคลในวัตถุประสงค์การฟ้องร้อง การผิดสัญญา อันเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหลังการเกิดของสัญญา ฉะนั้นในการประกอบธุรกิจ องค์กรธุรกิจจึงต้องระมัดระวังและจำแนกวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลให้ชัดเจน หากเป็นไปเพื่อการทำสัญญาอย่างฐานสัญญาได้ แต่หากเป็นไปเพื่อการสิ้นสุดสัญญาหรือการผิดสัญญา ย่อมไม่อยู่ภายใต้ฐานดังกล่าว ส่งผลให้ก่อนใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มานั้นต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนตามมาตรา 27

การเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยอำนาจตามฐานสัญญานั้น ต้องเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่จำเป็นในการทำสัญญาเท่านั้น กล่าวคือ ข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ต้องเป็นเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งหากไม่มีข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวสัญญาย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ อาทิ ชื่อและนามสกุลเพื่อยืนยันตัวบุคคลที่เป็นคู่สัญญา สำหรับข้อมูลอื่น ๆ ที่ไม่จำเป็น อาทิ วันเดือนปีเกิด หรืออายุ ซึ่งเป็นข้อมูลที่ไม่จำเป็นในการทำสัญญาซื้อขาย ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลย่อมไม่สามารถเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวได้ หากดำเนินการโดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลย่อมเป็นการกระทำละเมิดและเป็นการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยมิชอบด้วยกฎหมายฯ ย่อมมีความรับผิดตามกฎหมายฯ รวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ตามมา

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นให้พิจารณาว่าเมื่อสัญญาสิ้นสุดแล้วไม่ว่าเพราะเหตุ การชำระหนี้ ตามสัญญาก็ดี สัญญาครบกำหนดระยะเวลาก็ดี การบอกเลิกสัญญาก็ดี ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจะยังคงมีสิทธิคงไว้ซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลที่จำเป็นในการทำสัญญา หรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมีได้กำหนดแนวทางหรือมาตรการ ไว้เป็นการเฉพาะ เป็นเพียงการวางข้อกำหนดกว้าง ๆ และหน้าที่แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและ ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ว่าต้องมีการประกาศแจ้งกำหนดระยะเวลาในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไว้ให้ชัดเจน ในขณะที่ GDPR ได้กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล และผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิคงไว้เพียงระยะเวลาที่จำเป็นในการทำสัญญา³ เว้นแต่มีอำนาจ ในการคงไว้ตามฐานอื่นตามกฎหมายฯ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางที่ GDPR ได้กำหนดไว้ ทั้งนี้ เนื่องจากการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลย่อมทำให้เกิดความเสี่ยงแก่ความปลอดภัย ของข้อมูลส่วนบุคคลอยู่ทุกขณะ กล่าวคือ トラบใดที่องค์กรธุรกิจคงไว้ซึ่งข้อมูลส่วนบุคคล トラบนั้น เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลย่อมมีความเสี่ยงภัยอยู่ทุกเมื่อ หากมีการรั่วไหลของข้อมูลส่วนบุคคลก็ย่อม ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล รวมถึงต่อองค์กรธุรกิจเอง ฉะนั้น องค์กรธุรกิจ ควรมีการวางแผนและกำหนดระยะเวลาในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผย รวมถึงการลบหรือ ทำลายข้อมูลส่วนบุคคลให้ชัดเจน แต่หากมีความจำเป็นต้องใช้ข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวต่อ เพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ อาทิ การประชาสัมพันธ์ การตลาด การจัดทำสถิติการขายสินค้าหรือบริการ ฯลฯ องค์กรธุรกิจมีหน้าที่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเพิ่มเติม โดยต้องกระทำตาม เงื่อนไขและรายละเอียดที่กฎหมายฯ กำหนด

2.2 ฐานภารกิจของรัฐ

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูล ส่วนบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยไม่ต้องขอ ความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยมีต้องพิเคราะห์วัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวมดั้งเดิม อาทิ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของลูกจ้างเพื่อกระบวนการในคดี ล้มละลาย กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในการเข้าถึงพยานหลักฐานอันเป็นข้อมูลส่วนบุคคลของ ลูกจ้าง เป็นต้น

³TOI-Online, How long can you keep your personal data under GDPR? [Online], available URL: <https://bit.ly/3ygKiaQ>, 2561 (พฤษภาคม, 25).

2.3 ฐานประโยชน์อันชอบธรรม

เป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือของบุคคลหรือนิติบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งประโยชน์ดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ศาลได้ตีความหลักความได้สัดส่วนไว้ในทำนองว่าต้องเป็นการกระทำที่มีเหตุผล มีความจำเป็น และความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือความสมเหตุสมผลระหว่างผลกระทบและประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการ⁴ ซึ่งถึงแม้การเก็บรวบรวมข้อมูลประเภทประวัติการสั่งซื้อสินค้า ผลิตภัณฑ์ หรือบริการจะไม่มี ความจำเป็นต่อการประมวลผลฐานใด ๆ ตามที่กฎหมายฯ ให้สิทธิไว้ แต่ถ้าวการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลมิได้ก่อให้เกิดความเสียหายหรือความเดือดร้อนเกินควรแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลองค์กรธุรกิจก็มีสิทธิที่จะเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยอ้างฐานประโยชน์อันชอบธรรมได้

นอกจากหลักความได้สัดส่วนแล้ว การเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ยังต้องไม่เกินความคาดหมายของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งความคาดหมายดังกล่าวนี้ยังไม่มีนิยามหรือการให้ความหมายโดยสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแต่อย่างใด จึงอาจเป็นความท้าทายแก่ภาคธุรกิจในการตีความว่ากิจกรรมใดจะเข้าฐานประโยชน์อันชอบธรรมหรือไม่ ในที่นี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ความคาดหมายของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลย่อมต้องพิจารณาตามความคาดหมายของวิญญูชน คือ บุคคลที่มีความสมเหตุสมผลในสถานการณ์หรือเหตุการณ์นั้น ๆ ว่าโดยพฤติการณ์คาดหมายได้หรือไม่ว่าข้อมูลส่วนบุคคลของตนอาจถูกเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยจากองค์กรธุรกิจ โดยตัวอย่างการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลจากฐานประโยชน์อันชอบธรรม ได้แก่ การเก็บรวบรวมภาพเคลื่อนไหวของผู้ใช้บริการห้างสรรพสินค้า การบันทึกเลขป้ายทะเบียนรถยนต์ของผู้ให้บริการให้เช่าอาคารจอดรถยนต์ เป็นต้น โดยก่อนหน้านี้ที่กฎหมายฯ จะมีผลใช้บังคับสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมิได้กำหนดแนวทางการบันทึกภาพเคลื่อนไหวจากกล้องวงจรปิดแต่อย่างใด ซึ่งการล่าช้าต่อการกำหนดแนวทางดังกล่าวทำให้เกิดความเข้าใจผิดแก่องค์กรธุรกิจว่าตนมีหน้าที่ต้องติดป้ายแจ้งเตือนทุกกรณี ดังจะเห็นได้จากการติดป้ายแจ้งเตือนการบันทึกภาพ CCTV จากหลากหลายผู้ประกอบการ อาทิ ห้างสรรพสินค้า MBK ร้านกาแฟ Amazon ฯลฯ ซึ่งในความจริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะการแจ้งเตือนจะกระทำเฉพาะกรณีของการบันทึกภาพเคลื่อนไหวจากกล้องวงจรปิดนั้นอยู่ในวิสัยที่เจ้าของข้อมูล

⁴บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 1, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2542): 40-70.

ส่วนบุคคลไม่อาจคาดหมายได้ อาทิ การบันทึกภาพในห้องพักส่วนบุคคลของโรงแรมหรือในห้องน้ำสาธารณะ ฯลฯ แต่หากเป็นการบันทึกภาพเคลื่อนไหวในสถานที่สาธารณะทั่วไป องค์กรธุรกิจย่อมไม่มีหน้าที่ในการติดป้ายแจ้งเตือน สถานการณ์ข้างต้นนี้จึงสะท้อนให้เห็นถึงผลสืบเนื่องจากความล่าช้าของการกำหนดแนวทางในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือการดำเนินการที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฯ ได้ ฉะนั้น สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจึงควรจัดทำแนวทางการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่อาศัยฐานประโยชน์อันชอบธรรมให้ชัดเจนเพื่อให้องค์กรธุรกิจนำไปเป็นตัวอย่างและปรับใช้ในการประกอบกิจการของตนได้อย่างถูกต้อง

3. กฎหมาย หลักเกณฑ์และมาตรการกำกับดูแลเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลขององค์กรธุรกิจ

กฎหมายฯ กำหนดให้บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว ได้แก่ บุคคลประเภท บุคคลธรรมดา หากแต่ไม่ได้กำหนดว่าบุคคลประเภทใดบ้างที่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบและปฏิบัติตามกฎหมายฯ ฉะนั้น บุคคลไม่ว่าเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ล้วนแต่มีหน้าที่ความรับผิดชอบตามกฎหมายฯ ในการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล องค์กรธุรกิจไม่ว่าในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลถือเป็นหนึ่งในกลุ่มบุคคลที่มีหน้าที่รับผิดชอบต่อกฎหมายฯ ไม่ว่าองค์กรธุรกิจนั้นจะอยู่ในรูปของบุคคลธรรมดา อาทิ แม่ค้าขายของบนแพลตฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์ หรือนิติบุคคล อาทิ บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด เป็นต้น โดยมีบุคคลที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

3.1 หน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล

ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้น จะกระทำต่อเมื่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนหรือในขณะนั้น เว้นแต่อาศัยอำนาจในการประมวลผลตามฐานของกฎหมายฯ ในมาตรา 24⁵ ซึ่งการขอความยินยอมต้องกระทำโดยชัดแจ้ง โดยทั่วไปต้องจัดทำเป็นหนังสือหรือทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ เว้นแต่โดยสภาพไม่อาจขอความยินยอมด้วยวิธีการดังกล่าวได้ ในกรณีนี้จึงมีประเด็นว่าสำหรับองค์กรธุรกิจบางประเภทที่ให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

⁵พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562, มาตรา 24 “ห้ามมิให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลทำการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่

ให้ความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลด้วยเสียง เป็นการกระทำที่สอดคล้องกับกฎหมายฯ มาตรา 19 นี้หรือไม่ การขอความยินยมนั้นต้องแยกส่วนออกจากข้อความอื่นอย่างชัดเจน มีแบบหรือข้อความที่เข้าถึงได้ง่ายและเข้าใจได้ รวมทั้งใช้ภาษาที่อ่านง่าย และไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว

นอกจากนี้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลยังมีหน้าที่ต้องแจ้งวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นด้วยตามมาตรา 21 และดำเนินการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยตามวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งไว้แล้วเท่านั้น ทั้งนี้ ในการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ๆ สำหรับการขอความยินยอมที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้างต้น องค์กรธุรกิจย่อมไม่มีสิทธิในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายฯ เช่น การทำสัญญาซื้อขาย ที่อยู่ของผู้รับยอมเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่องค์กรธุรกิจจำเป็นต้องเก็บรวบรวมและใช้เพื่อทำการขนส่ง แต่สำหรับข้อมูลส่วนบุคคลประเภทอื่น อาทิ ภูมิโหลิต เพศ อายุ อาจไม่จำเป็นในการทำสัญญา ฉะนั้น องค์กรธุรกิจย่อมไม่มีอำนาจในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลประเภทดังกล่าวโดยไม่ขอความยินยอมจากลูกค้า ในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

สำหรับการถอนความยินยมนั้น ต้องกระทำได้ด้วยวิธีการที่ง่ายและรูปแบบเดียวกันกับการให้ความยินยอม ทั้งนี้ การถอนความยินยอมย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อการใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ให้ความยินยอมไปแล้วโดยชอบ ในกรณีที่มีการถอนความยินยอมส่งผลกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในเรื่องใด ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล

(1) เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการจัดทำเอกสารประวัติศาสตร์หรือจดหมายเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือที่เกี่ยวกับการศึกษาวิจัยหรือสถิติซึ่งได้จัดให้มีมาตรการปกป้องที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(2) เพื่อป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพของบุคคล

(3) เป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นคู่สัญญาหรือเพื่อใช้ในการดำเนินการตามคำขอของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนเข้าทำสัญญานั้น

(4) เป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐที่ได้มอบให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล

(5) เป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือของบุคคลหรือนิติบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่ประโยชน์ดังกล่าวมีความสำคัญน้อยกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานในข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

(6) เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล.”

ต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบถึงผลกระทบจากการถอนความยินยอมนั้น อย่างไรก็ตามการถอนความยินยอมนั้นจะกระทบต่อสิทธิตามสัญญาที่เป็นประโยชน์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อบังคับตามกฎหมาย เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลย่อมมีข้อจำกัดหรือไม่อาจถอนความยินยอมได้

มีข้อสังเกตว่า ในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นผู้หย่อนความสามารถ กล่าวคือ ผู้เยาว์ บุคคลวิกลจริต คนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ หลักเกณฑ์ในการขอความยินยอมและถอนความยินยอมย่อมเป็นไปตามการความสามารถในการทำนิติกรรมตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาทิ การให้ความยินยอมและการถอนความยินยอมของผู้เยาว์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้โอนบาลมีอำนาจให้ความยินยอมและถอนความยินยอมแทนคนไร้ความสามารถ เป็นต้น สำหรับผู้เยาว์ที่มีอายุไม่เกิน 10 ปีนั้น บุคคลที่มีอำนาจให้ความยินยอมได้แก่ ผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งต่างจากกรณีแรกที่ผู้เยาว์สามารถกระทำการให้ความยินยอมด้วยตนเองได้เพียงแต่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อนดำเนินการดังกล่าว ฉะนั้น องค์กรธุรกิจจึงต้องมีแนวทางในการยืนยันตัวตนของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อให้รับทราบสถานะที่เกี่ยวข้องกับการหย่อนความสามารถที่แท้จริง เพื่อจัดหาแนวทางการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลด้วยวิธีการที่ถูกต้องตามกฎหมายฯ ต่อไป

การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบก่อนหรือในขณะดำเนินการสำหรับวัตถุประสงค์ ไม่ว่าจะเป็วัตถุประสงค์ตามมาตรา 24 หรือตามที่ตนได้แจ้งแก่ไว้ตามมาตรา 19 สำหรับความจำเป็นในการเก็บรวบรวมเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายหรือสัญญา ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะมีการเข้าทำหรือไม่ รวมทั้งแจ้งถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้จากการไม่ให้ข้อมูลส่วนบุคคล สำหรับประเภทของข้อมูลส่วนบุคคลที่ถูกเก็บรวบรวม รวมถึงระยะเวลาในการดำเนินการดังกล่าว สำหรับข้อมูลการติดต่อ และสำหรับสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายฯ อาทิ สิทธิขอเข้าถึงและขอรับสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิขอให้เปิดเผยถึงการได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวที่ตนไม่ได้ให้ความยินยอม มาตรา 30 วรรคหนึ่ง สิทธิขอรับหรือขอส่งข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องตนตามมาตรา 31 วรรคหนึ่ง สิทธิคัดค้านการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง เป็นต้น เว้นแต่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ทราบถึงรายละเอียดนั้นอยู่แล้ว นอกจากนี้ องค์กรธุรกิจต้องเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรง ในกรณีที่เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากแหล่งอื่น องค์กรธุรกิจมีหน้าที่แจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่เก็บรวบรวมและต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่จะมีสิทธิตามกฎหมายฯ ทั้งยังมีหน้าที่ดำเนินการให้ข้อมูลส่วนบุคคลนั้นถูกต้อง เป็นปัจจุบัน สมบูรณ์ และไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดตามมาตรา 35

การใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ต้องกระทำโดยได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และกระทำการภายใต้วัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้น เว้นแต่มีเหตุตามกฎหมายฯ ซึ่งการใช้หรือเปิดเผยโดยไม่ขอความยินยอมดังกล่าว ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องบันทึกการใช้หรือเปิดเผยนั้นตามรายการที่กำหนดไว้ในมาตรา 39⁶

ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศ ประเทศปลายทางหรือองค์การระหว่างประเทศที่รับข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีมาตรฐานการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เพียงพออันเป็นไปตามประกาศกำหนดหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ส่งหรือโอนไปยังต่างประเทศ ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีประกาศดังกล่าวแต่อย่างใด ในกรณีนี้ องค์การธุรกิจสามารถจัดทำนโยบายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งอยู่ต่างประเทศ เพื่อให้ได้รับการตรวจสอบและรับรองจากสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแทนการดำเนินการตามประกาศดังกล่าวได้ ซึ่งแนวทางการจัดทำนโยบายควรเป็นไปตามมาตรฐานการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของกฎหมายฯ กล่าวคือ ต้องจัดให้มีการขอความยินยอม การแจ้งสิทธิ และการประมวลผลตามวัตถุประสงค์และระยะเวลาที่ขอความยินยอมไว้ มาตรการเยียวยาทางกฎหมาย เป็นต้น

⁶พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562, มาตรา 39 “ให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลบันทึกรายการอย่างน้อยดังต่อไปนี้ เพื่อให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและสำนักงานสามารถตรวจสอบได้ โดยจะบันทึกเป็นหนังสือหรือระบบอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้

- (1) ข้อมูลส่วนบุคคลที่มีการเก็บรวบรวม
- (2) วัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลแต่ละประเภท
- (3) ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล
- (4) ระยะเวลาการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล
- (5) สิทธิและวิธีการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งเงื่อนไขเกี่ยวกับบุคคลที่มีสิทธิเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล และเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลนั้น
- (6) การใช้หรือเปิดเผยตามมาตรา 27 วรรคสาม
- (7) การปฏิเสธคำขอหรือการคัดค้านตามมาตรา 30 วรรคสาม มาตรา 31 วรรคสาม มาตรา 32 วรรคสาม และมาตรา 36 วรรคหนึ่ง
- (8) คำอธิบายเกี่ยวกับมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยตามมาตรา 37 (1)

....”

นอกจากนี้ ยังต้องจัดให้มีมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสม เพื่อป้องกันการสูญหาย เข้าถึง ใช้ เปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจหรือโดยมิชอบ ต้องทบทวนมาตรการดังกล่าวเมื่อมีความจำเป็นหรือเมื่อเทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงไปเพื่อให้มีประสิทธิภาพในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสม จัดให้มีระบบการตรวจสอบเพื่อดำเนินการลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการเก็บรักษา หรือที่ไม่เกี่ยวข้อง หรือเกินความจำเป็นตามวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลนั้น หรือตามที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลร้องขอ หรือเมื่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ถอนความยินยอม นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลยังมีหน้าที่แจ้งเหตุพร้อมกับแนวทางการเยียวยาโดยไม่ชักช้าต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลภายในเจ็ดสิบสองชั่วโมงนับแต่ทราบเหตุเท่าที่จะสามารถกระทำได้ และในกรณีที่เป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอยู่นอกราชอาณาจักรต้องแต่งตั้งตัวแทนซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรอย่างไม่จำกัดความรับผิดชอบในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายฯ

ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเป็นองค์กรธุรกิจที่จำเป็นต้องตรวจสอบข้อมูลส่วนบุคคลหรือระบบอย่างสม่ำเสมอและมีข้อมูลส่วนบุคคลเป็นจำนวนมากหรือกิจกรรมหลักที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวตามมาตรา 26 กล่าวคือ มีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อในลัทธิ ศาสนาหรือปรัชญา พฤติกรรมทางเพศ ประวัติอาชญากรรม ข้อมูลสุขภาพ ความพิการ ข้อมูลสหภาพแรงงาน ข้อมูลพันธุกรรม ข้อมูลชีวภาพ ฯลฯ องค์กรธุรกิจย่อมมีหน้าที่ต้องจัดให้มีเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลประจำองค์กรธุรกิจของตน ทั้งนี้ หากเป็นเครื่องจักรหรือเครื่องธุรกิจเดียวกันอาจจัดให้มีเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลร่วมกันได้โดยอาจมีพนักงานหรือเป็นผู้รับจ้างให้บริการตามสัญญาก็ได้ ในกรณีที่มีปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลต้องสามารถรายงานไปยังผู้บริหารสูงสุดของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรงได้ และผู้บริหารขององค์กรธุรกิจมีหน้าที่สนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยจัดหาเครื่องมือหรืออุปกรณ์อย่างเพียงพอ รวมทั้งอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อการปฏิบัติหน้าที่และจะเลิกสัญญาจ้างด้วยเหตุที่เจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายฯ นี้ไม่ได้

3.2 หน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล

นอกจากผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจะมีหน้าที่ปฏิบัติตามมาตรการการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลไปยังต่างประเทศตามมาตรา 29 และการจัดหาเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 41 แล้ว ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลยังมีหน้าที่ตามมาตรา 40 ในการเก็บรวบรวม ใช้

หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามคำสั่งที่ได้รับจากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล จัดให้มีมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสม เพื่อป้องกันการสูญหาย เข้าถึง ใช้ เปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจหรือโดยมิชอบ รวมทั้งแจ้งให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลทราบถึงเหตุการณ์ละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลที่เกิดขึ้น และจัดทำและเก็บรักษา บันทึกการรายการของกิจกรรมการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้ตามกฎหมายฯ

4. ผลกระทบต่อองค์กรธุรกิจในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

4.1 ข้อจำกัดขององค์กรธุรกิจในกิจกรรม Business-to-Business: B2B

B2B คือ การทำการตลาดระหว่างองค์กรธุรกิจต่อองค์กรธุรกิจ ซึ่งการทำการตลาดประเภทนี้จะมีได้มีการติดต่อหรือเกี่ยวข้องกับผู้บริโภคโดยตรง ในกรณีนี้จึงเป็นปัญหาเรื่องการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลระหว่างองค์กรธุรกิจหรือการแลกเปลี่ยนข้อมูลกันระหว่างองค์กรธุรกิจ ซึ่งองค์กรธุรกิจที่ประกอบกิจการในการสำรวจความคิดเห็นของผู้บริโภค หรือจัดเก็บสถิติพฤติกรรมทางการตลาดของลูกค้าได้รับผลกระทบ โดยจะต้องมีการปรับตัวให้การเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นได้มาตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายฯ กำหนด ในที่นี้องค์กรธุรกิจประเภท B2B จึงอยู่ในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมาย ในขณะที่องค์กรธุรกิจอื่นที่เข้ามาติดต่อหรือทำนิติกรรมเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคก็ต้องให้ความตระหนักและประเมินความเสี่ยงของการได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลนั้นว่าเป็นไปตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ กับทั้งมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย เพราะมีฉะนั้นแล้ว องค์กรธุรกิจที่รับโอนข้อมูลส่วนบุคคลมาย่อมมีความรับผิดชอบตามกฎหมายในฐานะผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 73 ด้วยเหตุนี้ องค์กรธุรกิจที่ทำกิจกรรม B2B จึงมีหน้าที่ในการปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับกฎหมายฯ ไม่ว่าจะเป็นการได้รับความยินยอมในการเก็บรวบรวมหรือใช้ข้อมูลส่วนบุคคลจากกลุ่มผู้บริโภคก่อนนำข้อมูลส่วนบุคคลไปเปิดเผยกับองค์กรธุรกิจอื่น การจัดให้มีการคุ้มครองดูแลข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่ไหว้ไรเลย ใช้ข้อมูลส่วนบุคคลนั้นด้วยความระมัดระวัง เพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือในการประกอบธุรกิจและป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล นอกจากนี้ ในระหว่างองค์กรธุรกิจอาจจัดทำสัญญารักษาความลับหรือข้อตกลงการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อคุ้มครองและป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการรั่วไหลของข้อมูลส่วนบุคคลได้

4.2 การขาดความพร้อม ขาดแนวทางปฏิบัติ ตลอดจนการขาดบุคลากรขององค์กรธุรกิจประเภท Small and Medium Enterprises: SME

แม้ว่ากฎหมายฯ จะมีการร่างและมีการริเริ่มมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2562 แต่อย่างไรก็ดี สาเหตุของการชะลอการใช้บังคับนั้นมาจากสถานการณ์โรคโคโรนาไวรัส 2019 (COVID-19) เป็นหลัก โดยในช่วงช่วงระยะเวลาดังกล่าวหน่วยงานภาครัฐมิได้มีการเตรียมความพร้อมหรือประชาสัมพันธ์ให้องค์กรธุรกิจได้เตรียมความพร้อมเพื่อปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับกฎหมายฯ แต่อย่างใด ลักษณะการเตรียมความพร้อมขององค์กรธุรกิจจึงเป็นไปอย่างเร่งรัดในช่วงระยะเวลาก่อนที่กฎหมายฯ จะมีผลใช้บังคับ ซึ่งในขณะนั้นยังไม่มีแนวทางการปฏิบัติหรือกฎระเบียบที่ชัดเจนเพื่อให้องค์กรธุรกิจสามารถเรียนรู้และนำมาเป็นแนวทางการประกอบธุรกิจของตนแต่อย่างใด โดยกฎหมายฯ ได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบแก่องค์กรธุรกิจทั้งทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครอง อันเป็นบทลงโทษที่มีความรุนแรงและสร้างผลกระทบได้อย่างสูงต่อองค์กรธุรกิจประเภท SME เนื่องจากเป็นธุรกิจขนาดย่อม มีทุนจดทะเบียนหรือจำนวนบุคลากรที่น้อย ทำให้อาจก่อให้เกิดข้อจำกัดและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมแก่ SME ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายฯ กำหนดหน้าที่แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในมาตรฐานเดียวกันในช่วงที่ใช้บังคับระยะเริ่มต้น อาทิ หน้าที่ในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 71 หน้าที่ในการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 37 และมาตรา 40 แล้วแต่กรณี เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ย่อมก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในการจ้างบุคลากรเพิ่มเติมและความเหลื่อมล้ำในการจัดหาเทคโนโลยีในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายฯ กับทั้งไม่มีแนวทางนโยบายหรือมาตรฐานขั้นต่ำในการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคล ในการนี้จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาการตีความ รวมไปถึงข้อจำกัดทางรายได้ของ SME ได้ ฉะนั้น สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ในฐานะหน่วยงานที่มีอำนาจและหน้าที่หลักในการปฏิบัติตามกฎหมายฯ จึงควรกำหนดแนวทางหรือวิธีการในการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลให้เหมาะสมตามประเภทหรือขนาดขององค์กรธุรกิจ กับทั้งกำหนดข้อยกเว้นแก่ SME ในการไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 71 ได้ ทั้งนี้ เพื่อลดค่าใช้จ่ายที่อาจเกินความสามารถแก่องค์กรธุรกิจประเภทดังกล่าว แล้วให้ SME ใช้แนวทางอื่นในการรายงาน ศึกษา หรือตอบข้อร้องเรียนแก่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแทน

4.3 หลักสันนิษฐานความรับผิดและหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด

การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลย่อมมีความรับผิดทางแพ่งทางอาญาและทางปกครองโดยในทางแพ่งนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 มีหลักว่า คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุน

คำคู่ความของตนให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น กล่าวคือ ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ เพราะฉะนั้นแล้วโดยทั่วไป ผู้ร้องในข้อเท็จจริงต่าง ๆ จึงมีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาเสนอต่อศาลว่า ตนได้รับความเสียหายอย่างไร แต่อย่างไรก็ดี ตามกฎหมายฯ นี้ มิได้ใช้หลักการดังกล่าว แต่ได้ใช้ข้อยกเว้นอันเป็นหลักสันนิษฐานความรับผิดและหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการปฏิบัติที่ฝ่าฝืนตามกฎหมายฯ เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในฐานะผู้ร้องย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายโดยไม่จำเป็นต้องนำเสนอพยานหลักฐานใด ๆ ต่อศาล แต่เป็นหน้าที่ขององค์กรธุรกิจในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ความเสียหายนั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย หรือเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั่นเอง หรือเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติการตามหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายตามมาตรา 77 โดยองค์กรธุรกิจไม่สามารถกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอื่น ๆ นอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ฉะนั้น ถึงแม้องค์กรธุรกิจจะได้แต่งตั้งเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลก็ดี หรือแม้จะได้ใช้เทคโนโลยีเพื่อป้องกันการรั่วไหลของข้อมูลส่วนบุคคลแล้วก็ดี ก็ไม่เป็นเหตุใด ๆ ที่ศาลจะนำมาพิจารณา ในการนี้ ทำให้ข้ออ้างที่องค์กรธุรกิจจะไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายเป็นไปโดยจำกัดและอาจไม่เป็นธรรมสำหรับกรณีที่องค์กรธุรกิจนั้น ๆ ได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติการตามหน้าที่และอำนาจตามกฎหมาย กล่าวคือ ด้วยความไม่ชัดเจนของกฎหมายฯ จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาการตีความได้ว่า การปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติการตามหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายนี้ หมายถึงกฎหมายอะไร เพราะอาจเกิดกรณีที่ปฏิบัติตามกฎหมายอื่นแล้วก่อให้เกิดความเสียหายตามกฎหมายฯ นี้ได้ หรือถ้ามีการเพิกถอนคำสั่งของเจ้าหน้าที่ในภายหลังเนื่องด้วยเหตุผลที่ว่าสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในการนี้ องค์กรธุรกิจยังคงมีความรับผิดตามกฎหมายฯ นี้ หรือไม่ หรือสามารถยกเป็นข้ออ้างเพื่อไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 77 ได้ ในกรณีเช่นนี้ จึงต้องรอให้มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแล้ว ให้คณะกรรมการผู้มีอำนาจตามกฎหมายฯ เป็นคนตีความและวินิจฉัยต่อไป ซึ่งส่งผลให้องค์กรธุรกิจมีความเสี่ยงในระหว่างที่ยังไม่มีแนวทางการตีความบทกฎหมายฯ นี้

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในการประกอบธุรกิจปฏิเสธไม่ได้ว่าองค์กรธุรกิจมีความต้องการในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมการขาย การตลาด กรณีนี้จึงเป็นเรื่องท้าทายต่อองค์กรธุรกิจที่จะจัดทำแผนการตลาดในรูปแบบที่สอดคล้องกับกฎหมายฯ เมื่อกฎหมายฯ มีผลใช้บังคับ องค์กรธุรกิจย่อมมีหน้าที่ในการจัดตั้งทรัพยากรแก่องค์กรธุรกิจของตนเพื่อรับรองต่อความรับผิดชอบที่ตนพึงมีตามกฎหมายฯ ในการเก็บรวบรวมข้อมูล ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้น

องค์กรธุรกิจมีหน้าที่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนเสมอและการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลต้องกระทำตามวัตถุประสงค์ที่ได้ขอความยินยอมไว้ อีกทั้งต้องดำเนินการภายในระยะเวลาที่แจ้งไว้ต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล จะดำเนินการนอกเหนือวัตถุประสงค์หรือระยะเวลาที่แจ้งไว้ไม่ได้ นอกจากนี้ ในการส่งหรือโอนข้อมูลไปยังต่างประเทศหรือการส่งหรือโอนข้อมูลส่วนบุคคลของกิจกรรม B2B องค์กรธุรกิจยังมีหน้าที่จัดให้องค์กรผู้รับโอนข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวกระทำการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวส่วนตัวตามกฎหมายฯ และตามมาตรฐานที่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้ประกาศไว้ ซึ่งก็ยังไม่มีการประกาศมาตรฐานดังกล่าวมาแต่อย่างใด ในการนี้ จึงทำให้องค์กรธุรกิจไม่มีแนวทางในการปฏิบัติที่ชัดเจน ประกอบกับมีความเสี่ยงในการดำเนินกิจกรรมของตนด้วย นอกจากนี้ สำหรับองค์กรธุรกิจที่ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวหรือข้อมูลส่วนบุคคลที่มีปริมาณมาก ยังมีหน้าที่จัดตั้งเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อทำหน้าที่ตามกฎหมายฯ ซึ่งเป็นข้อจำกัดในด้านการตีความทางกฎหมายว่าปริมาณที่มากนั้นหมายถึงปริมาณเท่าใด และเป็นความท้าทายแก่องค์กรธุรกิจ SME ที่ต้องเตรียมความพร้อมในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวภายใต้ข้อจำกัดด้านทรัพยากรและความเหลื่อมล้ำในการใช้บังคับกฎหมายฯ แก่องค์กรธุรกิจ สำหรับองค์กรธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักรมีหน้าที่แต่งตั้งตัวแทนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบในราชอาณาจักรเพื่อดำเนินการตามกฎหมายฯ โดยกฎหมายฯ มุ่งใช้บังคับแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่กระทำการเก็บรวบรวมข้อมูล ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในราชอาณาจักรหรือนอกราชอาณาจักร หากว่าการเก็บรวบรวมข้อมูล ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นมุ่งกระทำต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในราชอาณาจักรสำหรับปัญหาการไม่ให้ความยินยอมของผู้บริโภค ต่องค์กรธุรกิจนั้น องค์กรธุรกิจสามารถปรับเปลี่ยนรูปแบบหรือจัดสรรกลยุทธ์เพื่อใช้ในการเก็บรวบรวมข้อมูล ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล อาทิ การขอความยินยอมในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล เฉพาะข้อมูลที่ต้องใช้สำหรับการติดต่อหรือโฆษณา การเปิดทางเลือกให้ผู้บริโภคมีโอกาสดำเนินการให้ความยินยอมในรูปแบบที่หลากหลายมากขึ้นด้วยการแยกวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวมข้อมูล ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล การจำแนกกระหว่างการโฆษณาส่วนลดและการโฆษณาเพื่อแจ้งเตือนข่าวสารทั่วไป เพื่อดึงดูดให้ผู้บริโภคให้ความยินยอมในการเก็บรวบรวมข้อมูล ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลสำหรับวัตถุประสงค์โฆษณาส่วนลดและทำให้องค์กรธุรกิจได้ข้อมูลส่วนบุคคลของกลุ่มลูกค้าของตนไปใช้ในการขายการตลาดต่อไป การจัดโครงการเพื่อส่งเสริมการขายประเภทสมัครสมาชิกเพื่อได้รับส่วนลด แล้วนำข้อมูลจากการสมัครสมาชิกไปทำการขาย การตลาดต่อไป ประกอบกับการแจ้งเตือนมาตรฐานการรักษาความปลอดภัย การให้คำมั่นสัญญาในการรักษาความปลอดภัยแก่ผู้บริโภค เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่องค์กรธุรกิจในการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของตน และแจ้งสิทธิแก่ลูกค้าในการเพิกถอนความยินยอมเพื่อสร้างบรรยากาศการไม่เอาใจเอาเปรียบจากการส่งเสริม

การตลาดอันไม่เป็นธรรมระหว่างองค์กรธุรกิจและผู้บริโภค อันเป็นแนวทางที่ทำให้ผู้บริโภคเกิดความ รู้สึกอิสระในการให้ความยินยอม สำหรับการตีความหลักสันนิษฐานความรับผิดชอบและหลักความรับผิดชอบ โดยเคร่งครัดนั้น ยังคงเป็นความท้าทายแก่องค์กรธุรกิจว่า การปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานที่ชอบแล้ว แต่ภายหลังคำสั่งนั้นถูกเพิกถอนภายหลังจะเป็นข้ออ้างให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 77 หรือไม่ ซึ่งในระหว่างที่ยังไม่มีการตีความหรือคำอธิบายที่ชัดเจน องค์กรธุรกิจก็อาจมีความเสี่ยงหรืออาจต้อง ประเมินความเสี่ยงในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติการ ตามหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายก่อนเก็บรวบรวม ใช้และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลทุกครั้ง แต่ทั้งนี้ องค์กรธุรกิจก็อาจใช้แนวทางแก้ปัญหาโดยการเทียบเคียงแนวปฏิบัติตามมาตรา 25 กล่าวคือ ให้องค์กรธุรกิจ แจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบภายใน 30 วันนับแต่วันทำการเก็บรวบรวม ใช้และเปิดเผย ข้อมูลส่วนบุคคลตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ทั้งนี้ เพื่อแสดงให้เห็นถึงการกระทำที่สุจริตและความ รับผิดชอบในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคซึ่งเป็นกุญแจสำคัญใน ธุรกิจของตน

บรรณานุกรม

- บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 1, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2542): 40-70.
- EUR-Lex. **Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council** [Online]. Available URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:02016R0679-20160504#tocId2>, 2559 (พฤษภาคม, 6).
- Info Curia Case-law. **Judgment of The Court (Fourth Chamber)** [Online]. Available URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=00F139345D4B6F892CC508009AA65E58?text=&docid=160561&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4941070>, 2557 (ธันวาคม, 11).
- TOI-Online. **How long can you keep your personal data under GDPR?** [Online]. Available URL: <https://bit.ly/3ygKiaQ>, 2561 (พฤษภาคม, 25).
- The Wisdom Academy. **Customer Relationship Management (CRM) คืออะไร ทำอย่างไรให้มีประสิทธิภาพสูงสุด?** [Online]. Available URL: <https://thewisdom.co/content/what-is-crm/>, 2561 (สิงหาคม, 15).
- พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562.

ปัญหาความเป็นส่วนตัวกรณีการโฆษณาออนไลน์
โดยกำหนดเป้าหมาย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปรีดา โชติมานนท์

ปัญหาความเป็นส่วนตัวกรณีการโฆษณาออนไลน์โดยกำหนดเป้าหมาย*

Privacy Issues in Retargeting Campaigns

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปรีดา โชติมานนท์**

Assistant Professor Dr.Preeda Showtimanon

บทคัดย่อ

ปัจจุบัน ผู้คนใช้ชีวิตในโลกออนไลน์มากขึ้น ผู้คนค้นหาร้านค้าเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการทางออนไลน์ หากแต่ข้อมูลในทางสถิติ พบว่า ผู้บริโภคในทางออนไลน์มากกว่าร้อยละ 97 ที่เข้ามาดูสินค้าหรือบริการในเว็บไซต์แล้วจะกลับออกไปโดยไม่ซื้ออะไรเลย เนื่องจากการเข้ามาในเว็บไซต์ครั้งแรกนั้น ลูกค้ายังไม่ได้ตัดสินใจทันทีที่จะซื้อสินค้าหรือบริการแต่นำข้อมูลเหล่านั้นไปพิจารณาเปรียบเทียบกับสินค้าหรือบริการที่ขายผ่านเว็บไซต์ของผู้ประกอบการรายอื่นและท้ายที่สุดลูกค้าจำนวนมากที่วนเวียนอยู่ในโลกอินเทอร์เน็ตและมีได้กลับมาที่เว็บไซต์เดิมอีก ดังนั้น การนำลูกค้ากลับมายังเว็บไซต์ร้านค้าของผู้ประกอบการ จึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายในเรื่องความเป็นส่วนตัว กรณีการโฆษณาโดยกำหนดเป้าหมาย” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ. 2565.

This article is part of the research title “Legal Issues of Privacy in the Case of Retargeting Campaigns.” This research is funded by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, 2022.

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

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

วันที่รับบทความ (received) 17 สิงหาคม 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 17 ตุลาคม 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 20 ตุลาคม 2565.

เทคนิคการโฆษณาออนไลน์โดยกำหนดเป้าหมาย (Retargeting) เป็นการโฆษณาระหว่างที่ผู้บริโภคดูเว็บไซต์อื่นจะเจอโฆษณาป๊อปอัพ (Pop-up) สำหรับผลิตภัณฑ์ที่เคยให้ความสนใจก่อนหน้านี้ เนื่องจากในทางปฏิบัติ การโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถโฆษณา กับผู้บริโภค ขณะที่บุคคลเหล่านั้นใช้งานอินเทอร์เน็ต (Internet) และการโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายจะสร้างการมองเห็นสำหรับแบรนด์ของผู้ประกอบการ ช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึง ผู้บริโภคที่แสดงความสนใจในผลิตภัณฑ์ได้ง่ายมากขึ้น และการโฆษณาโดยกำหนดเป้าหมายเป็นวิธีการ โฆษณาออนไลน์ที่มีประสิทธิภาพพร้อมผลตอบแทนจากการลงทุนค่อนข้างสูง หากแต่การใช้เทคโนโลยี เบื้องหลังการโฆษณาออนไลน์นั้นมีความเสี่ยงสูงที่จะละเมิดความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้งาน อินเทอร์เน็ตได้ เช่น มีการจัดเก็บประวัติการค้นหาของลูกค้า มีการติดตามพฤติกรรม การเข้าเว็บไซต์ ของลูกค้า มีการจัดเก็บข้อมูลการใช้โซเชียลมีเดีย (Social Media) หรือ มีการศึกษาข้อมูล (Profiling) อันสามารถนำไปสู่การระบุตัวบุคคลได้ เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือว่าการกระทำที่ขัดหรือ แย้งต่อสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากการติดตามพฤติกรรมของลูกค้ามิได้รับความยินยอมโดยตรงหรือโดยชัดแจ้งจากลูกค้า ก่อนการดำเนินการ ยิ่งไปกว่านั้นสื่อออนไลน์ยังสามารถเข้าถึงกลุ่มผู้บริโภคที่เป็นเด็กและเยาวชน ได้โดยตรงซึ่งผู้ปกครองกำกับดูแลได้ยาก ซึ่งในประเด็นนี้ หากรัฐมิได้ให้ความสำคัญอาจเกิดปัญหาอื่น ๆ ตามมาในภายหลังได้

บทความนี้ มุ่งนำเสนอเพื่อให้เห็นว่า วิธีการโฆษณากำหนดเป้าหมายเป็นอย่างไร และ จะละเมิดความเป็นส่วนตัวได้อย่างไรเป็นสำคัญ

คำสำคัญ: ความเป็นส่วนตัว, โฆษณาออนไลน์, อินเทอร์เน็ต

Abstract

Nowadays, more people likely interact online. People search for stores to buy goods or services via online channel. Statistical data found that more than 97 percent of online consumers who visit a website leave without buying anything. At the first visit to the website, customers often tend to not have an immediate decision to purchase a product or service. Instead, they take that information into account and compare it with products or services sold through other operators' websites, and ultimately, customers will be lost on the Internet and unable to return to the same website.

Retargeting advertising technique is online advertising while customers view other websites. Customers will find pop-up ads for products that were of interest the day before or last week, because in practice, targeted advertising allows business operators to advertise to their customers or potential customers as they use the Internet. Additionally, targeted advertising creates visibility for the entrepreneur's brand. It appears easier for operators to reach customers who show interest in the product. Targeted advertising is an effective advertising method with a relatively high return on investment. However, the use of technology behind advertisings has triggered privacy concern, such as storing customer search history, tracking of the behavior of customers, social media usage data is collected or profiling which can lead to personal identification, etc., Such actions are deemed to be against the rights protected by the Personal Data Protection Act. Especially, when the customer's behavior has been tracked without the direct or express consent of the customer prior. Online media also have direct access to youth consumer groups that are difficult for parents to control, which becomes a problem if the state agency does not pay attention.

This article aims to demonstrate how retargeting is advertising and how it infringes on privacy.

Keywords: privacy, online advertising, internet

1. บทนำ

ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา ปัญหาในโลกออนไลน์มีเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ตามสัดส่วนปริมาณของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตที่มีมากขึ้น ปัญหาในโลกออนไลน์ในความหมายทั่วไปมีมากมายหลายรูปแบบ ตั้งแต่ปัญหาเรื่องบุคคลอื่นสามารถเข้าถึงข้อมูลของผู้ใช้งานที่ไม่ประสงค์ที่จะต้องการแบ่งปันได้ หรือกิจกรรมที่เข้ามาบงกษาความเป็นส่วนตัว จนกระทั่งการสร้างความปลอดภัยให้เกิดขึ้นในที่สาธารณะ และการละเมิดที่ร้ายแรงถึงขนาดส่งผลต่อชีวิต เป็นต้น

ตัวอย่างปัญหาที่เกิดขึ้นในโลกออนไลน์ ได้แก่

1) *กรณีโจรกรรม ID (Identity Theft)* หมายถึง อาชญากรรมที่คนหลอกลวงให้ได้รับข้อมูลสำคัญของหลักฐานการระบุตัวตนส่วนบุคคล (PII) เช่น หมายเลขประกันสังคม หมายเลขใบขับขี่ และนำมาใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตน การโจรกรรม ID เป็นอาชญากรรมที่มีมานานแล้วก่อนที่จะมีอินเทอร์เน็ต แต่ด้วยเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตได้เปิดช่องทางใหม่สำหรับมิจฉาชีพ โดยเฉพาะการโจรกรรม ID ออนไลน์ที่ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตต้องสร้างเลขประจำตัวออนไลน์ขึ้น เช่น ชื่อผู้ใช้ (Username) หรือรหัสผ่าน (Password) เป็นต้น เมื่อมีคนเข้าถึงข้อมูล Username หรือ Password ก็จะสามารถเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลอื่นที่ปรากฏในอีเมล หรือในเว็บไซต์อื่น ซึ่งข้อมูลเหล่านั้นอาจจะมีเลขรหัสประกันสังคม เลขบัตรประชาชน เลขบัญชีธนาคาร และข้อมูลเหล่านั้นอาจจะถูกขายต่อไปยังเว็บมืด (Dark Web)¹ หรือขายต่อไปยังมิจฉาชีพรายอื่นก็ได้²

2) *กรณีการล้วงข้อมูลด้วยวิธีทางสังคม (Phishing)* กรณีนี้มิจฉาชีพมักอ้างว่าตนเองเป็นสถาบันมีชื่อเสียงและนำเชื่อถือในอีเมลหรือรูปแบบการสื่อสารอื่น ๆ เพื่อหลอกลวงให้เหยื่อส่งมอบข้อมูลส่วนบุคคลที่สำคัญ หรือหลอกลวงให้เหยื่อคลิกเชื่อมต่อ หรือเปิดซอฟต์แวร์ที่เป็นมัลแวร์ (Malware) เพื่อให้ Malware นั้น สามารถเข้าไปในระบบปฏิบัติการหรือในอุปกรณ์ของคุณแล้ว แอ็กเกอร์สามารถที่จะเข้าไปถึงข้อมูลส่วนบุคคลที่จัดเก็บไว้ในอุปกรณ์ขึ้นนั้นได้ Phishing หลอกลวงเป็นที่นิยมในหมู่อาชญากรไซเบอร์ (Cybercrime) เนื่องจากเป็นวิธีการที่ง่ายมากกว่าที่จะล่อให้เหยื่อคลิกลิงค์

¹เว็บมืด (Dark Web) เป็นกลุ่มของเว็บไซต์ที่ซ่อนตัวอยู่ในโลกออนไลน์ และสามารถเข้าถึงได้โดยเว็บเบราว์เซอร์ (Browser) เฉพาะเท่านั้น สร้างขึ้นมาเพื่อกิจกรรมทางอินเทอร์เน็ต โดยจะไม่เปิดเผยตัวตนและความเป็นส่วนตัว ซึ่งเว็บเหล่านี้ส่วนใหญ่จะเป็นเว็บไซต์ที่ผิดกฎหมาย ใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการตรวจจับจากรัฐบาล และก็เป็นที่ยกกันติว่าถูกนำไปใช้เพื่อกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย.

²Wiam Younes, **Identity theft** [Online], available URL: https://www.cmu.edu/iso/aware/presentation/id_theft.pdf, 2022 (June, 24).

ที่เป็นอันตรายในอีเมล Phishing ที่ดูเหมือนถูกต้องตามกฎหมายมากกว่าที่จะทำลายระบบป้องกันของคอมพิวเตอร์³

3) *กรณีการเปลี่ยนลิงค์เว็บไซต์ให้ลิงค์ไปที่เว็บไซต์ปลอม (Pharming)* เป็นการหลอกลวงทางออนไลน์ที่คล้ายกับ Phishing ซึ่งมีการจัดการการเข้าชมเว็บไซต์ และข้อมูลที่เป็นความลับของเหยื่อจะถูกขโมย โดยพื้นฐานของอาชญากรรมแล้ว เป็นการกระทำที่เปลี่ยนเส้นทางผู้ใช้อินเทอร์เน็ตไปยังเว็บไซต์ที่ “ปลอมแปลง” โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อจับข้อมูลส่วนบุคคลที่สามารถระบุตัวตนได้ (PII) ของเหยื่อ และข้อมูลประจำตัวในการเข้าสู่ระบบ เช่น รหัสผ่าน หมายเลขประกันสังคม หมายเลขบัญชี เป็นต้น โดยปกติแล้วจะมีการขโมยข้อมูลประจำตัวเป็นเป้าหมายสูงสุด Pharming เป็นรูปแบบของ Phishing แต่มีองค์ประกอบการล่อลวงสองขั้นตอน: *ประการแรก* แฮกเกอร์ติดตั้งโค้ดที่เป็นอันตรายบนคอมพิวเตอร์หรือเซิร์ฟเวอร์ (Server) ของคุณ *ประการที่สอง* โค้ดจะส่งเหยื่อไปยังเว็บไซต์ปลอม โดยเหยื่อจะถูกเปลี่ยนเส้นทางโดยอัตโนมัติ โดยที่อาชญากรจะสามารถเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลใด ๆ ของเหยื่อที่เปิดเผย⁴

4) *กรณีการกลั่นแกล้งทางอินเทอร์เน็ต (Cyberbullying)* เป็นการกลั่นแกล้งด้วยการใช้เทคโนโลยีดิจิทัล สามารถเกิดขึ้นได้บนโซเชียลมีเดีย แพลตฟอร์มการส่งข้อความ แพลตฟอร์มเกม และโทรศัพท์เคลื่อนที่ เป็นพฤติกรรมที่กระทำซ้ำ ๆ มุ่งเป้าไปที่การทำให้เหยื่อหวาดกลัว โกรธเคือง หรือทำให้อับอาย เช่น การโพสต์รูปภาพหรือวิดีโอที่น่าอับอายของเหยื่อบนโซเชียลมีเดีย การส่งข้อความ รูปภาพหรือวิดีโอที่เป็นการทำร้าย ล่วงละเมิดหรือคุกคามผ่านแพลตฟอร์มการรับส่งข้อความ การแอบอ้างบุคคลอื่น และส่งข้อความที่หยาบคายไปยังผู้อื่นในนามของพวกเขาหรือผ่านบัญชีปลอม อย่างไรก็ตาม การกลั่นแกล้งในโลกออนไลน์มักเกิดขึ้นควบคู่กันไปกับการกลั่นแกล้งแบบออฟไลน์ (แบบซึ่งหน้ากัน) แต่การกลั่นแกล้งทางอินเทอร์เน็ตที่ร่องรอยทางดิจิทัลไว้⁵

³Alexander S. Gillis, **Phishing** [Online], available URL: <https://www.techtarget.com/searchsecurity/definition/phishing>, 2022 (June, 27).

⁴Kaspersky, **What Is Pharming and How to Protect Yourself** [Online], available URL: <https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/pharming>, 2022 (June, 27).

⁵UNICEF, **Cyberbullying: What is it and how to stop it** [Online], available URL: <https://www.unicef.org/end-violence/how-to-stop-cyberbullying>, 2022 (June, 29).

อนึ่ง ปัญหาในเรื่องความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์ก็เป็นปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งที่มีผลกระทบกับผู้ใช้บริการเว็บไซต์ครวญหลายพันล้านคน โดยเฉพาะกรณีการใช้วิธีการโฆษณาที่มีการส่งถึงผู้บริโภคโดยตรง ซึ่งสามารถทำได้หลายรูปแบบโดยที่ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตไม่รู้ตัว⁶ อาทิ

(1) *โฆษณาแบนเนอร์ (Banner Advertising)* เป็นโฆษณาแบบรูปภาพ ส่วนใหญ่มักจะเป็นกรอบรูปสี่เหลี่ยมผืนผ้าที่ด้านบนของหน้าเว็บไซต์ และโดยทั่วไปจะมีไฮเปอร์ลิงก์ที่เชื่อมโยงผู้ใช้อีกเว็บไซต์หนึ่ง

(2) *โฆษณาป๊อปอัพ (Pop-up)* เป็นโฆษณาแบบหน้าต่าง Pop-up เริ่มต้นเปิดขึ้นโดยผู้ใช้งาน เช่น การคลิกเมาส์ ในช่องที่มีข้อเสนอสำหรับผลิตภัณฑ์หรือบริการบางอย่าง ซึ่งเป็นการโฆษณาที่เป็นแนวทางในการเชื่อมโยงโฆษณากับหน้าเว็บไซต์ของผู้ใช้โดยไม่ต้องวางบนหน้าเว็บไซต์โดยตรง

(3) *โฆษณาคุกกี้ (Cookie)* เป็นข้อความเล็ก ๆ ที่ปรากฏขึ้น โดยปกติแล้ว Cookie บันทึกและติดตามการกระทำของผู้ใช้ และจะฝังอยู่ในฮาร์ดไดรฟ์ของผู้ใช้ และส่งข้อมูลกลับไปยังเว็บเซิร์ฟเวอร์ในภายหลัง

“ความเป็นส่วนตัว” มีรากฐานทางประวัติศาสตร์ที่ได้รับการอ้างอิงมาตั้งแต่สมัยโบราณ หากแต่นิยามและขอบเขตของความเป็นส่วนตัวในยุคสมัยนั้นมักจะอยู่ในรูปแบบของความหวงแหนในทรัพย์สินของตน การไม่ต้องการให้ชนชั้นที่ต่ำกว่าเข้ามายุ่งกับตน เป็นต้น ซึ่งในแต่ละยุคสมัย “ความเป็นส่วนตัว” ย่อมมีบริบทที่แตกต่างกับ “ความเป็นส่วนตัว” ในยุคสมัยปัจจุบันอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากบริบททางสังคม กฎหมาย และสภาพแวดล้อมได้เปลี่ยนแปลงไป หากแต่สาระสำคัญของแนวความคิดที่ว่า ไม่ต้องการให้ผู้อื่นเข้ามายุ่งเกี่ยวกับตนหรือทรัพย์สินของตน ก็ยังคงมีอยู่เช่นเดิม หากแต่การนำมาใช้ การตีความ และการรับรองโดยผลทางกฎหมายย่อมแตกต่างกันตามแต่ละยุคสมัย

ในยุคปัจจุบัน ที่ผู้คนใช้คอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ตเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตประจำวัน จึงทำให้ข้อมูลต่าง ๆ ถูกจัดเก็บในรูปแบบของไฟล์ และปรากฏอยู่ในโลกออนไลน์ทั้งสิ้น ซึ่งความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์ก็คือ การปกป้องความเป็นส่วนตัวที่บุคคลมีในขณะที่เชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ต ครอบคลุมการรักษาความปลอดภัยออนไลน์สำหรับข้อมูลส่วนบุคคลที่มี เช่น ข้อมูลสุขภาพ ข้อมูลทางการเงิน ข้อมูลการสื่อสาร เป็นต้น ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตอาจเพิ่มความเป็นส่วนตัวออนไลน์มากขึ้นผ่านทางเทคโนโลยี เช่น ซอฟต์แวร์ (Software) ป้องกันไวรัส รหัสผ่านที่คาดเดายาก ปิดการติดตาม ตรวจสอบความปลอดภัยของเว็บไซต์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การรุกรานความเป็นส่วนตัวออนไลน์

⁶Marek Cvachet and others, “Privacy Online: Exploring Consumers’ Evaluation of Privacy Issues in Relation to Personalized Advertisement when Buying Online,” (Bachelor, Jonkoping University, 2018), p.10.

ในบางลักษณะ ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตไม่ได้ตระหนักถึงการรูล้ำเหล่านี้น เช่น การนำข้อมูลในสื่อสังคม (Social Media) ไปใช้ในการโฆษณา การติดตามพฤติกรรมออนไลน์ เป็นต้น⁷

ประเด็นในเรื่องความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์ โดยเฉพาะกรณีของ Social Media ได้รับความสนใจเป็นอย่างมากเนื่องจากมีข่าวอื้อฉาวมากมายดังเช่น กรณีของ Cambridge Analytica ที่ใช้ข้อมูลของ Social Media เพื่อโน้มน้าวผู้มีสิทธิเลือกตั้งประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา⁸ หรือกรณีที่มีการกลั่นแกล้งกันทางอินเทอร์เน็ตโดยการนำข้อมูลส่วนบุคคลเผยแพร่ไปยังสาธารณะ กรณีเฟซบุ๊ก (Facebook) ที่เป็นเว็บไซต์เครือข่ายทางสังคม (Social Network) รายใหญ่ของโลกรายหนึ่ง ที่ถูกกล่าวหาว่า มีการเปิดเผยข้อมูลหรือการใช้ระบบที่ไม่มีความปลอดภัยเพียงพอสำหรับการรักษาข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้งาน ทำให้ข้อมูลเหล่านั้นรั่วไหลออกมาได้หลายร้อยล้านบัญชี ซึ่งรวมถึงชื่อเต็ม หมายเลขโทรศัพท์ สถานที่ วันเกิด ประวัติ และที่อยู่อีเมล เป็นต้น⁹

บทความนี้นำเสนอหาสาระที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาออนไลน์โดยการกำหนดเป้าหมาย อันเป็นเทคนิคที่นำมาใช้แล้วมีการละเมิดความเป็นส่วนตัวที่จำนวนครั้งมากที่สุด ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต มักจะไม่รู้ตัวและมีแนวโน้มของการละเมิดในโลกออนไลน์มากขึ้นเรื่อยๆ โดยเฉพาะมีการใช้เทคนิค ในการรวบรวมและจัดเก็บข้อมูลการใช้งานของผู้ใช้บริการ Social Media และผู้ให้บริการเว็บไซต์ สำหรับการค้นหาข้อมูลที่มีจำนวนหลายพันล้านคนทั่วโลกที่ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตมักจะไม่รู้ตัวและ ไม่ได้มีเจตนาให้ความยินยอมในการให้ข้อมูลอย่างแท้จริง ทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่ปรากฏในโลกออนไลน์ ถูกถ่ายโอนหรือนำไปใช้โดยเจ้าของข้อมูลไม่รู้ตัว ซึ่งท้ายที่สุดบุคคลเหล่านั้นอาจถูกละเมิดความเป็นส่วนตัวในกรณีของการโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายได้ โดยในบทความนี้จะนำเสนอความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์ ทำไมการโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์และปัญหาในทางกฎหมาย

⁷Virpi Kristiina Tuunainen and others, **Users' Awareness of Privacy on Online Social Networking Sites - Case Facebook** [Online], available URL: <https://aisel.aisnet.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=bled2009>, 2022 (June, 30).

⁸Nicholas Confessore, **Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far** [Online], available URL: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>, 2022 (June, 30).

⁹Aaron Holmes, **533 million Facebook Users' Phone Numbers and Personal Data have been leaked Online** [Online], available URL: <https://www.businessinsider.com/stolen-data-of-533-million-facebook-users-leaked-online-2021-4>, 2022 (June, 30).

2. ความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์

“ความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์” มีชื่อเรียกอย่างแตกต่างกัน อาทิ “ความเป็นส่วนตัวทางอินเทอร์เน็ต” หรือ “ความเป็นส่วนตัวทางดิจิทัล”¹⁰ ความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์ถูกมองว่าแตกต่างจากความเป็นส่วนตัวแบบออฟไลน์ (ดั้งเดิม) โดยความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์เกี่ยวข้องกับข้อมูลของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเป็นหลัก โดยความเป็นส่วนตัวของข้อมูล จะมุ่งเป้าไปที่การจัดการข้อมูลอย่างเหมาะสม เป็นระบบ การได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล การแจ้งเจ้าของข้อมูลในกรณีที่มีการจัดเก็บข้อมูล และภาระผูกพันต่างๆ ที่มีต่อเจ้าของข้อมูล หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์ คือ การทำให้เจ้าของข้อมูลสามารถควบคุมข้อมูลที่มีการเปิดเผยบนอินเทอร์เน็ตและสามารถกำหนดอนุญาตให้ผู้อื่นเข้าถึงหรือไม่ก็ได้ อนึ่ง ข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในโลกออนไลน์ที่ผู้ใช้บริการเว็บไซต์ให้ไว้กับผู้ประกอบกิจการเว็บไซต์หรือที่ใช้บริการโพสต์ทางออนไลน์ก็ยังคงเป็นข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูล ซึ่งข้อมูลเหล่านั้นรวมถึงพฤติกรรมของผู้ใช้งานที่อยู่บนโลกออนไลน์ ประวัติการท่องเว็บไซต์ การใช้งาน Application ต่าง ๆ เช่น GPS เป็นต้น ดังนั้น หากกล่าวถึงความกังวลในเรื่องการละเมิด “ความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์” จึงหมายถึงความกังวลในกรณีการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในโลกออนไลน์ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้งานเว็บไซต์ ข้อมูลการท่องเว็บไซต์ ซึ่งแต่ละครั้งที่ผู้ใช้งานเว็บไซต์ทำการคลิก ก็จะมีการจัดเก็บข้อมูลเหล่านั้นไว้ ซึ่งบริษัทเทคโนโลยีบางแห่งจัดเก็บข้อมูลลูกค้า โดยบันทึกทุกเว็บไซต์ที่ลูกค้าเยี่ยมชม พฤติกรรมความชอบของลูกค้า พฤติกรรมการช้อปปิ้ง มุมมองทางการเมือง เป็นต้น โดยไม่มีการบริหารจัดการใด ๆ ทั้งในเรื่องความปลอดภัยในการจัดเก็บ ระยะเวลาในการจัดเก็บ และการนำข้อมูลเหล่านั้นกลับมาใช้ใหม่

จากที่ชีวิตประจำวันของผู้คนใช้ชีวิตในโลกออนไลน์มากขึ้น ทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลมีความเสี่ยงที่จะถูกละเมิดเพิ่มขึ้น ตัวอย่างเช่น จำนวนการละเมิดความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์ที่รายงานต่อสาธารณะในสหรัฐอเมริกาจนถึงเดือนกันยายน 2021 เพิ่มขึ้น จากปี 2020 ถึง 17% และความกังวลเรื่องความเป็นส่วนตัวบนอินเทอร์เน็ตในฐานะผู้ใช้งานหรือผู้บริโภคก็เพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญเช่นกัน กล่าวคือ ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตชาวอเมริกันเปิดเผยว่า 81% ของผู้ตอบแบบสอบถามเชื่อว่าพวกเขาไม่มีอำนาจควบคุมข้อมูลที่รวบรวมโดยบริษัทเอกชน¹¹

¹⁰Olga Sushko, **What Online Privacy Is and Why It's Important** [Online], available URL: <https://clario.co/blog/what-is-online-privacy/>, 2022 (July, 1).

¹¹Maria Henriquez, **The top data breaches of 2021** [Online], available URL: <https://www.securitymagazine.com/articles/96667-the-top-data-breaches-of-2021>, 2022 (July, 1).

ดังนั้น หลายประเทศได้นำกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในโลกออนไลน์มาปรับใช้กับข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในโลกออนไลน์ด้วย และมีการบัญญัติเพิ่มเติมถึงสิทธิต่าง ๆ ในรูปแบบใหม่สำหรับการคุ้มครองข้อมูลที่อยู่ในโลกออนไลน์ ตัวอย่างเช่น สหภาพยุโรปได้ออกกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป (General Data Protection Regulation: GDPR) ที่มีสถานะผูกพันให้รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด และกฎหมายชุดนี้ออกในปี ค.ศ. 2016 และมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2018 มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องและคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของพลเมืองสหภาพยุโรปทุกคน เช่นเดียวกันในประเทศอื่น ๆ ก็มีกฎหมายลักษณะเดียวกัน เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (สหรัฐอเมริกา) ได้มีการตรากฎหมายความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคในแคลิฟอร์เนีย ค.ศ. 2018 (California Consumer Privacy Act 2018: CCPA) ที่ให้สิทธิพื้นฐาน 5 ประการแก่ผู้บริโภคในการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลบนอินเทอร์เน็ต¹² ได้แก่

- 1) สิทธิที่จะรู้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลประเภทใดที่ผู้ประกอบการธุรกิจจัดเก็บถูกนำไปขาย หรือเปิดเผยไปยังบุคคลใด (Right to Know)
- 2) สิทธิในการยกเลิกการขายข้อมูลส่วนบุคคลของพวกเขา (Right to Opt-out)
- 3) สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลที่ถูกจัดเก็บ (Right to Access)
- 4) สิทธิในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม (Right to Non-discrimination)
- 5) สิทธิในการร้องขอให้ลบข้อมูลส่วนบุคคลที่จัดเก็บ (Right to Delete)

¹²California Consumer Privacy Act (CCPA) 2018, Section 2

The Legislature finds and declares that:

(i) Therefore, it is the intent of the Legislature to further Californians' right to privacy by giving consumers an effective way to control their personal information, by ensuring the following rights:

(1) The right of Californians to know what personal information is being collected about them.

(2) The right of Californians to know whether their personal information is sold or disclosed and to whom.

(3) The right of Californians to say no to the sale of personal information.

(4) The right of Californians to access their personal information.

(5) The right of Californians to equal service and price, even if they exercise their privacy rights.

1798.105 (a) A consumer shall have the right to request that a business delete any personal information about the consumer which the business has collected from the consumer...

อย่างไรก็ตาม การละเมิด “ความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์” อาจเกิดจากการผสมข้อมูลระหว่าง “ข้อมูลส่วนบุคคล” กับ “ข้อมูลที่ไม่ใช่ข้อมูลส่วนบุคคล” หรือกับ “ข้อมูลที่ไม่ได้อยู่ในโลกออนไลน์” ได้ ทำให้รู้รายละเอียดของเจ้าของข้อมูลมากขึ้น ดังตัวอย่างต่อไปนี้ “ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายถึงข้อมูลที่สามารถระบุตัวตนได้ (PII) เช่น อายุ ที่อยู่ทางกายภาพที่ไม่ระบุชื่อ และข้อมูลที่ไม่สามารถระบุตัวตนได้ (Non-PII) เช่น พฤติกรรมหรือประวัติการเยี่ยมชมเว็บไซต์ เป็นต้น หากนำข้อมูลทั้งสองประเภทนี้มารวมกัน ก็จะสามารถคาดหมายได้ว่าเป็นเจ้าของข้อมูล เป็นบุคคลใดที่มีพฤติกรรมหรือประวัติใช้งานออนไลน์รูปแบบนั้น เนื่องจากข้อมูลจากปัจจัยทั้งสองนี้มีความเฉพาะตัวมากพอที่จะระบุตัวบุคคลได้โดยทั่วไป และข้อมูลส่วนบุคคลในรูปแบบอื่น ๆ สามารถรวมถึงข้อมูลการติดตามด้วยระบบระบุตำแหน่งบนโลก (Global Positioning System: GPS) ด้วย เนื่องจากข้อมูลดังกล่าวทำให้ทราบถึงกิจวัตรประจำวันและการเดินทางที่มากเพียงพอสำหรับการระบุตัวบุคคลได้ หากนำไปผสมกับข้อมูลประเภทอื่น

3. การโฆษณาออนไลน์โดยกำหนดเป้าหมายเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์

ในทางธุรกิจการโฆษณาถือว่าเป็นเครื่องมือสำคัญที่ทำให้ลูกค้าสามารถเห็นสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ของร้านค้าได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับผู้ประกอบการธุรกิจที่เกิดขึ้นใหม่ จึงจำเป็นที่จะต้องใช้การโฆษณาเพื่อให้ลูกค้าสามารถเข้าถึงสินค้าหรือบริการได้ง่ายและสะดวกมากขึ้น และในปัจจุบันการโฆษณายังมีผลอย่างมากที่จะดึงดูดลูกค้าเข้ามาในเว็บไซต์ของผู้ประกอบการเนื่องจากช่องทางการขายสินค้าทางช่องทางออนไลน์นั้น ความได้เปรียบทางด้านพื้นที่ได้ลดน้อยลงไป แต่จากข้อมูลทางสถิติพบว่า ส่วนใหญ่ลูกค้าทางออนไลน์จะเข้ามาในเว็บไซต์ครั้งแรกเพื่อเข้ามาดูสินค้าหรือบริการแล้วกลับออกไปเพื่อไปสำรวจสินค้าและบริการประเภทเดียวกันจากเว็บไซต์อื่น ๆ อีก หรืออาจกล่าวได้ว่าการเข้ามาในเว็บไซต์ครั้งแรกนั้นลูกค้ายังไม่ได้มีการตัดสินใจที่จะซื้อสินค้าหรือบริการแต่อย่างใด แต่จะนำข้อมูลเหล่านั้นไปพิจารณาเปรียบเทียบกับสินค้าหรือบริการที่ขายผ่านเว็บไซต์ของผู้ประกอบการรายอื่นและท้ายที่สุดลูกค้าจำนวนมากที่จะหลงอยู่ในโลกอินเทอร์เน็ตและไม่สามารถกลับมาที่เว็บไซต์เดิมได้อีก ประกอบกับข้อมูลในทางสถิติ พบว่า สำหรับผู้บริโภคในทางออนไลน์นั้นมากกว่าร้อยละ 97 ที่ผู้บริโภคเข้ามาดูสินค้าหรือบริการในเว็บไซต์แล้วจะกลับออกไปโดยไม่ซื้ออะไรเลย ประกอบกับข้อมูลทางสถิติ พบว่า การตัดสินใจของลูกค้าโดยส่วนใหญ่ที่จะซื้อสินค้าหรือบริการออนไลน์จะต้องเห็นโฆษณาหรือรู้จักสินค้านั้นแล้วไม่ต่ำกว่า 7 ครั้ง¹³ ดังนั้น ในทางการประกอบธุรกิจออนไลน์

¹³Mailchimp, **What Is Retargeting?** [Online], available URL: <https://mailchimp.com/resources/what-is-retargeting>, 2022 (July, 3).

การทำให้ลูกค้าเห็นโฆษณาสินค้าหรือบริการของตนจำนวนมากกว่าคู่แข่งจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่จะทำให้ผู้ประกอบการออนไลน์ประสบความสำเร็จ เนื่องจากสามารถเข้าถึงลูกค้าได้มากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นและทำให้ลูกค้าได้เห็นโฆษณาสินค้าหรือบริการของตนได้มากกว่าผู้ประกอบการรายอื่น จึงอาจกล่าวได้ว่า ในปัจจุบันการโฆษณาจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง

การโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายนั้นเป็นการยิงโฆษณาไปยังตัวลูกค้าเมื่อลูกค้าได้ออกจากเว็บไซต์ไปแล้ว และเมื่อลูกค้าได้คลิกโฆษณานั้นก็จะมีลิงก์นำทางมายังเว็บไซต์ของเราเพื่อให้ลูกค้าซื้อสินค้าหรือบริการของเราต่อไป ดังนั้น การโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายถูกสร้างขึ้นเพื่อดึงดูดลูกค้าและนำทางให้ลูกค้ากลับมาซื้อสินค้าหรือบริการที่เคยดูไว้จากเว็บไซต์ของผู้ประกอบการมาก่อน ดังนั้น การโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายจึงเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งในยุคสมัยปัจจุบันที่มีผู้ประกอบการจำนวนมากที่ทำการขายสินค้าทางช่องทางออนไลน์¹⁴

เทคนิคการโฆษณาออนไลน์โดยกำหนดเป้าหมาย (Retargeting) เป็นการโฆษณาระหว่างที่ลูกค้าดูเว็บไซต์อื่น จะเจอโฆษณา Pop-up สำหรับผลิตภัณฑ์ที่เกือบซื้อเมื่อวันก่อนหรือเมื่อสัปดาห์ที่แล้ว เนื่องจากในทางปฏิบัติการโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายช่วยให้ธุรกิจสามารถโฆษณากับลูกค้าหรือผู้มีโอกาสเป็นลูกค้าขณะที่พวกเขาใช้งานอินเทอร์เน็ต และเป็นวิธีการโฆษณาที่มีประสิทธิภาพกับลูกค้าที่เคยสนใจในสินค้าหรือบริการในบริษัทของคุณ การโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายจะสร้างการมองเห็นสำหรับแบรนด์ของผู้ประกอบการ ช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงลูกค้าที่แสดงความสนใจในผลิตภัณฑ์ได้ง่ายมากขึ้น และการโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายเป็นวิธีการโฆษณาที่มีประสิทธิภาพพร้อมผลตอบแทนจากการลงทุนค่อนข้างสูง และผลการวิจัยโดย HubSpot เปิดเผยว่า ผู้บริโภคมักสนใจโฆษณาที่ “ติดตาม” พวกเขาเป็นพิเศษ จึงอาจกล่าวได้ว่าการโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายเป็นวิธีการโฆษณาที่มีประสิทธิภาพสูงสุดในปัจจุบันและคุ้มค่ากว่าการโฆษณาประเภทอื่น เนื่องจากการโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายจะถูกส่งตรงไปยังผู้ที่สนใจสินค้าหรือบริการ ซึ่งมีได้ทำการโฆษณาแบบเหวี่ยงแหเหมือนโฆษณาออนไลน์ประเภทอื่นในรูปแบบดั้งเดิม และแสดงโฆษณาในเวลาที่เหมาะสม ทำให้ผู้ประกอบการประหยัดค่าใช้จ่ายในการโฆษณามากขึ้น เนื่องจากตรงกับความต้องการของผู้บริโภคโดยเรียนรู้จากพฤติกรรมของผู้บริโภคว่าต้องการอะไรและมีการดำรงชีวิตทางออนไลน์อย่างไร และรสนิยมเป็นอย่างไร¹⁵

¹⁴Sprout Social, **Retargeting** [Online], available URL: <https://sproutsocial.com/glossary/retargeting/>, 2022 (July, 3).

¹⁵Larry Kim, **How to Design Content Remarketing Campaigns That Actually Work** [Online], available URL: <https://blog.hubspot.com/marketing/design-content-remarketing-campaigns>, 2022 (July, 4).

จากข้อมูลของกูเกิล (Google) การรวมโฆษณาโดยกำหนดเป้าหมายกับโฆษณาในรูปแบบอื่น ๆ ที่ผู้ประกอบการทำอยู่เป็นประจำจะสามารถกระตุ้นการเข้าชมเว็บไซต์ของผู้ประกอบการได้ด้วยอีเมล (Email) โฆษณาเฟสบุ๊ค (Facebook) หรือโฆษณาอินสตาแกรม (Instagram) ช่วยให้มียอดขายเพิ่มได้มากขึ้นกว่าร้อยละ 50¹⁶ ยิ่งไปกว่านั้นในปัจจุบันการโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายได้รับความนิยมนอย่างมาก เนื่องจากประหยัดต้นทุนค่าใช้จ่ายและขณะเดียวกันโฆษณาดังกล่าว สามารถนำลูกค้ากลับมาซื้อสินค้าหรือบริการได้จำนวนมาก¹⁷ ดังนั้น ผู้ประกอบการจึงใช้การโฆษณาโดยกำหนดเป้าหมายในรูปแบบอื่นที่มากกว่าการโฆษณาทั่วไป กล่าวคือ¹⁸

1) การโฆษณาออนไลน์โดยการกำหนดเป้าหมายใหม่กลายเป็นกลยุทธ์ทางการตลาดระยะยาว (Long-term Marketing Strategy) เพื่อการสะสมฐานลูกค้า สำหรับธุรกิจที่มีผู้ติดตามหรือลูกค้าประจำอยู่แล้ว หากเว็บไซต์มีผู้เยี่ยมชมอย่างน้อย 100 คนต่อเดือน การโฆษณาโดยวิธีการกำหนดเป้าหมายสามารถนำพาลูกค้าที่เคยเยี่ยมชมเว็บไซต์กลับมาที่เว็บไซต์ของผู้ประกอบการอีกครั้งหนึ่งได้ง่ายขึ้น จึงเป็นการสะสมฐานลูกค้าไปโดยปริยาย

2) โปรโมตสินค้าขายดี (Promoting Bestsellers) วิธีการโฆษณาโดยกำหนดเป้าหมายใหม่เป็นวิธีที่ง่ายและมีประสิทธิภาพในการแสดงผลผลิตภัณฑ์ที่ขายดีที่สุดของคุณ และการโปรโมตสินค้าที่ลูกค้าปัจจุบันของคุณชื่นชอบสามารถช่วยเปลี่ยนผู้เยี่ยมชมเว็บไซต์ให้กลายเป็นลูกค้า และเพิ่มผลตอบแทนที่ได้เพิ่มขึ้นจากการโฆษณา

3 แนะนำคอลเลกชันใหม่ (Introducing New Collections) ผู้ที่สนใจแบรนด์ของคุณและเยี่ยมชมเว็บไซต์ของคุณเป็นกลุ่มเป้าหมายที่ดีสำหรับการโฆษณาผลิตภัณฑ์ใหม่ เมื่อคุณเปิดตัวคอลเลกชันผลิตภัณฑ์ใหม่ การโฆษณาโดยกำหนดเป้าหมายใหม่จะดึงดูดสายตาของลูกค้า ไม่ว่าลูกค้าจะอยู่ที่ใดในโลกออนไลน์ สร้างเส้นทางที่ชัดเจนในการกลับมาที่ร้านค้า เพื่อให้ลูกค้าสามารถตรวจสอบว่ามีอะไรใหม่

4) การบริหารจัดการสินค้าคงคลัง (Moving Inventory) ในฐานะผู้ขายออนไลน์ ในบางครั้งอาจมีสินค้าคงคลังที่เคลื่อนไหวช้า การกำหนดเป้าหมายโฆษณาใหม่เป็นวิธีที่ใช้งบประมาณน้อยที่สามารถทำการแสดงสินค้าคงคลังที่เคลื่อนไหวช้าไปยังลูกค้าได้

¹⁶Mailchimp, *Email Marketing with Google Ads: The Dynamic Duo* [Online], available URL: <https://mailchimp.com/resources/how-retargeting-ads-and-email-work-together/>, 2022 (July, 5).

¹⁷Mitchell Hunter, *INFOGRAPHIC: Retargeting Can Save You 44% on Cost Per Acquisition* [Online], available URL: <https://www.simmonssharpe.com/blog/infographic-retargeting-can-save-you-44-percent-on-cost-per-acquisition>, 2022 (July, 5).

¹⁸Mailchimp, *When Should You Use Retargeting Campaigns?* [Online], available URL: <https://mailchimp.com/resources/what-is-retargeting/>, 2022 (July, 5).

5) การสร้างการรับรู้ถึงแบรนด์ (Building Brand Awareness) คนส่วนใหญ่จำเป็นต้องรู้สึกว่าคุณรู้จักคุณก่อนที่จะตัดสินใจซื้อผลิตภัณฑ์หรือบริการของคุณ และการกำหนดเป้าหมายโฆษณาใหม่ทำให้แบรนด์แพร่หลายมากขึ้นสำหรับผู้ที่ไม่พร้อมที่จะซื้อเมื่อเข้าชมเว็บไซต์เป็นครั้งแรก แต่มีโอกาสสูงที่จะกลายมาเป็นลูกค้าในภายหลัง

อนึ่งการโฆษณาออนไลน์โดยการกำหนดเป้าหมายมีวิธีการปฏิบัติบางส่วนที่เป็นประเด็นปัญหาในเรื่องความเป็นส่วนตัว กล่าวคือ¹⁹

(1) การใช้คุกกี้(Cookie)ซึ่งเป็นไฟล์ขนาดเล็กที่เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้งานเมื่อเข้าชมเว็บไซต์ต่าง ๆ เว็บไซต์นั้นจะส่ง Cookie เข้ามาเก็บไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์ และจะเก็บข้อมูลต่าง ๆ เช่น ไอพีแอดเดรส (IP Address) และหน้าเว็บไซต์ เป็นต้น เพื่อให้ระบบจดจำผู้ใช้งานได้

(2) การรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้งานตามกิจกรรมออนไลน์ ซึ่งเว็บไซต์สำหรับการรวบรวมข้อมูลนั้นทำให้ทางเว็บไซต์รู้ว่าผู้ใช้งานเว็บไซต์ได้เคยทำกิจกรรมในออนไลน์ รูปแบบใด หรืออยู่ในสถานที่ใดได้ เช่น เมื่อผู้ใช้งานค้นหาร้านอาหารใน Google จะแสดงผลภัตตาคารที่อยู่บริเวณใกล้เคียง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าข้อมูลในด้านสถานที่ที่ผู้ใช้งานอยู่ถูกจัดเก็บ หรือเว็บไซต์การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce: E-commerce) ที่แสดงผลผลิตภัณฑ์หรือสินค้าที่ผู้ใช้งานเคยสนใจ เป็นต้น

(3) ติดตามผู้ใช้งานผ่านเว็บไซต์ เมื่อมีการจัดเก็บ IP Address ของผู้ใช้งานแล้ว ไม่ว่าผู้ใช้งานจะเข้าไปในเว็บใดก็ตามหรือทำอะไรก็ตามอยู่ในโลกออนไลน์ ข้อมูลของผู้ใช้งานก็อาจจะถูกจัดเก็บได้

(4) การแบ่งปันข้อมูลผู้ใช้งานกับบุคคลที่สาม โดยการแบ่งปันข้อมูลกับบุคคลที่สามในกรณีนี้อาจจะเป็นได้หลากหลาย เช่น ผู้ให้บริการทางด้านระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Network) ผู้ให้บริการทางด้านการตลาดดิจิทัล (Internet Marketing) ผู้ให้บริการซอฟต์แวร์ (Software) หรือฝ่ายลูกค้าสัมพันธ์เพื่อบริหารจัดการลูกค้า (Customer Relation) หรือบริษัทโฆษณา (Advertising) เป็นต้น

เห็นได้ว่าเทคโนโลยีเบื้องหลังของการโฆษณาโดยกำหนดเป้าหมายจำแนกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง คือ การติดตามและจัดเก็บข้อมูลพฤติกรรมของลูกค้า และส่วนที่สอง คือ การยิงโฆษณาไปยังลูกค้าเมื่อลูกค้าเข้าเยี่ยมชมเว็บไซต์อื่นอยู่ เพื่อให้ลูกค้าสามารถตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการโดยนำลูกค้ากลับมายังเว็บไซต์ของผู้ประกอบการเดิมซึ่งการติดตามและจัดเก็บข้อมูลพฤติกรรมของลูกค้าในส่วนที่หนึ่งนั้นมีความเสี่ยงต่อการละเมิดความเป็นส่วนตัวและผิดกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้ ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

¹⁹Kaspersky, **What are Cookies?** [Online], available URL: <https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/cookies>, 2022 (July, 6).

3.1 การติดตามพฤติกรรมของผู้ใช้งาน

การโฆษณาโดยกำหนดเป้าหมายเป็นเทคโนโลยีที่ใช้ “Cookie” ซึ่งใช้ได้จากจาวาสคริปต์ (JavaScript) เพื่อ “ติดตาม” ลูกค้ำที่เข้าชมเว็บไซต์ ซึ่งผู้ประกอบการจะทำการวางโค้ด (Code) ที่ไม่ได้ใช้หน่วยความจำและไม่รบกวนการทำงานของเครื่องของลูกค้า และลูกค้ำที่เข้าชมเว็บไซต์ไม่สามารถเห็นโค้ด และทุกครั้งที่มีลูกค้ำเข้ามาในเว็บไซต์ โค้ดจะส่งคุกกี้ออกมา ต่อมาเมื่อลูกค้ำออกจากเว็บไซต์และเข้าไปเยี่ยมชมในเว็บไซต์อื่น Cookie จะทำการโฆษณาโดยแสดงโฆษณาต่อลูกค้ำที่เคยเข้าชมเว็บไซต์ การโฆษณาโดยกำหนดเป้าหมายนั้น บริษัทที่ทำการโฆษณาโดยการกำหนดเป้าหมายจะต้องร่วมมือกับบริษัทอื่น ๆ อาทิ Google, Facebook, LinkedIn เป็นต้น หรือบริษัทอื่นใดที่สามารถเข้าถึงผู้คนบนอินเทอร์เน็ตจำนวนมาก หลังจากลูกค้ำเข้าเยี่ยมชมเว็บไซต์ของผู้ประกอบการที่ขายสินค้าหรือบริการแล้ว แต่ต่อมากลุ่มค้ำเข้าไปในเว็บไซต์ Google หรือ Facebook หรือ LinkedIn หรือขณะที่กำลังอ่านบทความ หรือฟังเพลง เป็นต้น การโฆษณาโดยกำหนดเป้าหมายจะเตือนลูกค้ำถึงสินค้าและบริการที่ผู้ประกอบการต้องการนำเสนอและจะนำลูกค้ำกลับมาที่เว็บไซต์ของผู้ประกอบการเพื่อให้ลูกค้ำตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการได้ง่ายขึ้น ในปัจจุบันนักการตลาดใช้การโฆษณาแบบกำหนดเป้าหมายเป็นเครื่องมือสำคัญในการเชื่อมต่อกับลูกค้ำช่วยรักษฐานลูกค้ำ และเพิ่มยอดขาย²⁰

3.2 การใช้เครื่องมือติดตามในเว็บไซต์สำหรับการค้นหาข้อมูล (Search Engines User Tracking)²¹

เว็บไซต์สำหรับการค้นหาข้อมูลไม่ได้บันทึกเฉพาะสิ่งที่กำลังค้นหาเท่านั้น แต่เว็บไซต์ประเภทยังติดตามพฤติกรรมการเยี่ยมชมเว็บไซต์ (อื่น) ในภายหลังอีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากผู้ให้บริการเว็บไซต์ค้นหาข้อมูลเป็นผู้ให้บริการเบราร์เซอร์ด้วย ก็จะสามารถจัดเก็บข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประวัติการท่องเว็บไซต์ของผู้ใช้งานได้ทั้งหมด

เว็บไซต์สำหรับการค้นหา จัดเก็บ และรวบรวมข้อมูล จะจัดเก็บข้อมูลดังต่อไปนี้

1) ประวัติการค้นหา (Search History) ประวัติการค้นหาของผู้ใช้งานจะถูกบันทึกไว้ในบัญชีของผู้ให้บริการเว็บไซต์ สำหรับการค้นหา (Search Engine) โดยกิจกรรมบนเว็บและแอปของผู้ใช้งานเว็บไซต์จะถูกจัดเก็บพร้อมกับกิจกรรมจากบริการอื่น ๆ หากผู้ให้บริการเว็บไซต์สำหรับการค้นหานั้นให้บริการเบราร์เซอร์ด้วย เช่น Google เป็นต้น

²⁰WebFx, What Is Behavioral Retargeting and How Can You Use It? [Online], available URL: <https://www.webfx.com/digital-advertising/glossary/what-is-behavioral-retargeting>, 2022 (July 8).

²¹Dirk Lewandowski. “Search Engine User Behavior: How Can Users be Guided to Quality Content?” *Information Service & Use* 28, 3 (January 2008): 261-268.

2) คุกกี้ (Cookie) หมายถึง ชิ้นส่วนของข้อมูลจากเว็บไซต์ที่จัดเก็บไว้ในเว็บเบราว์เซอร์ซึ่งเว็บไซต์สามารถถูกเรียกได้ในภายหลัง Cookie ใช้เพื่อบอกเซิร์ฟเวอร์ว่าผู้ใช้งานยังเว็บไซต์ที่เคยเยี่ยมชมแล้ว คุกกี้มีสองประเภท กล่าวคือ คุกกี้ชั่วคราว (Session Cookie) และคุกกี้ที่มีกำหนดอายุ (Persistent Cookie) โดย Session Cookie ถูกใช้โดยร้านค้าออนไลน์เป็นหลัก ช่วยให้เว็บไซต์สามารถติดตามการเคลื่อนไหวของผู้ใช้และจดจำผู้ใช้ได้ สิ่งนี้เป็นประโยชน์ต่อผู้ใช้เนื่องจากข้อมูลเดิมจะไม่ถูกถามอีก ดังนั้น เมื่อผู้บริโภคมองสินค้าออนไลน์ ร้านค้าออนไลน์จะใช้ Session Cookie เพื่อเก็บสินค้าไว้ในตะกร้า ผู้บริโภค หากไม่มี Cookie เหล่านี้ ผู้ใช้จะมีตะกร้าว่างเปล่าเมื่อชำระเงิน เนื่องจากเจ้าของเว็บไม่สามารถจดจำการกระทำที่ผ่านมาของผู้ใช้ได้ และ Persistent Cookie จะถูกใช้เพื่อจดจำข้อมูล เช่น รายละเอียดการเข้าสู่ระบบและรหัสผ่านเมื่อเยี่ยมชมเว็บไซต์อีกครั้ง ลูกค้าไม่จำเป็นต้องให้ข้อมูลเดิมทุกครั้งที่ยเยี่ยมชมเว็บไซต์ ซึ่งสะดวกและประหยัดเวลา Cookie ยังติดตามผู้ใช้ที่ตั้งค่ากำหนดอื่น ๆ เช่น การเลือกภาษา หรือรายละเอียดต่าง ๆ ที่มีการใช้งานผ่านเว็บไซต์ เป็นต้น²² ซึ่งจะทำให้ผู้ใช้งานสามารถใช้งานเว็บไซต์ได้อย่างสะดวกมากยิ่งขึ้น โดยไม่ต้องมีการตั้งค่าใหม่ทุกครั้งเมื่อมีการใช้งานเว็บไซต์ โดยทั่วไปแล้วการใช้งาน Cookie นั้น ผู้ให้บริการเว็บไซต์แจ้งผู้ใช้งานเว็บไซต์ในตอนเริ่มต้นว่าอนุญาตให้มีการใช้ Cookie หรือไม่ อย่างไรก็ตาม Cookie กลายเป็นประเด็นปัญหาขึ้นมา เมื่อมีการจัดเก็บข้อมูลบางอย่างและนำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้งานโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ใช้งาน

3) ที่อยู่ (IP addresses) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า ที่อยู่อินเทอร์เน็ตโปรโตคอล (Internet Protocol Address) คือ ชุดตัวเลขที่ระบุอุปกรณ์ใด ๆ บนเครือข่าย คอมพิวเตอร์ใช้ที่อยู่ IP เพื่อสื่อสารระหว่างกันทั้งทางอินเทอร์เน็ตและเครือข่ายอื่น ๆ²³

4) ประวัติการคลิกผ่าน (Click-through History) บนหน้าเว็บที่เปิดหน้าหรือเว็บไซต์ใหม่ ผู้ใช้งานเว็บไซต์อาจคลิกที่ลิงค์ เช่น ลิงค์สำหรับโปรโมชั่นหรือโฆษณา ซึ่งประวัติการคลิกเหล่านี้จะถูกเก็บเป็นจำนวนครั้งที่มีการคลิกเข้าไปดูในโปรโมชั่นหรือโฆษณาที่เผยแพร่บนเว็บไซต์

ข้อมูลที่ผู้ให้บริการเว็บไซต์สำหรับการค้นหาข้อมูลจัดเก็บตามที่เราข้างต้น เมื่อนำข้อมูลเหล่านั้นมารวมกัน จะสามารถ “ทำโปรไฟล์” (Profiling) ซึ่งเป็นการสร้างตัวตนของลูกค้าโดยอ้างอิงจากพฤติกรรมในโลกออนไลน์ เช่น การเรียกดูโดยการคลิก การซื้อปิ้ง การตั้งค่าโซเชียลมีเดียของบุคคล สิ่งทีโพสต์ลงใน Social Media เป็นต้น ข้อมูลที่จัดเก็บเหล่านี้ เมื่อนำมาทำโปรไฟล์ของลูกค้าแล้ว จะสามารถเข้าใจถึงพฤติกรรมรสนิยม ความชอบของลูกค้า ซึ่งจะนำมาใช้ประโยชน์ในทางการตลาดต่อไป ทว่า การทำโปรไฟล์ของลูกค้ากลายเป็นปัญหาการละเมิดความเป็นส่วนตัวอย่าง

²²Marek Cvachet and others, op. cit.

²³Robert P.A. and Challinor S., “IP Address Management” *BT Technology Journal* 18 (July 2000): 127-128.

ร้ายแรง แม้ว่าจะเป็นการดำเนินการโดยระบบอัลกอริทึมในการจับคู่ข้อมูลและเชื่อมโยงข้อมูลสำหรับการทำโปรไฟล์ของบุคคลเท่านั้น แต่ข้อมูลดังกล่าวสามารถระบุตัวตนของลูกค้าได้อย่างละเอียด และสามารถล่วงรู้ข้อมูลทางด้านพฤติกรรมและความเป็นส่วนตัวที่เป็นเรื่องละเอียดอ่อนของลูกค้า²⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้วิธีการดังกล่าวถูกใช้กันอย่างแพร่หลาย และมีผลกระทบต่อผู้ใช้งานเว็บไซต์ สำหรับการค้นหาข้อมูลและเว็บไซต์ Social Media จำนวนหลายพันล้านคนทั่วโลก เพื่อนำมาใช้ในการโฆษณาที่ตรงกับความต้องการของลูกค้าโดยตรง ปรากฏการณ์เหล่านี้อาจนำมาสู่ปัญหาการละเมิดข้อมูลของคนจำนวนหลายพันล้านคน

3.3 กรณีแอปพลิเคชันที่ใช้งานในโทรศัพท์เคลื่อนที่

ก่อนที่จะมีการดาวน์โหลดหรือมีการใช้งานแอปพลิเคชันที่ใช้งานในโทรศัพท์เคลื่อนที่หลายตัวที่ขอให้ผู้ใช้งานอนุญาตให้เข้าถึงตำแหน่งที่ตั้ง รายชื่อเพื่อน หมายเลขโทรศัพท์ ที่อยู่อีเมล หรือไมโครโฟนของโทรศัพท์ได้ เมื่อแอปพลิเคชันเหล่านี้ได้รับอนุญาต ก็จะสามารถเข้าถึงคลังข้อมูลที่มีการจัดเก็บอยู่ในโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแอปพลิเคชันที่มีฟังก์ชัน (Function) “การติดตามออนไลน์” หรือ “Online Tracking” ซึ่งในประเด็นนี้มีประเด็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งเนื่องจาก ในด้านหนึ่ง “การติดตามออนไลน์” เป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้งานอย่างชัดเจน ขณะที่ในอีกด้านหนึ่ง การติดตามออนไลน์เป็นกลไกสำคัญที่ถูกนำมาใช้กันอย่างแพร่หลายในภาคธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นระบบนำทาง การซื้อขายออนไลน์ การใช้บริการออนไลน์ต่าง ๆ (เช่น เน็ตฟลิก (Netflix) ยูทูบ (YouTube) สิ่งเหล่านี้ล้วนใช้กลไกในเรื่องของการติดตามทางออนไลน์ทั้งสิ้น โดยเฉพาะในอนาคตกที่จะเป็นยุค IOTs (อินเทอร์เน็ตของสรรพสิ่ง) ที่จะมีการใช้การติดตามทางออนไลน์กันอย่างแพร่หลายกับวัตถุต่าง ๆ ที่มีการเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ต จึงอาจกล่าวได้ว่าการติดตามทางออนไลน์เป็นเครื่องมือสำคัญในเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy) จากทั้งสองมุมมองที่แตกต่างกัน นำมาสู่คำถามว่า การติดตามออนไลน์มีผลกระทบกับสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้บริโภคหรือไม่ และการนำวิธีการดังกล่าวมาใช้นั้นได้สัดส่วนหรือไม่ และการกระทำระดับใดที่จะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้บริโภค²⁵

²⁴Libraries, **Customer Profiling and Behavioral Targeting** [Online], available URL: <https://open.lib.umn.edu/informationssystem/chapter/14-7-customer-profiling-and-behavioral-targeting/>, 2022 (July,9).

²⁵World Intellectual Property Organization (WIPO), **A guide to data protection in mobile applications** [Online], available URL: <https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/en/agenda/pdf/wipo-guide-data-protection-mobile-apps.pdf>, 2022 (July, 10).

3.4 การจัดเก็บข้อมูลโดยสื่อสังคมออนไลน์ (Social Network Harvesting)

การรวบรวมและจัดเก็บข้อมูลโดยสื่อสังคมออนไลน์เป็นวิธีปฏิบัติในการรวบรวมเนื้อหาประเภทต่าง ๆ ที่ผู้ใช้งานสื่อสังคมออนไลน์สร้างขึ้น เช่น ทวิต บล็อก รูปภาพ คลิปวิดีโอ แท็ก เป็นต้น จากแพลตฟอร์มสื่อสังคมออนไลน์ เช่น Twitter, YouTube, Instagram, Pinterest เป็นต้น และการเก็บรวบรวมข้อมูลที่เป็นประโยชน์ เช่น ความรู้สึกของลูกค้า แนวโน้มทางสังคม เป็นต้น เพื่อสนับสนุนในการปฏิบัติ การวิจัย และการตัดสินใจทางธุรกิจ

หากพิจารณาการใช้งานของเครือข่ายสังคมออนไลน์อาจจำแนกประเภทได้ ดังต่อไปนี้²⁶

ประเภทที่ 1 เว็บไซต์เครือข่ายสังคมออนไลน์ที่มุ่งเน้นการเชื่อมต่อระหว่างกัน (Connection Online Social Networks) เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้มุ่งเน้นที่การเชื่อมต่อระหว่างผู้ใช้งาน ซึ่งผู้ใช้งานจะมีวัตถุประสงค์ในการเชื่อมต่อแตกต่างกันโดยขึ้นกับวัตถุประสงค์ในการสร้างเว็บไซต์หรือแพลตฟอร์มเครือข่ายสังคมออนไลน์นั้น ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) *เครือข่ายสังคมออนไลน์สำหรับหาคู่รัก (Dating)* เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้ผู้ใช้งานค้นหาคู่รักดังนั้นผู้ใช้งานแต่ละรายต้องสร้างโปรไฟล์เพื่อดึงดูดความสนใจเพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งมีความสนใจและมุ่งสร้างความสัมพันธ์แบบมิตรภาพขึ้น ดังนั้น เครือข่ายสังคมออนไลน์ในรูปแบบนี้ จึงให้ความสำคัญกับการเชื่อมโยงระหว่างผู้ใช้งานจากการจัดการค้นหาหรือจากการแนะนำระหว่างกันมากกว่าการเชื่อมโยงกับบุคคลที่ผู้ใช้งานรู้จักกันอยู่แล้ว และฐานข้อมูลของเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มักจะเก็บข้อมูลทางด้านรสนิยมและพฤติกรรมของผู้ใช้งานเป็นหลักเพื่อที่จะได้สามารถจับคู่หรือแนะนำบุคคลที่มีรสนิยมความชอบอย่างเดียวกันได้ โดยข้อความหรือเนื้อหาที่สื่อสารระหว่างผู้ใช้งานจะถูกเก็บไว้เป็นข้อมูลส่วนบุคคลโดยเฉพาะ (มิได้เปิดเผยต่อสาธารณะ) ตัวอย่างเครือข่ายสังคมออนไลน์สำหรับหาคู่รัก ได้แก่ PAIQ, Match.com และ Plentyoffish.com เป็นต้น

2) *เครือข่ายสังคมออนไลน์สำหรับธุรกิจ (Business)* เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้บุคคลที่ประกอบอาชีพสามารถติดต่อทางธุรกิจหรือสร้างผลประโยชน์ในทางธุรกิจระหว่างกันได้ ซึ่งการสร้างโปรไฟล์ของผู้ใช้งานในเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ จึงมุ่งเน้นที่แสดงให้เห็นถึงความรู้ ความสามารถ ตลอดจนประสบการณ์ในการทำงานของผู้ใช้งานตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาเพื่อที่จะสร้างความสนใจให้ผู้สนใจรับเข้าทำงาน ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ใช้งานยังสามารถเพิ่มเพื่อน

²⁶Michael Beye and others, *Literature Overview - Privacy in Online Social Networks*, University of Twente (CTIT), TR-CTIT-10-36 (Centre for Telematics and Information Technology, University of Twente, 2010), pp. 3 – 6.

ที่เป็นบุคคลรายอื่น (ที่ไม่เคยรู้จักกันมาก่อน) ในลิสต์รายชื่อเพื่อนในบัญชีการใช้งานของตนเองได้ เพื่อเชื่อมต่อสำหรับการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่างกัน ตัวอย่างเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ได้แก่ LinkedIn เป็นต้น และฐานข้อมูลของเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มักจะเก็บข้อมูลทางธุรกิจ และคุณสมบัติของผู้ใช้งานที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพเป็นหลักเพื่อที่จะได้สามารถจับคู่หรือแนะนำผู้ประกอบการที่มีความต้องการอย่างเดียวกันได้

3) เครือข่ายสังคมออนไลน์สำหรับสร้างกลุ่มเพื่อนที่อยู่ในชีวิตจริง (*Enforcing real-life relationships*) เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มีได้มุ่งที่จะค้นหาหรือเชื่อมโยงผู้ใช้งานกับเพื่อนใหม่ แต่มุ่งที่จะเชื่อมโยงผู้ใช้งานกับกลุ่มคนที่รู้จักกันอยู่แล้ว เช่น สมาชิกในครอบครัว หรือเพื่อนในมหาวิทยาลัย หรือเพื่อนในสถานที่ทำงาน เป็นต้น ตัวอย่างเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ ก็คือ My Life, Odnoklassniki และ Plaxo เป็นต้น และฐานข้อมูลของเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มักจะเก็บข้อมูลทางด้านรสนิยมและพฤติกรรมของผู้ใช้งานเป็นหลัก

4) เครือข่ายสังคมออนไลน์ในรูปแบบการเชื่อมต่อทั่วไป (*Socializing*) เครือข่ายสังคมออนไลน์รูปแบบนี้ เป็นรูปแบบดั้งเดิมซึ่งผู้ใช้งานสามารถเชื่อมต่อเพื่อนใหม่หรือเพื่อนที่รู้จักกันในปัจจุบันได้ ข้อมูลที่ปรากฏในเครือข่ายสังคมออนไลน์มักจะเป็นข้อมูลที่มีการเปิดเผยต่อสาธารณะ และรายได้ของผู้ประกอบการเครือข่ายสังคมออนไลน์รูปแบบนี้มาจากรายได้จากการโฆษณา การขายข้อมูล การจัดเก็บค่าสมัครสมาชิก หรือการอัพเดทฟังก์ชันบางอย่างเพิ่มเติม (เช่น เกมส์ เป็นต้น) ที่สมาชิกสามารถเล่นหรือแข่งขันร่วมกันได้จากหลายสถานที่ ตัวอย่างเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ ก็คือ Hyves, Facebook, Orkut และ My Space เป็นต้น และฐานข้อมูลของเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มักจะเก็บข้อมูลทางด้านรสนิยมและพฤติกรรมของผู้ใช้งานเป็นหลักเพื่อที่จะได้สามารถจับคู่หรือแนะนำบุคคลที่มีรสนิยมความชอบอย่างเดียวกันได้

ประเภทที่ 2 เว็บไซต์เครือข่ายสังคมออนไลน์ที่มุ่งเน้นการแบ่งปันข้อมูลระหว่างกัน (Content Sharing Online Social Networks) เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้มุ่งเน้นให้ผู้ให้บริการแบ่งปันเนื้อหาระหว่างกัน ซึ่งอาจจะเป็นเนื้อหาที่ผู้ใช้บริการรายนั้นเป็นเจ้าของ หรือผลิตเอง หรือเป็นเนื้อหาจากแหล่งที่มาอื่นก็ได้ ซึ่งอาจเป็นเนื้อหาที่เป็นรูปภาพ ภาพเคลื่อนไหว หรือข่าวสาร เป็นต้น ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) เครือข่ายสังคมออนไลน์ที่เน้นการแบ่งปันเนื้อหา (*Content Sharing*) เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มุ่งเน้นที่การแบ่งปันเนื้อหาของผู้ใช้งาน ซึ่งผู้ใช้งานจะมีวัตถุประสงค์ในการเชื่อมต่อเพื่อแบ่งปันเนื้อหาไม่ว่าจะเป็นเนื้อหาที่สมาชิกเป็นผู้สร้างเนื้อหาขึ้นมาเอง หรือเนื้อหาที่ของบุคคลอื่นสร้างขึ้น เพื่อที่จะแบ่งปันกับกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งตามแต่ที่ผู้ใช้งานจะเลือก เช่น กลุ่มเพื่อน หรือกลุ่มครอบครัว หรืออาจจะเปิดให้กับสาธารณะก็ได้ ปัจจัยที่ทำให้เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ได้รับความนิยม

เนื่องจากเนื้อหาที่มีการแบ่งปันเป็นข้อมูลที่ใหญ่เกินกว่าที่จะส่งไปทางอีเมลให้กับผู้รับที่อยู่ในกลุ่ม ดังนั้น ผู้ใช้งานจึงต้องทำการอัปโหลดเนื้อหาเข้าสู่ระบบ และผู้ใช้งานมักจะต้องเป็นสมาชิกและรวมถึงผู้ที่เข้าไปดูเนื้อหาที่มีการอัปโหลดก็จะต้องมีการลงทะเบียนเป็นสมาชิกเพื่อเข้าสู่ระบบเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ ก็คือ Picasa (picasaweb.google.com), photobucket.com และ www.youtube.com และฐานข้อมูลของเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มักจะเก็บข้อมูลทางด้านรสนิยมและพฤติกรรมของผู้ใช้งานเป็นหลักเพื่อที่จะได้สามารถจับคู่หรือแนะนำเนื้อหาที่มีตรงกับรสนิยมความชอบของผู้ใช้งาน

2) เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทการแนะนำเนื้อหา (Content Recommendation) เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ ผู้ใช้งานหรือสมาชิกไม่ใช่เป็นผู้อัปโหลดเนื้อหาด้วยตนเอง แต่จะใช้วิธีการแนะนำเนื้อหาที่มีอยู่แล้วในระบบ ซึ่งเป็นเนื้อหาที่สร้างโดยผู้เชี่ยวชาญโดยเฉพาะ แต่แพลตฟอร์มเครือข่ายสังคมออนไลน์ทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการสื่อสารเท่านั้น ซึ่งเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มุ่งให้สมาชิกหรือผู้ใช้งานติดแท็กหรือให้คะแนนเป็นสำคัญ ตัวอย่างเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ก็คือ WeRead.com และ Delicious เป็นต้น

3) เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทแบ่งปันความบันเทิง (Entertainment) เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มุ่งเน้นที่ความบันเทิงด้านเกมส์เป็นหลัก โดยการสร้างเครือข่ายสำหรับนักเล่นเกมส์ โดยเฉพาะ ผู้ใช้งานมักจะสร้างรางวัลในเกมส์และเชื่อมต่อกับเพื่อนที่อยู่ในเกมส์เดียวกัน ข้อความต่าง ๆ สามารถส่งผ่านจากผู้ใช้งานรายหนึ่งไปยัง (กลุ่ม) ที่เป็นเพื่อนที่อยู่ในเกมส์ได้ ซึ่งข้อมูลที่ปรากฏในเครือข่ายสังคมออนไลน์ในรูปแบบนี้ มักจะเกี่ยวข้องกับรสนิยมความชอบของเกมส์หรือวิธีการเล่นเกมส์เป็นหลัก รายได้ของผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มาจากการขายเกมส์หรือการขายอุปกรณ์ที่ใช้ในเกมส์ หรือการรับสมัครสมาชิก เป็นต้น ตัวอย่างเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ก็คือ Xbox Live และ Play fire เป็นต้น และฐานข้อมูลของเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มักจะเก็บข้อมูลทางด้านรสนิยมและพฤติกรรมของผู้ใช้งานเป็นหลักเพื่อที่จะได้สามารถจับคู่หรือแนะนำเนื้อหาที่มีตรงกับรสนิยมความชอบของผู้ใช้งาน

4) เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทแบ่งปันคำแนะนำ (Advice Sharing) การให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ที่มีคุณสมบัติเพื่อแบ่งปันคำแนะนำนั้นอยู่บนพื้นฐานที่ต้องการให้ผู้คนมาร่วมแบ่งปันประสบการณ์หรือความเชี่ยวชาญของตนเพื่อช่วยเหลือหรือให้คำแนะนำสมาชิกคนอื่น ตัวอย่างของเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ ก็คือ Baby Center, Patients Like Me, Teach Street เป็นต้น และฐานข้อมูลของเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มักจะเก็บข้อมูลทางด้านรสนิยมและพฤติกรรมของผู้ใช้งานเป็นหลักเพื่อที่จะได้สามารถจับคู่หรือแนะนำเนื้อหาที่มีตรงกับรสนิยมความชอบของผู้ใช้งาน

5) *เครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทแบ่งปันงานอดิเรก (Hobbies)* เครือข่ายสังคมออนไลน์จำนวนมากมุ่งเน้นไปที่การสร้างเครือข่ายผู้ใช้งานที่มีความสนใจหรือมีงานอดิเรกที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการแนะนำและการแบ่งปันคำแนะนำที่เกี่ยวข้องกับงานอดิเรก ซึ่งสมาชิกจะมีความรู้สึกร่วมกันหรือมีประสบการณ์ร่วมกันมากกว่าเครือข่ายสังคมออนไลน์รูปแบบอื่น ตัวอย่างของเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ ก็คือ Ath Links และ Care 2 เป็นต้น และฐานข้อมูลของเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทนี้ มักจะเก็บข้อมูลทางด้านรสนิยมและพฤติกรรมของผู้ใช้งานเป็นหลักเพื่อที่จะได้สามารถจับคู่หรือแนะนำเนื้อหาที่มีตรงกับรสนิยมความชอบของผู้ใช้งาน

จากตัวอย่างข้างต้นเห็นได้ว่าเครือข่ายสังคมออนไลน์แต่ละประเภทจะพยายามสร้างคุณลักษณะเฉพาะขึ้นมาและสร้างกลุ่มลูกค้าที่แตกต่างกัน และพัฒนาให้มีความน่าสนใจมากยิ่งขึ้น มีการสร้างฟังก์ชันการทำงานที่หลากหลายมากขึ้นและมีการนำเสนอเนื้อหาและเชื่อมโยงไปยังเฉพาะกลุ่มมากยิ่งขึ้น จึงทำให้เครือข่ายสังคมออนไลน์ได้รับความนิยมมากเนื่องจากตรงกับรสนิยมของลูกค้าเป็นสำคัญ

ตามความเป็นจริงแล้วผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตไม่ได้ตระหนักถึงสิทธิหรือความสำคัญของความเป็นส่วนตัวในโลกออนไลน์ว่ามีเพียงใด และข้อมูลที่พวกเขาทิ้งไว้บนโลกออนไลน์นั้นจะถูกนำไปใช้ในลักษณะใดบ้าง ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตเข้าใจว่าข้อมูลที่ปรากฏในโลกอินเทอร์เน็ตนั้น เป็นเพียงข้อมูลที่ผู้ใช้งานตั้งใจโพสต์ในเครือข่าย Social Media หรือข้อมูลที่ผู้ใช้งานค้นหาทางเว็บไซต์สำหรับการค้นหาข้อมูล หรือเป็นข้อมูลที่ตั้งใจให้ไปยังผู้ให้บริการออนไลน์เท่านั้น หากแต่ในความเป็นจริงข้อมูลเหล่านั้นจะถูกนำมาประมวลผลและนำมาใช้ประโยชน์ใหม่ได้มากกว่าที่ผู้ใช้งานคาดคิด สิ่งที่ผู้ใช้งานโพสต์รูปภาพ วิดีโอ และข้อความไปยังเว็บไซต์หนึ่ง สามารถนำไปประมวลผลความสัมพันธ์กับข้อมูลในเว็บไซต์อื่นได้ และสามารถอนุมานต่อเนื่องจากข้อมูลเหล่านั้น ก็สามารถทราบรายละเอียดเกี่ยวกับลูกค้าได้มากกว่าที่ลูกค้าเปิดเผยข้อมูลส่วนตัวตรงในเว็บไซต์ ยิ่งไปกว่านั้น การเชื่อมโยงกิจกรรมออนไลน์และกิจกรรมออฟไลน์ของลูกค้าเข้าด้วยกันก็จะสามารถทราบถึงรายละเอียดของตัวลูกค้าที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น กิจกรรมออนไลน์และออฟไลน์ของพวกเขาเชื่อมต่อถึงกัน ดังนั้น ในกรณีนี้ผู้ประกอบการที่ให้บริการโฆษณาออนไลน์โดยการกำหนดเป้าหมายจึงต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายในเรื่องความเป็นส่วนตัว และเจ้าของสินค้าหรือบริการที่มีเว็บไซต์ก็ต้องระบุว่าเว็บไซต์ของตนได้ใช้วิธีการโฆษณาโดยกำหนดเป้าหมายใหม่ไว้ในนโยบายความเป็นส่วนตัว (Privacy Policy) ของบริษัทเช่นกัน

4. ปัญหาในทางกฎหมาย

4.1 ปัญหาในเรื่องการให้ความยินยอม

หลายคนคาดไม่ถึงว่าผู้ประกอบการเว็บไซต์ได้ติดตามความเป็นส่วนตัวมากกว่าที่คาดคิด เนื่องจากความต้องการในการใช้งานเว็บไซต์ จึงทำให้หลายคนไม่ระมัดระวังในเรื่องการให้ความยินยอม ในการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลหรือการอนุญาตให้ติดตามพฤติกรรมการใช้งานอินเทอร์เน็ต อันที่จริงแล้ว ผู้ประกอบการเว็บไซต์สามารถรู้ได้ว่าผู้ใช้งานเว็บไซต์กำลังดูอะไร ชอบอะไร หรือแม้แต่กำลังทำอะไร และอยู่ในสถานที่ใด ประกอบกับการวิเคราะห์ร่วมกับข้อมูลในส่วนอื่น ๆ ทำให้ผู้ประกอบการเว็บไซต์สามารถคาดหมายถึงอารมณ์ ความรู้สึก และความต้องการของผู้ใช้งานเว็บไซต์ในขณะนั้นได้ หลายกรณีที่ผู้ประกอบการเว็บไซต์ใช้ Cookie เพื่อติดตามพฤติกรรมผู้ใช้งานเว็บไซต์ หากแต่ในขั้นตอนขอความยินยอม มักใช้วิธีทำเครื่องหมายไว้ล่วงหน้าทีกล่องให้ความยินยอม ซึ่งหากผู้ใช้งานเว็บไซต์ไม่ยินยอม ให้มีการใช้ Cookie ผู้ใช้งานเว็บไซต์ต้องไปคลิกเพื่อนำเครื่องหมายออกก่อน อันเป็นการขัดต่อหลักการให้ความยินยอมต้องไม่คลุมเครือ (Unambiguous) หรือการให้ความยินยอมในการใช้ Cookie ทำโดยปะปนกับวัตถุประสงค์อย่างอื่นอันเป็นการขัดกับหลักความไม่ปะปนกันระหว่างวัตถุประสงค์ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Granularity)²⁷ เช่น การยอมรับ Cookie เพื่อจะได้ร่วมโปรแกรมชิงโชคออนไลน์ เป็นต้น ซึ่งกรณีเหล่านี้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้มีคำวินิจฉัยที่น่าสนใจในคดี *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverbände. V. v Planet 49 GmbH* (2019)²⁸ หรือคดี “Planet 49” โดยในคดีนี้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปตัดสินว่า กรณีที่ผู้ประกอบการทำเครื่องหมายไว้ในช่องยินยอมสำหรับการยอมรับ Cookie นั้น หากผู้บริโภคไม่ต้องการที่จะยอมรับ Cookie จะต้องนำเครื่องหมายที่ทำไว้ล่วงหน้าออกจากช่องให้ความยินยอมถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น จากแนวคำวินิจฉัยข้างต้นจึงกล่าวได้ว่า การแสดงออกของผู้บริโภคในการยอมรับ Cookie จะต้องมีการให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้งและเจตนาเท่านั้น ก่อนที่จะจัดเก็บข้อมูลหรือยอมรับ Cookie หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า

²⁷ปรีดา โชติมานนท์, “ฐานอันชอบด้วยกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล” วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 10, 2 (ธันวาคม 2564): 116 – 118., Robert P.A. and Challinor S., op. cit.

²⁸CJEU, Case C-673/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverbände. V. v Planet 49 GmbH* (2019), Judgment of the Court (Grand Chamber) of 1 October 2019, ECLI:EU:C:2019:801.

กรณี “ความยินยอม” ไม่สามารถใช้ความยินยอมโดยปริยายหรือโดยสันนิษฐานว่าได้รับความยินยอมได้²⁹ ในการใช้ Cookie สำหรับการติดตามพฤติกรรม และด้วยเหตุดังกล่าว ผู้ให้บริการโฆษณาออนไลน์ โดยกำหนดเป้าหมายจึงมีข้อจำกัดบางประการที่จะต้องถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด มิเช่นนั้นแล้วอาจถูกลงโทษตามกฎหมายได้

คดีนี้มีอีกประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจ และสามารถนำมาเป็นกรณีศึกษาเรื่องความยินยอมในการใช้งาน Cookie ได้คือ การที่เว็บไซต์ลอตเตอรี่ Planet 49 กำหนดว่า หากผู้ใช้งานเว็บไซต์ให้ความยินยอม Cookie จะสามารถเล่นเกมสล็อตเพื่อส่งเสริมการขายได้ ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า ความยินยอมที่ผู้บริโภคต้องมอบให้กับผู้ให้บริการเว็บไซต์ในการจัดเก็บข้อมูล หรือการใช้ Cookie เพื่อเข้าถึงอุปกรณ์ของผู้ใช้งาน เว็บไซต์นั้นไม่ถูกต้อง กรณีนี้ศาลมีได้พิจารณาว่า ข้อมูลที่จัดเก็บอยู่ในอุปกรณ์ของผู้บริโภคนั้นเป็นข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ แต่ศาลต้องการที่จะปกป้องคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของผู้ใช้งานเว็บไซต์เพื่อไม่ให้เกิดการเข้าถึงอุปกรณ์ของผู้ใช้งานจากการใช้ Cookie และอาจเป็นการรบกวนชีวิตหรือความเป็นส่วนตัวได้ ตลอดจนการลดความเสี่ยงที่อาจจะถูกขโมยอยู่ในรูปแบบอื่นเพื่อเข้าถึงอุปกรณ์ของผู้บริโภคโดยที่ไม่รู้ตัว

จากตัวอย่างทั้ง 2 กรณีข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า ความยินยอมต้องมีความเฉพาะเจาะจง และมีเจตนาว่ายอมรับ Cookie เท่านั้น เพียงพฤติการณ์ที่ผู้ใช้งานเว็บไซต์เลือกที่จะเข้าร่วมในโปรแกรมส่งเสริมการขาย และให้หมายความรวมถึงยอมรับ Cookie ด้วย จึงไม่สามารถตีความได้ว่าผู้ใช้งานเว็บไซต์ให้ความยินยอมอย่างถูกต้องในการใช้ Cookie หรือกรณีที่มีการทำเครื่องหมายยอมรับ Cookie ไว้ล่วงหน้าแล้ว ไม่อาจถือว่าเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยายได้ ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยังระบุเพิ่มเติมอีกว่า ผู้ให้บริการเว็บไซต์ต้องให้ข้อมูลอย่างน้อยในเรื่องของระยะเวลาการทำงานของ Cookie และบุคคลใดบ้างที่สามารถเข้าถึงข้อมูลที่จัดเก็บโดย Cookie เหล่านั้นได้

กรณีประเทศไทย นั้น แม้มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ที่กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะกระทำการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้ หากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนหรือในขณะนั้นก็ตาม หากแต่ในทางปฏิบัติ แม้ผู้ให้บริการจะมีการแจ้งผู้ใช้งานสื่อสังคมออนไลน์ หรือเว็บไซต์ที่มีการจัดเก็บข้อมูลว่ามีการใช้ cookies ในเว็บไซต์ก็ตาม แต่ทางผู้ใช้งานอาจยังไม่มีความรู้หรือความเข้าใจเพียงพอว่า ผลของการใช้งาน cookies คือ การจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลและพฤติกรรมการใช้งานทางออนไลน์ของผู้ใช้งาน และมีการนำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ในการโฆษณาโดยกำหนดเป้าหมายในภายหลัง หรือในกรณีของการติดตามออนไลน์

²⁹CookieBot, **Active consent and the case of Planet49** | CJEU | GDPR & ePR [Online], available URL: <https://www.cookiebot.com/en/planet49/>, 2022 (July, 12).

ที่ผู้ใช้งานอาจให้การยอมรับให้ผู้ประกอบการทำการติดตามเมื่อครั้งแรกในการใช้งานเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชัน หากแต่ต่อมายังมีการติดตามในภายหลังโดยที่ผู้ใช้งานไม่รู้ตัว ซึ่งหากผู้ใช้งานรู้ว่าการติดตามพฤติกรรมออนไลน์ ผู้ใช้งานอาจบอกเลิกหรือไม่ให้ความยินยอมในภายหลังได้

4.2 ปัญหาในเรื่องเด็กควรที่จะได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษหรือไม่

สื่อสังคมออนไลน์มีประโยชน์สำหรับผู้ใช้งานอย่างมาก เนื่องจากผู้ใช้งานสามารถสนทนาแลกเปลี่ยนกับกลุ่มผู้ใช้งานสื่อสังคมออนไลน์ที่มีรสนิยมอย่างเดียวกัน และสามารถพบปะเพื่อนฝูงได้ในอีกด้านหนึ่ง บ่อยครั้งที่สื่อสังคมออนไลน์ถูกนำมาใช้ในทางที่ผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำมาใช้ในการหลอกลวงเด็กซึ่งรู้เท่าไม่ถึงการณ์ และหากพิจารณาจากสถิติผู้ใช้งานสื่อสังคมออนไลน์ พบว่า เด็กและวัยรุ่นเป็นกลุ่มที่ใช้งานสื่อสังคมออนไลน์มากที่สุด โดยใช้แพลตฟอร์มต่าง ๆ เช่น YouTube, Instagram, TikTok เป็นต้น ดังนั้น หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวนี้ จึงมีความวิตกกังวลและควรจะทำให้ความสำคัญเป็นกรณีพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้ประกอบการที่เก็บข้อมูล (จำนวนมาก) ของเด็กและเยาวชน คือ ผู้ประกอบการสื่อสังคมออนไลน์ที่มีอิทธิพลและมั่งคั่งที่สุดในโลก อาทิ ผู้ประกอบการ TikTok (มูลค่า 50,000 ล้านดอลลาร์) ผู้ประกอบการ Instagram (มูลค่า 102,000 ล้านดอลลาร์) หรือผู้ประกอบการ Facebook (มูลค่า 1,000,000 ล้านดอลลาร์) ซึ่งเด็กและเยาวชนใช้งานบนแพลตฟอร์มสื่อสังคมออนไลน์เหล่านี้ตลอด 24 ชั่วโมง ไม่เว้นวันหยุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ข้อมูลของเด็กและเยาวชนถูกจัดเก็บตลอด 24 ชั่วโมงไม่เว้นวันหยุดเช่นกัน สื่อสังคมออนไลน์ติดตามการใช้ชีวิตกิจกรรมที่ทำรวมถึงคนรอบตัว สถานที่ที่ไป สิ่งที่อยู่และพูด ตลอดจนความคิดเห็นส่วนตัว จึงอาจกล่าวได้ว่า สื่อสังคมออนไลน์รู้จักเด็กและเยาวชนกลุ่มนี้ดีที่สุด ดังนั้น หากผู้ประกอบการสื่อสังคมออนไลน์นำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ประโยชน์ในทางที่ไม่ถูกต้อง เช่น การชักนำแนวความคิดทางการเมือง การโฆษณาในสินค้าที่ไม่เหมาะสม เป็นต้น จึงอาจกลายเป็นประเด็นปัญหาได้ในอนาคต

ในประเด็นเรื่องของความยินยอมของเด็กและเยาวชนในการให้ความยินยอมในการจัดเก็บข้อมูลนั้น เป็นประเด็นที่สำคัญและควรที่จะให้ความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากการจัดเก็บข้อมูลเหล่านั้นส่วนหนึ่งมีประเด็นว่า ผู้ให้บริการให้ความยินยอมจากการพิจารณาบนข้อมูลครบถ้วนและกลั่นกรองข้อมูลเหล่านั้นตามสมควรแล้วหรือไม่ รวมถึงข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ของผู้ประกอบการซึ่งพวกเขาไม่รู้ถึงระดับของการเก็บและแบ่งปันข้อมูลตามที่พวกเขาอนุญาต และอีกส่วนหนึ่ง คือ ความยินยอมที่มีการคลิกก่อนเข้าสู่เว็บไซต์นั้น บางกรณีเป็นการให้ความยินยอมของเด็กที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ซึ่งกรณีนี้จะถือว่าให้ความยินยอมได้หรือไม่ เนื่องจากเด็กและเยาวชนยังมีประสบการณ์น้อย การจัดเก็บข้อมูลจากเด็กและเยาวชนจึงควรจะต้องดำเนินการอย่างรัดกุมและมีการแจ้งอย่างชัดเจนว่า จะนำข้อมูลเหล่านั้นที่จัดเก็บได้ไปทำอะไรต่อไป การเก็บรักษาข้อมูลที่จัดเก็บได้อย่างปลอดภัยเพื่อป้องกัน

การเข้าถึงโดยวิชาชีพหรือผู้ไม่หวังดี มีคำกล่าวเปรียบเปรยที่ว่า “มนุษย์เป็นผู้ใช้งานสื่อสังคมออนไลน์ ขณะเดียวกันสื่อสังคมออนไลน์ก็ใช้งานมนุษย์ด้วยในขณะเดียวกัน” ซึ่งพฤติกรรมการใช้งานของเด็กและเยาวชนถูกจัดเก็บตั้งแต่การคลิกครั้งแรกบนเว็บไซต์ ข้อมูลที่พวกเขาติดตาม มีการติดตามตำแหน่งของผู้ใช้งานสิ่งที่สนใจ สิ่งที่ซื้อ หรือแม้แต่อารมณ์ความรู้สึกในขณะที่โพสต์ลงบนสื่อสังคมออนไลน์

จากบริบทข้างต้น จึงมีประเด็นคำถามตามมาว่า ควรจะมีการกำกับดูแลผู้ประกอบการขนาดใหญ่ที่มีการจัดเก็บข้อมูลและการแสวงประโยชน์จากข้อมูลของเด็กและเยาวชนหรือไม่ ควรจัดทำกฎระเบียบที่กำกับดูแลในด้านนี้โดยเฉพาะหรือไม่ เพื่อให้แนวทางที่ชัดเจนสำหรับการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพ และมีจริยธรรม โดยเฉพาะการดูแลเด็กและเยาวชน ดังเช่นสหรัฐอเมริกาซึ่งได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองความเป็นส่วนตัวออนไลน์ของเด็ก ค.ศ. 1998 (Children’s Online Privacy Protection Act 1998: COPPA) ซึ่งกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับบริการออนไลน์สำหรับเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี รวมถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ผู้ประกอบการต้องการรวบรวมข้อมูลจากเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีด้วย³⁰

สำหรับกรณีของประเทศไทย มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดกรณีคุ้มครองผู้เยาว์ไว้ โดยกำหนดให้ในกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นผู้เยาว์ซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะโดยการสมรสหรือไม่มีฐานะเสมือนดังบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วตามมาตรา 27 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ดำเนินการดังต่อไปนี้ เพื่อขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (1) ในกรณีที่การให้ความยินยอมของผู้เยาว์ไม่ใช้การใด ๆ ซึ่งผู้เยาว์อาจให้ความยินยอมโดยลำพังได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 22 มาตรา 23 หรือมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีอำนาจกระทำการแทนผู้เยาว์ด้วย (2) ในกรณีที่ผู้เยาว์มีอายุไม่เกินสิบปี ให้ขอความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองที่มีอำนาจ

อนึ่ง แม้ว่าบทบัญญัติที่ปรากฏในมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 สามารถตีความเพื่อการคุ้มครองผู้เยาว์ได้ก็ตาม หากแต่ในทางปฏิบัติหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรกำหนดวิธีการและหลักเกณฑ์ในการขอความยินยอมจากผู้ปกครอง เช่น การแจ้งเตือนไปยังผู้ปกครองโดยตรง เป็นต้น

³⁰Federal Trade Commission, **Children’s Online Privacy Protection Act 1998** [Online], available URL: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/rules/childrens-online-privacy-protection-rule-coppa>, 2022 (July, 12).

5. บทสรุป

ความเป็นส่วนตัวแบบออนไลน์เป็นสิทธิทางกฎหมายของผู้ใช้งานในโลกออนไลน์ หรือ “Digital Privacy” หมายถึง การใช้งาน การจัดการ การประมวลผล และการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคล ขณะที่จะมีมากหรือน้อยเพียงใดนั้น ส่วนหนึ่งจะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับ “ความปลอดภัยของข้อมูลดิจิทัล” ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปกป้องข้อมูลจากการโจมตีที่เป็นอันตรายหรือการเข้าถึงโดยไม่ได้รับอนุญาต แต่วิธีที่โซเซียลมีเดียจัดการกับข้อมูลของผู้บริโภคนั้น เป็นส่วนหนึ่งของกฎการใช้งาน โดยก่อนการใช้งานผู้บริโภคจะต้องให้ความยินยอมในการปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับด้านความปลอดภัยและความเป็นส่วนตัวก่อนโดยคลิก “ยอมรับ” หรือ “Consent” ต่อนโยบายความเป็นส่วนตัว ข้อกำหนด และเงื่อนไขของบริษัท แต่ในทางปฏิบัติแล้วผู้บริโภคส่วนใหญ่จะมีได้อ่านข้อตกลง ข้อกำหนด หรือเงื่อนไขในเรื่องความเป็นส่วนตัวอย่างละเอียด ซึ่งการโฆษณาออนไลน์โดยกำหนดเป้าหมายจะมีทั้งส่วนของการเข้าถึงและการจัดเก็บข้อมูล ผู้ประกอบการควรตระหนักและให้ความสำคัญกับความปลอดภัยของข้อมูลเหล่านี้ ขณะเดียวกันการสร้างสภาพแวดล้อมทางออนไลน์ที่ปลอดภัยสำหรับทุกคนก็เป็นสิ่งสำคัญที่สนับสนุนให้ผู้บริโภคเข้ารับการบริการออนไลน์ หากผู้บริโภครู้สึกว่าคุณสมบัติความปลอดภัยแล้ว ก็จะเกิดความเชื่อมั่นในการใช้บริการ ดังนั้น การโฆษณาออนไลน์โดยกำหนดเป้าหมายจึงควรได้รับการกำกับดูแลเพื่อให้เกิดการใช้งานที่เหมาะสม และเกิดประโยชน์กับผู้ใช้งานสูงสุด

บรรณานุกรม

- ปรีดา โชติมานนท์. “ฐานอันชอบด้วยกฎหมายในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล.” **วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์** 10, 2 (ธันวาคม 2564): 116 – 118.
- Beye, Michael and others. **Literature Overview - Privacy in Online Social Networks**, University of Twente (CTIT). TR-CTIT-10-36 (Centre for Telematics and Information Technology, University of Twente, 2010): 3 – 6.
- Confessore, Nicholas. **Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far** [Online]. Available URL: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>, 2022 (June, 30).
- Cookie Bot. **Active consent and the case of Planet49 | CJEU | GDPR & ePR** [Online]. Available URL: <https://www.cookiebot.com/en/planet49/>, 2022 (July, 12).
- Cvachet, Marek and others. “Privacy Online: Exploring Consumers’ Evaluation of Privacy Issues in Relation to Personalized Advertisement when Buying Online.” (Bachelor, Jonkoping University, 2018).
- Federal Trade Commission. **Children’s Online Privacy Protection Act 1998** [Online]. Available URL: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/rules/childrens-online-privacy-protection-rule-coppa>, 2022 (July, 12).
- Gillis, Alexander S. **Phishing** [Online]. Available URL: <https://www.techtarget.com/searchsecurity/definition/phishing>, 2022 (June, 27).
- Henriquez, Maria. **The top data breaches of 2021** [Online]. Available URL: <https://www.securitymagazine.com/articles/96667-the-top-data-breaches-of-2021>, 2022 (July, 1).
- Holmes, Aaron. **533 million Facebook Users’ Phone Numbers and Personal Data have been leaked Online** [Online]. Available URL: <https://www.businessinsider.com/stolen-data-of-533-million-facebook-users-leaked-online-2021-4>, 2022 (June, 30).
- Hunter, Mitchell. **INFOGRAPHIC: Retargeting Can Save You 44% on Cost Per Acquisition** [Online]. Available URL: <https://www.simmonssharp.com/blog/infographic-retargeting-can-save-you-44-percent-on-cost-per-acquisition>, 2022 (July, 5).

- Kaspersky. **What are Cookies?** [Online]. Available URL: <https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/cookies>, 2022 (July, 6).
- _____. **What Is Pharming and How to Protect Yourself** [Online]. Available URL: <https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/pharming>, 2022 (June, 27).
- Kim, Larry. **How to Design Content Remarketing Campaigns That Actually Work** [Online]. Available URL: <https://blog.hubspot.com/marketing/design-content-remarketing-campaigns>, 2022 (July, 4).
- Lewandowski, Dirk. "Search Engine User Behavior: How Can Users be Guided to Quality Content?." **Information Service & Use** 28, 3 (January 2008): 261-268.
- Libraries. **Customer Profiling and Behavioral Targeting** [Online]. Available URL: <https://open.lib.umn.edu/informationssystem/chapter/14-7-customer-profiling-and-behavioral-targeting/>, 2022 (July,9).
- Mailchimp. **Email Marketing with Google Ads: The Dynamic Duo** [Online]. Available URL: <https://mailchimp.com/resources/how-retargeting-ads-and-email-work-together/>, 2022 (July, 5).
- _____. **What Is Retargeting?** [Online]. Available URL: <https://mailchimp.com/resources/what-is-retargeting>, 2022 (July, 3).
- _____. **When Should You Use Retargeting Campaigns?** [Online]. Available URL: <https://mailchimp.com/resources/what-is-retargeting/>, 2022 (July, 5).
- P.A. Robert and Challinor S., "IP Address Management" **BT Technology Journal** 18 (July 2000): 127-128.
- Sprout Social. **Retargeting** [Online]. Available URL: <https://sproutsocial.com/glossary/retargeting/>, 2022 (July, 3).
- Sushko, Olga. **What Online Privacy Is and Why It's Important** [Online]. Available URL: <https://clario.co/blog/what-is-online-privacy/>, 2022 (July, 1).
- Tuunainen, Virpi Kristiina and others. **Users' Awareness of Privacy on Online Social Networking Sites – Case Facebook** [Online]. Available URL: <https://aisel.aisnet.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=bled2009>, 2022 (June, 30).
- UNICIF. **Cyber bullying: What is it and how to stop it** [Online]. Available URL: <https://www.unicef.org/end-violence/how-to-stop-cyberbullying>, 2022 (June, 29).

WebFx. **What Is Behavioral Retargeting and How Can You Use It?** [Online]. Available URL: Available at <https://www.webfx.com/digital-advertising/glossary/what-is-behavioral-retargeting>, 2022 (July,8).

World Intellectual Property Organization (WIPO). **A guide to data protection in mobile applications** [Online]. Available URL: <https://www.wipo.int/export/sites/www/ipdevelopment/en/agenda/pdf/wipo-guide-data-protection-mobile-apps.pdf>, 2022 (July, 10).

Younes, Wiam. **Identity theft** [Online]. Available URL: https://www.cmu.edu/iso/aware/presentation/id_theft.pdf, 2022 (June, 24).

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดี
ความลับทางการค้า

รังสิมา ลัธธนันท์

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีความลับทางการค้า* Legal Measures Related to Trade Secret Prosecution

รังสิมา ลัทธนันท์**
Rungsima Lattanand

บทคัดย่อ

ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความสำคัญในการประกอบธุรกิจ เนื่องจากก่อให้เกิดความได้เปรียบในเชิงพาณิชย์ และเมื่อมีการทำละเมิด กฎหมายกำหนดให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้ามีสิทธินำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา แต่เนื่องจากกระบวนการในการดำเนินคดีความลับทางการค้าของประเทศไทยยังกำหนดมาตรการในการให้ความคุ้มครอง

*บทความนี้เรียบเรียงจากดุษฎีนิพนธ์ เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีความลับทางการค้า” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันดุษฎีนิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสวรรค์, ดร.จุมพล ภิบาลสินวัฒน์ และ ดร.กนก จุลมนต์ คณะกรรมการสอบป้องกันดุษฎีนิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์พิเศษ ปัญญา สุทธิบดี, ดร.ธรรมนุญ พินยาภรณ์, ดร.วัชร เนติวานิชย์, รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ และศาสตราจารย์ ดร.ปิยะฉัตร จารุธีรสานต์.

The article is a part of dissertation “Legal Measures Related to Trade Secret Prosecution.” This dissertation has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirement for the Doctor of Laws at Ramkhamhaeng University. Associate Professor Dr.Praphasri Buasawan, Dr.Jumpol Pinyosinwat and Dr.Kanok Jullamon are advisors. Professor Panya Sutthibodee, Dr.Thammanoon Phitayaporn, Dr.Watchara Neitivanich, Associate Professor Dr.Poom Moolsilpa and Professor Dr.Piyachat Jarutirasarn are examiners.

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต โครงการปรัชญาดุษฎีบัณฑิตทางสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: tan.oui46@gmail.com

Doctor of Laws at Doctor of Philosophy Program in Social Sciences Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 17 สิงหาคม 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 28 พฤศจิกายน 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 28 พฤศจิกายน 2565.

ความลับทางการค้าไว้ไม่เหมาะสมเพียงพอ ก่อให้เกิดปัญหาในการเก็บรักษาข้อมูลการค้าอันเป็นความลับ และการคงสภาพการเป็นความลับทางการค้า รวมทั้งกำหนดค่าสินไหมทดแทนไม่ครอบคลุมกับความเสียหายที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้รับ การวิจัยครั้งนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ศึกษาปัญหาและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีความลับทางการค้าของประเทศไทยและของต่างประเทศ และพัฒนาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าและการดำเนินคดีความลับทางการค้าของประเทศไทย โดยใช้การวิจัยเชิงคุณภาพ ประกอบด้วยการค้นคว้าเอกสารของประเทศไทยและต่างประเทศ และการเก็บข้อมูลภาคสนามโดยการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก

ผลการศึกษาพบว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีความลับทางการค้าของประเทศไทย ตั้งแต่กระบวนการยื่นคำฟ้อง คำให้การและฟ้องแย้ง คำขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง คำขอสืบพยาน หลักฐานไว้ก่อน การส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และการพิจารณาคดีในศาล ทรีพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ศาลอุทธรณ์คดีชั้นอุทธรณ์พิเศษ และศาลฎีกา แผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ กำหนดมาตรการในการรักษาความลับทางการค้าไว้ไม่เหมาะสมเพียงพอ รวมทั้งกฎหมายกำหนดสินไหมทดแทนไม่ครอบคลุมกับความเสียหายที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้รับ และไม่มีหลักเกณฑ์ให้ศาลนำไปใช้ประกอบดุลพินิจ

ผู้วิจัยเสนอแนะว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 กำหนดให้การติดต่อระหว่างศาล หรือระหว่างศาลกับคู่ความ หรือผู้เกี่ยวข้อง ในคดี กระทำโดยทางโทรสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่น ให้ใช้การพิจารณาแล้ว และเมื่อเสร็จการพิจารณาให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลภายนอกส่งคืนเอกสารที่ปรากฏความลับทางการค้าต่อศาลเพื่อมอบให้แก่เจ้าของเอกสารต่อไป แก้ไขเพิ่มเติมระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศกลางที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ห้ามมิให้บันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับ ข้อมูลความลับทางการค้า คู่ความและบุคคลที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ต้องรักษาความลับ และต้องทำลายสำนวนไกล่เกลี่ยในทุกกรณี แก้ไขพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 กำหนดหลักเกณฑ์ การใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทน โดยให้ศาลคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของผู้ควบคุมความลับทางการค้า และออกคำสั่งแนวปฏิบัติในศาลอุทธรณ์คดีชั้นอุทธรณ์พิเศษ และศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ให้จัดการสำนวนแบบลับ รวมทั้งกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับสำนวนคดีความลับทางการค้ามีหน้าที่ต้องเก็บรักษาความลับนั้น

คำสำคัญ: การคุ้มครอง, ความลับทางการค้า, การดำเนินคดี

Abstract

Trade secret is intellectual property important for the conduct of business because they can cause commercial advantages. When there is an infringement, the law designates that the controller of trade secrets has the right to take the case to court for civil and criminal prosecution. However, the process for trade secret prosecution in Thailand does not have appropriate measures for the protection of trade secrets. This results in the problem of maintaining secret trade information and retaining the condition of trade secrets. The determination of indemnity does not cover the damages that the controller of trade secrets receives.

In this research, the researcher studies the concepts and theories related to the protection of trade secrets; examines the legal measures concerning trade secret prosecution in Thailand; and amends the law concerning trade secret protection and trade secret prosecution in Thailand. The method of qualitative research was employed using documents in Thailand and abroad. Field research was conducted using the technique of in-depth interview.

Findings show that the law related to trade secret prosecution in Thailand is not sufficiently appropriate. The problems are in the process of the submission of complaints, testimony and counter claim, provisional measures of protection prior to trial, request for witness examination, submission of pleading or other documents, dispute mediation, and trials in the Central Intellectual Property and International Trade Court, the Court of Appeal for Specialized Cases, and the Supreme Court for Intellectual Property and International Trade.

The researcher has the following recommendations. The rule of the Intellectual Property and International Trade B.E. 2540 (1997) should be amended by designating that contact between courts or between a court and a litigant, or those involved in the case must be conducted directly by fax, electronic media, or other types of information technology. The trial of cases should be in secret. When the trial is finished, the court orders outsiders to return documents of trade secrets to the court in order to return them to the owner. The regulations of the Central Intellectual

Property and International Trade Court should be amended concerning dispute mediation. The details of trade secrets are not to be recorded. The litigants and the people involved have the duty to keep the secrets. The reports of mediation in all cases must be destroyed. The Trade Secret Act, B.E. 2545 (2002) should be amended by determining the criteria for the use of discretion for indemnity. The court takes into consideration behaviors and the severity of damages as well as the loss of interests and expenses in the enforcement according to the right of the controller of trade secrets. Practical guidelines are to be issued in the Court of Appeal for Specialized Cases and the Supreme Court for Intellectual Property and International Trade to manage the reports in a secret manner. The officials involved in the cases of trade secrets have the duty to maintain such secrets.

Keywords: protection, trade secret, prosecution

1. บทนำ

ในอดีตมนุษย์อยู่รวมกันเป็นกลุ่มต่างพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน มีการแลกเปลี่ยนสิ่งของเพื่อใช้ในการชีวิตประจำวัน เช่น เสื้อผ้า อาหาร ต่อมาจึงพัฒนาไปสู่การค้าขายโดยใช้วัตถุกลางหรือเงินตรา นับแต่นั้นเป็นต้นมาจนถึงยุคปัจจุบัน เทคโนโลยี การคมนาคม และการติดต่อสื่อสารมีความเจริญก้าวหน้าอย่างมาก ส่งผลให้เกิดการแข่งขันทางการค้าในระดับสูงทุกประเทศทั่วโลก และทำให้รูปแบบในการค้าขาย เทคนิค วิธีการ หรือขั้นตอนในการผลิต รวมทั้งการออกแบบผลิตภัณฑ์เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ทั้งนี้ เพื่อให้สินค้าเป็นที่ดึงดูดใจ มีลักษณะแปลกตา หรือรสชาติของอาหาร ขนม หรือเครื่องดื่ม ที่แตกต่างมีเอกลักษณ์เฉพาะตัว ดังนั้น เทคนิควิธี ขั้นตอน หรือสูตรต่าง ๆ จึงเป็นสิ่งสำคัญที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบทางการค้าเหนือคู่แข่งในท้องตลาด และด้วยเหตุผลจากความได้เปรียบนี้เอง ผู้ประกอบกิจการแต่ละรายจึงต้องเก็บข้อมูลเกี่ยวกับเทคนิควิธีต่าง ๆ ไว้เป็นความลับไม่ให้บุคคลอื่นหรือคู่แข่งทางการค้าทราบถึงข้อมูลซึ่งเป็นความลับนั้นได้

ความลับทางการค้า เป็นข้อมูลการค้าที่เป็นวิธีการ เทคนิค ขั้นตอน หรือสูตรต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการค้นคิด หรือจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ โดยใช้ความพยายาม ความวิริยะอุตสาหะ และในบางครั้งอาจต้องใช้เงินทุนเป็นจำนวนมาก ความลับทางการค้าจึงถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ความลับทางการค้าเป็นข้อมูลที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบในทางการค้าหรือในเชิงพาณิชย์ จึงเป็นเหตุให้มีบุคคลลอกเลียนหรือหาประโยชน์จากความลับทางการค้าของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีมาตรการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า

เหตุผลที่ต้องให้ความคุ้มครองความลับทางการค้ามีอยู่ด้วยกันหลายประการ ทั้งนี้เป็นไปเพื่อดำรงไว้ซึ่งจริยธรรมในทางการค้า รวมทั้งเป็นการป้องกันไม่ให้มีการกระทำอันไม่เป็นธรรมในทางธุรกิจการค้า นอกจากนี้ ยังมีทฤษฎีอีกหลายทฤษฎีที่สนับสนุนแนวความคิดการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ซึ่งในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับแนวทางในการพัฒนาการคุ้มครองความลับทางการค้า¹

การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตามหลักการแข่งขันทางการค้าถือว่าการละเมิดความลับทางการค้าของผู้อื่น เป็นการประกอบการอันไม่ซื่อสัตย์ในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์

¹ชนพจน เอกโยคยะ, “หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า,” ใน เอกสารประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ.), หน้า 733.

หลักการนี้ได้รับการยอมรับในระดับสากลในรูปแบบของหลักการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรมจากการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (Unfair Competition) โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะต่อต้านการกระทำและการแข่งขันที่มีลักษณะเป็นการประกอบอย่างไม่มีสัตย์ในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม และได้บัญญัติในอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) ข้อ 10 ทวิ และกำหนดเพิ่มเติมไว้ในกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับเครื่องหมาย หรือชื่อทางการค้า และการกระทำอันเป็นการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมสำหรับประเทศกำลังพัฒนา (The Model Law for Developing Countries on Marks, Trade Names, and Acts of Unfair Competition) ถึงลักษณะของการกระทำอันถือว่าเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมไว้ ซึ่งได้แก่ การได้มาซึ่งความลับทางธุรกิจ หรือความลับทางการค้าของคู่แข่งด้วยการจารกรรม หรือด้วยการดัดสินบนลูกจ้างของคู่แข่ง รวมทั้งการใช้หรือเปิดเผยเทคนิคอันเป็น Know-How ของคู่แข่งโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้นั้น² ต่อมาจึงได้รับความคุ้มครองภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs Agreement หรือความตกลงทริปส์)

ความตกลงทริปส์บัญญัติให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าไว้ในหมวด 7 ข้อ 39 การคุ้มครองข้อมูลที่ไม่เปิดเผย (Protection of Undisclosed Information) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม และเป็นไปตามหลักการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่ปรากฏในอนุสัญญาปารีส ซึ่งกำหนดให้ความลับทางการค้าเป็นสิ่งที่อยู่ในความหมายของทรัพย์สินทางปัญญา และถือได้ว่าเป็นครั้งแรกในความตกลงพหุภาคีที่ยอมรับว่า ข้อมูลที่ไม่เปิดเผยเป็นทรัพย์สินทางปัญญา³ ความตกลงทริปส์ ข้อ 39 ยังกำหนดให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization หรือ WTO) ต้องให้ความคุ้มครองข้อมูลที่ไม่เปิดเผย เพื่อป้องกันไม่ให้ข้อมูลดังกล่าวถูกนำไปใช้ในลักษณะที่ขัดต่อแนวทางปฏิบัติเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม โดยกำหนดระยะเวลาให้ประเทศสมาชิกตรากฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าออกใช้บังคับภายใน 5 ปีนับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 สำหรับประเทศไทยแต่เดิมนั้น ไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นการเฉพาะ เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก จึงมีการตราและประกาศใช้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ในเวลาต่อมา

²ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559), หน้า 441-442.

³พรชัย ด้านวิวัฒน์, กฎหมายการค้าและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 20-24.

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 กำหนดให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าที่เป็นข้อมูลการค้าซึ่งยังมิรู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคล ซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ⁴ ส่วนการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ได้แก่ การกระทำที่เป็นการเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของความลับทางการค้า อันมีลักษณะขัดต่อแนวปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกันโดยผู้ละเมิดจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อแนวปฏิบัติในเชิงพาณิชย์⁵ และเมื่อมีการกระทำอันเป็นการละเมิดเกิดขึ้น ผู้ควบคุมความลับทางการค้า อันได้แก่ เจ้าของความลับทางการค้า ผู้ครอบครอง ควบคุมหรือดูแลรักษาความลับทางการค้า⁶ มีสิทธิฟ้องผู้ละเมิดได้ทั้งทางแพ่ง และทางอาญา

การดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องนำคดีไปฟ้อง ยังศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง การใช้สิทธิในทางแพ่ง ผู้ควบคุมความลับทาง การค้าอาจร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ละเมิดระงับหรือละเว้นการละเมิดนั้นเป็นการชั่วคราว ก่อนมีการฟ้องคดีหรือที่เรียกว่าการขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง หรือฟ้องคดีต่อศาลและเรียกค่าสินไหมทดแทนก็ได้⁷ ส่วนการใช้สิทธิในทางอาญา ได้แก่ ความผิดฐานเปิดเผยความลับทางการค้าของผู้อื่น ความผิดฐานเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของผู้อื่นที่ตนมีหน้าที่ดูแลรักษา และความผิดฐานเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกิจการของผู้ควบคุมความลับทางการค้า⁸ นอกจากนี้ หากมีเหตุที่อาจทำให้พยานหลักฐานเกี่ยวกับการทำละเมิดต้องสูญหายหรือยากแก่การที่จะนำมาสืบก่อนมีการฟ้องคดี กฎหมายยังกำหนดให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าขอสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนฟ้องคดีได้⁹

การพิจารณาคดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง นอกจากการสืบพยาน ยังมีกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้อง¹⁰ และการไกล่เกลี่ยหลัง

⁴พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2540, มาตรา 3.

⁵เรื่องเดียวกัน, มาตรา 6.

⁶เรื่องเดียวกัน, มาตรา 3.

⁷เรื่องเดียวกัน, มาตรา 8.

⁸เรื่องเดียวกัน, มาตรา 33-35.

⁹พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539, มาตรา 29-30.

¹⁰ระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยแนวทางการปฏิบัติงานการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี พ.ศ. 2562.

จากฟ้องคดี¹¹ หากไม่สามารถตกลงกันได้ คู่พิพาทสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ หรือในกรณีที่ฟ้องคดีแล้ว จะมีการสืบพยานต่อไป และเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใด คู่ความมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ระเบียบ และคำสั่งต่าง ๆ ของศาล

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องดังกล่าว พบว่า ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ศาลอุทธรณ์คดีชั้นอุทธรณ์ และศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ไม่มีวิธีพิจารณาคดีความลับทางการค้าเป็นการเฉพาะ และกำหนดมาตรการในการรักษาความลับในระหว่างการดำเนินคดีไว้ไม่เหมาะสม รวมทั้งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 กำหนดค่าสินไหมทดแทนไว้ไม่ชัดเจน และไม่มีหลักเกณฑ์ให้ศาลนำไปใช้เพื่อประกอบดุลพินิจ กฎหมายและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันจึงก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการดำเนินคดีความลับทางการค้า ได้แก่

1) ปัญหามาตรการรักษาความลับในการดำเนินคดีในศาลชั้นต้น

แบ่งออกเป็นประเด็นย่อย 4 ประเด็น ได้แก่

(1) ปัญหาเกี่ยวกับการบรรยายคำฟ้อง คำให้การและฟ้องแย้ง คำขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง และคำร้องขอสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนฟ้อง

(2) ปัญหาการส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่น

(3) ปัญหาในชั้นไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(4) ปัญหาในชั้นพิจารณา

2) ปัญหาการกำหนดค่าสินไหมทดแทน

3) ปัญหาการดำเนินคดีความลับทางการค้าในชั้นอุทธรณ์และฎีกา

ด้วยเหตุดังกล่าว ทำให้ผู้วิจัยสนใจศึกษากระบวนการในการดำเนินคดีความลับทางการค้าในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ศาลอุทธรณ์คดีชั้นอุทธรณ์ และศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ว่าสามารถให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าได้หรือไม่ เพียงใด มีมาตรการในการเก็บรักษาความลับทางการค้าอย่างไร รวมทั้งค่าสินไหมทดแทนครอบคลุมกับความเสียหายหรือไม่ เพื่อเสนอแนวทางการแก้ไขและพัฒนากฎหมายต่อไป

¹¹ระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2545.

ผู้วิจัยตั้งวัตถุประสงค์ของการศึกษาไว้ดังนี้

- 1) เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า
- 2) เพื่อศึกษาปัญหาและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีความลับทางการค้าของประเทศไทย
- 3) เพื่อศึกษาปัญหาและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีความลับทางการค้าของต่างประเทศ
- 4) เพื่อเสนอแนะแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าและการดำเนินคดีความลับทางการค้าของประเทศไทย

2. วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้เป็นการศึกษาค้นคว้าระเบียบวิธีวิจัยแบบเชิงคุณภาพ โดยใช้การเก็บรวบรวมข้อมูลแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก (In-depth Interview Method) โดยเอกสารที่ใช้ในการวิจัยเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า การดำเนินคดีและวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยเริ่มจากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าและการดำเนินคดีความลับทางการค้าของประเทศไทย รวมทั้งกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางว่าด้วยการไต่สวนข้อพิพาท พ.ศ. 2545 ระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางว่าด้วยแนวทางการปฏิบัติงานการไต่สวนข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี พ.ศ. 2562 คำสั่งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ที่ 49/2560 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 นำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า และการดำเนินคดีความลับทางการค้าของต่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญากรุงปารีส ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า The Uniform Trade Secrets Act, The Economic Espionage Act, Restatement (Third) of Unfair Competition, Nevada Revised Statutes, The Texas Uniform Trade Secret Act, Directive (EU) 2016/943 พระราชบัญญัติป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่น ส่วนการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก (In-depth Interview Method) เป็นการสัมภาษณ์กลุ่มบุคคลที่มีประสบการณ์ ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า

และกระบวนการในการดำเนินคดีทั้งภาครัฐและภาคเอกชน รวมทั้งผู้ควบคุมความลับทางการค้า แล้วนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์ต่อไป

3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีความลับทางการค้าของต่างประเทศ

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ ผู้วิจัยพบว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายของสหภาพยุโรป และกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น กำหนดมาตรการในการรักษาความลับในระหว่างการพัฒนาการค้า โดยให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองความลับทางการค้าได้หลายมาตรการ ดังต่อไปนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกาตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า มาตรา 5 ศาลต้องรักษาความลับทางการค้าในระหว่างการพัฒนาการค้าโดยใช้มาตรการอันสมควร ซึ่งรวมถึงการออกคำสั่งใด ๆ ที่เป็นการคุ้มครองการเปิดเผยข้อความสำคัญในการพัฒนาการค้า การให้พิจารณาลับ การปกปิดสำนวนคดี และการออกคำสั่งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคำฟ้องต้องไม่เปิดเผยความลับตามข้อกล่าวหา หรือตามที่ระบุในคำฟ้องโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล¹²

พระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเศรษฐกิจ กำหนดวิธีการรักษาความลับทางการค้าไว้ในมาตรา 5 ให้ศาลอาจมีคำสั่งให้ปกปิดความลับทางการค้าในระหว่างการพัฒนาการค้าได้¹³

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าของรัฐเนวาดา ตาม Chapter 600A - Trade Secrets (Uniform Act) NSR 600A.070 Preservation of Secrecy ศาลมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขเพื่อรักษาความลับทางการค้าในระหว่างการพัฒนาการค้าได้หลากหลายรูปแบบ ได้แก่ การออกคำสั่งคุ้มครองที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยข้อความสำคัญในการพัฒนาการค้า การพิจารณาลับ การปกปิดสำนวนคดี การอนุญาตให้เจ้าของความลับทางการค้าทำสัญญาเกี่ยวกับความลับที่ฝ่ายหนึ่งจะไม่เปิดเผยความลับทางการค้าที่ได้รับรู้มา การออกคำสั่งให้บุคคลที่รับรู้ความลับทางการค้าส่งคืนเอกสารที่ปรากฏความลับทางการค้าแก่เจ้าของความลับทางการค้า การออกคำสั่งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องคดีต้องไม่เปิดเผยความลับทางการค้าที่ถูกกล่าวหาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล และหากมีการขออนุญาตเปิดเผยข้อมูลในการพัฒนาการค้า ก่อนที่จะมีคำสั่งอนุญาตศาลต้องพิจารณาถึงความจำเป็นว่าข้อมูลนั้นเกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าหรือไม่¹⁴

¹²The Uniform Trade Secrets Act.

¹³The Economic Espionage Act.

¹⁴Nevada Revised Statutes.

พระราชบัญญัติความลับทางการค้าของรัฐเท็กซัส ตาม Chapter 134A Trade Secrets ใน Sec. 134A.006 Preservation of Secrecy ศาลต้องออกคำสั่งให้มีการคุ้มครองความลับทางการค้า ในระหว่างการพิจารณาคดีด้วยวิธีการที่เหมาะสม ซึ่งรวมถึงการออกคำสั่งที่เป็นการจำกัดการเข้าถึง ข้อมูลที่เป็นความลับเฉพาะทนายความและผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น การพิจารณาลับ การปกปิดสำนวนคดี และการสั่งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีต้องไม่เปิดเผยความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับ อนุญาตจากศาล¹⁵

กฎหมายของสหภาพยุโรป การรักษาความลับทางการค้าในระหว่างการพิจารณาคดีกำหนด อยู่ใน Chapter III Measures, procedures and remedies ข้อ 9 Preservation of confidentiality of trade secrets in the course of legal proceedings ศาลสามารถใช้มาตรการเฉพาะและออก คำสั่งที่จำเป็นในการรักษาความลับทางการค้าได้โดยคู่ความไม่ต้องร้องขอ ได้แก่ การจำกัดการเข้าถึง การพิจารณาคดีเมื่อความลับทางการค้าอาจจะถูกเปิดเผย การบันทึกหรือสำเนาการพิจารณาแก่บุคคล ที่จำกัดจำนวน การจำกัดตัวบุคคลที่จะเข้าถึงเอกสารที่มีความลับทางการค้า การห้ามไม่ให้คู่ความ ทนายความของคู่ความหรือผู้แทนอื่น เจ้าหน้าที่ศาล พยาน ผู้เชี่ยวชาญ และบุคคลอื่นที่มีส่วนร่วม หรือเข้าถึงเอกสาร ใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้าในการพิจารณาคดี¹⁶

ประเทศญี่ปุ่น พระราชบัญญัติป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมกำหนดมาตรการรักษาความลับ ทางการค้าในระหว่างการพิจารณาคดีโดยอาศัยคำสั่งของศาลไว้หลายประการ ได้แก่ การนั่งพิจารณาคดี โดยไม่เปิดเผยในกรณีที่พยานต้องเบิกความในประเด็นที่เกี่ยวกับความลับทางการค้า การออกคำสั่ง ห้ามไม่ให้บุคคลใด ๆ ขอให้เปิดเผยเอกสารที่ใช้เพื่อพิสูจน์การทำละเมิดหรือเพื่อคำนวณค่าเสียหาย ที่มีข้อมูลความลับทางการค้า การออกคำสั่งห้ามไม่ให้คู่ความ ทนายความหรือผู้ช่วยในศาลนำความลับ ทางการค้าที่ปรากฏอยู่ในเอกสารไปใช้หรือนำไปเปิดเผยเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกจากการดำเนินคดี ตามที่คู่ความร้องขอ และการออกคำสั่งอนุญาตเฉพาะคู่ความในคดีที่จะมีสิทธิตรวจสำนวนหรือ ขอคัดสำเนาที่มีความลับทางการค้า¹⁷

ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทน จากการศึกษากฎหมายและกฎเกณฑ์ของ องค์การระหว่างประเทศและต่างประเทศ พบว่า ความตกลงทริปส์กำหนดการบังคับใช้สิทธิในเรื่อง ของค่าสินไหมทดแทนเมื่อมีการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าไว้ในข้อ 45 ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้

¹⁵The Texas Uniform Trade Secret Act.

¹⁶Directive (EU) 2016/943.

¹⁷Unfair Competition Prevention Act.

ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิอย่างเพียงพอ จ่ายค่าใช้จ่ายต่าง ๆ รวมทั้งค่าธรรมเนียมทนายความที่เหมาะสม และการสั่งให้คืนผลกำไรหรือผลประโยชน์ที่ได้รับ¹⁸

ประเทศสหรัฐอเมริกาตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า (The Uniform Trade Secrets Act) กำหนดประเภทของค่าเสียหายไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิได้รับค่าเสียหายตามความเป็นจริงที่เกิดจากการละเมิด และค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่พระราชบัญญัติความลับทางการค้า (The Uniform Trade Secrets Act) ของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดเพิ่มเติมให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าสิทธิ และค่าธรรมเนียมทนายความที่เหมาะสมแก่คู่ความที่เป็นฝ่ายชนะคดีได้ในกรณีที่เป็นการใช้สิทธิเรียกร้องแก่การถือเอาโดยมิชอบ ซึ่งกระทำโดยไม่สุจริตหรือคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ยกเลิกคำสั่งให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการที่กระทำขึ้นโดยไม่สุจริต หรือมีการถือเอาโดยมิชอบที่กระทำโดยจงใจและมีเจตนาร้ายเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

The Restatement (Third) of Unfair Competition มาตรา 45 (1) กำหนดประเภทค่าเสียหายไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ที่ผู้ละเมิดต้องชดใช้ค่าเสียหายจากความเสียหายที่แท้จริง หรือผลประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับจากการทำละเมิด แต่ในการกำหนดจำนวนเงินค่าเสียหาย The Restatement (Third) of Unfair Competition ให้ศาลพิจารณากำหนดโดยการเปรียบเทียบระหว่างค่าเสียหายจากความเสียหายที่แท้จริงกับผลประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับ หากจำนวนใดสูงกว่า ศาลจะกำหนดตามจำนวนเงินที่สูงกว่าเป็นค่าเสียหายให้แก่เจ้าของความลับทางการค้า ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้ามีสิทธิได้รับทั้งค่าเสียหายที่แท้จริงและผลประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับ

กฎหมายของสหภาพยุโรปตาม Directive (EU) 2016/943 ข้อ 14 กำหนดค่าเสียหายไว้เพียง 2 ประเภท คือ ค่าเสียหายจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง โดยให้ศาลพิจารณากำหนดจากปัจจัยต่าง ๆ ที่เหมาะสม เช่น ผลกระทบทางเศรษฐกิจที่ได้รับ หรือผลกำไรที่สูญเสียไป หรือผลกำไรที่ไม่เป็นธรรมจากผู้ละเมิด และค่าเสียหายที่เป็นค่าสิทธิหรือค่าธรรมเนียมในการขออนุญาตใช้ความลับทางการค้า ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ที่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่ศาลจะนำไปใช้ประกอบดุลพินิจ และไม่มีการกำหนดค่าเสียหายเป็นค่าสิทธิไว้

ประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศไทย พระราชบัญญัติป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม Chapter II Claims for Injunctions, Damages (Presumption of Amounts for Damages) มาตรา 4, 5 และ 9 เจ้าของความลับทางการค้า

¹⁸Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual property Rights.

มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ละเมิดได้หลายประเภทได้แก่การเรียกเอาผลประโยชน์ทางธุรกิจที่จะได้รับจากการจำหน่ายหากไม่มีการละเมิด อันได้แก่ รายได้หรือกำไรจากการจำหน่ายสินค้าของเจ้าของ ความลับทางการค้าที่ขาดหายไป หรือให้ผู้ละเมิดชดเชยค่าเสียหายเท่ากับจำนวนเงินที่ได้รับจากการละเมิด ซึ่งคือผลประโยชน์ที่ได้รับจากการทำละเมิด และค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นจริง แต่ไม่สามารถพิสูจน์ถึงความเสียหายที่ได้รับได้ เห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศไทยกำหนดเรื่องค่าเสียหายไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

4. ผลการวิจัย

การที่ประเทศไทยตราพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ออกใช้บังคับก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า หากมีการละเมิดหรือจะกระทำละเมิด ผู้ควบคุมความลับทางการค้ามีสิทธิดำเนินคดีในทางแพ่งเพื่อให้ระงับการทำละเมิด และเรียกค่าสินไหมทดแทน หรือดำเนินคดีอาญาให้ได้รับโทษตามกฎหมาย เมื่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้ว คู่ความอันได้แก่ ผู้ควบคุมความลับทางการค้าและผู้ละเมิดมีสิทธิอุทธรณ์และฎีกาไปยังศาลอุทธรณ์คดีชั้นอุทธรณ์ หรือศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศได้ การดำเนินคดีความลับทางการค้าในทุกชั้นศาลจึงจำเป็นต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการเก็บรักษาความลับของผู้ควบคุมความลับทางการค้า รวมทั้งศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้อย่างเหมาะสม

ทั้งสองกรณีดังกล่าว ผู้วิจัยจึงนำมาวิเคราะห์เป็นประเด็นดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหามาตรการรักษาความลับในการดำเนินคดีในศาลชั้นต้น

4.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับการบรรยายคำฟ้อง คำให้การและฟ้องแย้ง คำขอคุ้มครองชั่วคราว ก่อนฟ้อง และคำร้องขอสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนฟ้อง

การดำเนินคดีความลับทางการค้าในศาลชั้นต้น เมื่อมีการยื่นคำฟ้อง คำให้การ และฟ้องแย้ง คำขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง หรือคำร้องขอสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนฟ้อง คู่ความต้องบรรยายรายละเอียดของข้อมูลการค้าอันเป็นความลับลงในคำฟ้อง คำให้การและฟ้องแย้ง คำขอ และคำร้อง รวมทั้งต้องแนบสำเนาเอกสารที่ประสงค์ใช้เป็นพยานหลักฐานมาท้ายฟ้องหรือท้ายคำให้การ และฟ้องแย้งด้วย เพื่อให้ศาลทราบถึงสิทธิในความลับทางการค้าตามกฎหมาย และคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งสามารถต่อสู้คดีหรือยื่นคำคัดค้านได้โดยถูกต้อง การที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องระบุนรายละเอียดเกี่ยวกับข้อมูลการค้าอันเป็นความลับและแนบสำเนาเอกสารดังกล่าว ย่อมเป็นการเปิดเผยความลับทางการค้าต่อบุคคลภายนอก

4.1.2 ปัญหาการส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดวิธีการส่งคำคู่ความหรือเอกสารในคดีให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือผู้รับซึ่งเป็นบุคคลภายนอกไว้หลายกรณี¹⁹ เนื่องจากคำคู่ความ เช่น คำฟ้อง คำให้การและฟ้องแย้ง หรือเอกสารในคดีความลับทางการค้า ที่ต้องส่งให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอก มีการกล่าวอ้างหรือระบายละเอียดข้อมูลการค้าอันเป็นความลับ การส่งคำคู่ความหรือเอกสารโดยทางเจ้าพนักงานศาลในกรณีปิดคำคู่ความหรือเอกสารไว้ที่รั้วหรือประตูบ้านอันเป็นภูมิลำเนาหรือสำนักทำการงานในลักษณะเปิดเผย และการมอบคำคู่ความหรือเอกสารให้แก่พนักงานฝ่ายปกครองหรือเจ้าพนักงานตำรวจ²⁰ ย่อมเป็นเหตุให้บุคคลภายนอกมีโอกาสรับทราบข้อมูลการค้าอันเป็นความลับที่ปรากฏอยู่ในคำคู่ความหรือเอกสารนั้น

4.1.3 ปัญหาในชั้นไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง มีทั้งการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้อง และการไกล่เกลี่ยหลังฟ้องหรือในระหว่างการพิจารณาคดี หากผู้ที่ถูกกล่าวอ้างว่ากระทำละเมิดหรือจำเลยยอมรับว่ามีการกระทำละเมิด การไกล่เกลี่ยจะเป็นการเจรจาในเรื่องของค่าสินไหมทดแทนเพียงประการเดียว แต่หากผู้ที่ถูกกล่าวอ้างว่ากระทำละเมิดหรือจำเลยไม่ยอมรับว่ากระทำละเมิด การไกล่เกลี่ยในกรณีนี้จะเป็นการไกล่เกลี่ยทั้งในเรื่องของข้อเท็จจริงแห่งคดีอันได้แก่ รายละเอียดของข้อมูลการค้า สิทธิในความลับทางการค้า การทำละเมิด และค่าสินไหมทดแทนซึ่งในระหว่างการไกล่เกลี่ยคู่พิพาทหรือคู่ความมีความจำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูลการค้าอันเป็นความลับเพื่อพิสูจน์การทำละเมิด หรือมีการอ้างส่งเอกสารที่ปรากฏรายละเอียดของข้อมูลการค้าอันเป็นความลับประกอบการไกล่เกลี่ย เพื่อให้การเจรจาไกล่เกลี่ยดำเนินต่อไปและหาข้อยุติได้ แต่เนื่องจากระเบียบที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางกำหนดให้มีการบันทึกข้อเท็จจริงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยซึ่งรวมถึงข้อมูลการค้าอันเป็นความลับลงในสำนวนไกล่เกลี่ย และเปิดโอกาสให้คู่พิพาทหรือคู่ความทำความตกลงที่จะไม่รักษาความลับที่ได้จากการไกล่เกลี่ยได้ รวมทั้งไม่ได้กำหนดให้ต้องทำลายสำนวนไกล่เกลี่ยเมื่อกระบวนการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงในทุกกรณี ข้อเท็จจริงที่ได้จากการไกล่เกลี่ย อันได้แก่ ข้อมูลการค้าอันเป็นความลับจึงยังคงปรากฏอยู่ในสำนวนการไกล่เกลี่ยตลอดไป และการที่คู่พิพาทหรือคู่ความไม่มีหน้าที่ที่จะต้องรักษาความลับทางการค้าที่ได้รับรู้มาจากการไกล่เกลี่ยย่อมส่งผลให้ความลับทางการค้ามีโอกาสล่วงรู้ไปยังบุคคลภายนอกคดี

¹⁹ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 68, 70, 73 ทวิ, 74, 76, 78, 79.

²⁰ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 79.

4.1.4 ปัญหาในชั้นพิจารณา

การนั่งพิจารณาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง เป็นการนั่งพิจารณาโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ การสืบพยานและการรับฟังพยานหลักฐานของศาลเป็นไปตามหลักภาระการพิสูจน์ที่ว่า ผู้ใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งการสืบพยานในคดีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบทั้งพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ เพื่อให้ศาลทราบข้อเท็จจริงตามคำฟ้อง อันได้แก่ รายละเอียดของข้อมูลการค้า สิทธิในความลับทางการค้า และการทำละเมิด ซึ่งรายละเอียดของข้อมูลการค้าที่ต้องนำสืบ คือ ข้อมูลการค้าที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการเก็บรักษาความลับนั้น ดังนั้น การที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อให้ศาลทราบข้อเท็จจริงที่ขัดแย้งตามคำฟ้อง จึงเป็นการเปิดเผยความลับทางการค้าในระหว่างที่ศาลออกนั่งพิจารณา การพิจารณาคดีโดยเปิดเผยที่ประชาชนทั่วไปหรือบุคคลภายนอกเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ จึงไม่เหมาะสมที่จะใช้กับคดีความลับทางการค้า เพราะเป็นเหตุให้ความลับทางการค้าล่องลอยไปยังบุคคลภายนอกคดี และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าในอนาคต แม้กฎหมายกำหนดมาตรการในการรักษาความลับโดยให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง มีอำนาจออกคำสั่งให้นั่งพิจารณาคดีโดยไม่เปิดเผยหรืออนุญาตให้ใช้การพิจารณาลับได้²¹ แต่ก็เป็นดุลพินิจของศาลที่จะสั่งให้ใช้การพิจารณาลับหรือไม่ก็ได้ตามที่ศาลเห็นสมควร ไม่ใช่บังคับเด็ดขาดที่จะต้องใช้การพิจารณาลับในคดีความลับทางการค้า นอกจากนี้ แม้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง จะกำหนดมาตรการในการรักษาความลับทางการค้าของคู่ความที่ปรากฏอยู่ในสำนวน ได้แก่ การตรวจสอบสำนวนคดีที่เกี่ยวข้องข้อพิพาทความลับทางการค้าต้องได้รับอนุญาตจากศาล และห้ามไม่ให้คัดถ่าย ถ้อยคำสำนวนและเอกสารต่าง ๆ ในคดี เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล²² แต่คำสั่งดังกล่าวไม่ใช่กฎหมาย จึงสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้โดยง่าย

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายของสหภาพยุโรป และกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นแล้ว พบว่า นอกจากการออกคำสั่งให้ใช้การพิจารณาลับแล้ว กฎหมายของต่างประเทศดังกล่าวยังให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจออกคำสั่งเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าได้อย่างกว้างขวางและหลากหลายวิธีการมากกว่ากฎหมายของประเทศไทย เริ่มตั้งแต่การนั่งพิจารณาเป็นการลับหรือการนั่งพิจารณาโดยไม่เปิดเผยของศาล การปกปิดสำนวนคดี การจำกัดการคัดถ่าย

²¹ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ข้อ 24.

²²ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางจะมีคำสั่งที่ 49/2560.

สำเนาเอกสารที่มีความลับทางการค้า การสั่งให้ส่งคืนเอกสารที่ปรากฏความลับทางการค้าแก่เจ้าของความลับทางการค้า การอนุญาตให้คู่ความทำสัญญาที่จะไม่เปิดเผยความลับทางการค้า และการห้ามไม่ให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี ใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้านั้น เห็นได้ว่า มาตรการต่าง ๆ ดังกล่าวครอบคลุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลตั้งแต่เริ่มต้นการพิจารณา ในระหว่างการพิจารณาจนกระทั่งเสร็จสิ้นการพิจารณา และสามารถให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าที่ปรากฏในระหว่างการดำเนินคดีได้

4.2 ปัญหาการกำหนดค่าสินไหมทดแทน

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 กำหนดให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้า มีสิทธิเรียกให้ผู้ละเมิดหรือผู้ที่กระทำความผิดละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นค่าเสียหายที่แท้จริง การให้คืนผลประโยชน์ที่ได้รับจากการละเมิดหรือเนื่องจากการละเมิด ค่าสินไหมทดแทนตามที่ศาลเห็นสมควร และค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษ²³ แต่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ศาลจะนำไปใช้เพื่อประกอบดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนไว้ ศาลจึงนำการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁴ มาใช้พิจารณาประกอบดุลพินิจ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดมีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่เคยเกิดความเสียหายนั้นขึ้น แต่ความเสียหายจากการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนมีการละเมิด ยังมีความเสียหายที่คาดหมายว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต หรือความเสียหายที่ต้องสันนิษฐานการเป็นความลับทางการค้า ค่าสินไหมทดแทนและหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดในมาตราดังกล่าว จึงยังไม่ครอบคลุมกับความเสียหายที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้รับ

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ พบว่า พระราชบัญญัติความลับทางการค้า (The Uniform Trade Secret Act) ของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดประเภทของค่าเสียหายไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิได้รับค่าเสียหายตามความเป็นจริงที่เกิดจากการละเมิด และค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่พระราชบัญญัติความลับทางการค้า (The Uniform Trade Secrets Act) ของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดเพิ่มเติมให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าสิทธิ และค่าธรรมเนียมทนายความที่เหมาะสมแก่คู่ความที่เป็นฝ่ายชนะคดีได้ในกรณีที่เป็นการใช้สิทธิเรียกร้องแก่การถือเอาโดยมิชอบซึ่งกระทำโดยไม่สุจริตหรือคำร้อง

²³พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545, มาตรา 13.

²⁴ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด, มาตรา 438 วรรคหนึ่ง.

ขอต่อศาลเพื่อให้ยกเลิกคำสั่งให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการที่กระทำขึ้นโดยไม่สุจริต หรือมีการถือเอาโดยมิชอบที่กระทำโดยจงใจและโดยมีเจตนาร้ายเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ส่วนกฎหมายของสหภาพยุโรปตาม Directive (EU) 2016/943 ข้อ 14 กำหนดค่าเสียหายไว้ 2 ประเภท คือ ค่าเสียหายจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง โดยให้ศาลพิจารณา กำหนดจากปัจจัยต่าง ๆ ที่เหมาะสม เช่น ผลกระทบทางเศรษฐกิจที่ได้รับ หรือผลกำไรที่สูญเสียไป หรือผลกำไรที่ไม่เป็นธรรมจากผู้ละเมิด และค่าเสียหายที่เป็นค่าสิทธิหรือค่าธรรมเนียมในการขออนุญาต ใช้ความลับทางการค้า ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ที่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่ศาลจะนำไปใช้ประกอบดุลพินิจ และไม่มีการกำหนดค่าเสียหายเป็นค่าสิทธิไว้

4.3 ปัญหาการดำเนินคดีความลับทางการค้าในชั้นอุทธรณ์และฎีกา

การสืบพยานในคดีความลับทางการค้า ผู้ควบคุมความลับทางการค้าต้องนำพยานเข้าสืบให้ศาลเห็นถึงรายละเอียดของข้อมูลการค้าซึ่งเป็นสาระสำคัญในการวินิจฉัยการทำความผิด ดังนั้น ในสำนวนคดีความลับทางการค้าจึงย่อมปรากฏข้อมูลการค้าอันเป็นความลับซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของคำเบิกความ หรือเอกสารที่เป็นขั้นตอน หรือกรรมวิธี เป็นต้น เมื่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีคำพิพากษา กฎหมายกำหนดให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าหรือคู่ความอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษาไปยังศาลอุทธรณ์คดีชั้นอุทธรณ์พิเศษ หรือศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศได้ โดยให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับ แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยเรื่องการอุทธรณ์และฎีกาไม่มีบทบัญญัติกำหนดมาตรการในการรักษาความลับทางการค้าในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์คดีชั้นอุทธรณ์พิเศษ และศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศไว้ และปัจจุบันศาลอุทธรณ์คดีชั้นอุทธรณ์พิเศษ และศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ยังไม่มีระเบียบหรือคำสั่งที่ใช้สำหรับการดำเนินคดีความลับทางการค้าและการเก็บรักษาความลับที่ปรากฏอยู่ในสำนวนการดำเนินคดีในชั้นอุทธรณ์และฎีกาจึงอาจทำให้ความลับทางการค้าของคู่ความล่วงรู้ไปยังบุคคลภายนอกได้

5. สรุปและวิจารณ์ผล

ความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นข้อมูลการค้าอันเป็นวิธีการ เทคนิค ขั้นตอน หรือสูตรต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการค้นคิด หรือความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์

โดยใช้ความพยายาม ความวิริยะอุตสาหะ และก่อให้เกิดความได้เปรียบในทางการค้าหรือในเชิงพาณิชย์ ปัจจุบันกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า และกฎหมายที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีความลับทางการค้าของประเทศไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ระเบียบ และคำสั่งต่าง ๆ ของศาล แต่จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องดังกล่าว และกฎหมายที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีความลับทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายของสหภาพยุโรป และกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น รวมทั้งข้อมูลจากการสัมภาษณ์ ผู้วิจัยพบว่า มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยยังมีปัญหาอยู่หลายประการ ซึ่งส่งผลกระทบต่อการคงสภาพการเป็นความลับในระหว่างการค้าในศาลชั้นต้น ชั้นอุทธรณ์ และฎีกา

5.1 ปัญหามาตรการรักษาความลับในการดำเนินคดีในศาลชั้นต้น

- 1) ปัญหาเกี่ยวกับการบรรยายคำฟ้อง คำให้การและฟ้องแย้ง คำขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง และคำร้องขอสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนฟ้อง
- 2) ปัญหาการส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่น
- 3) ปัญหาในชั้นไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- 4) ปัญหาในชั้นพิจารณา

เมื่อมีการยื่นคำฟ้อง คำให้การและฟ้องแย้ง คำขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง หรือคำร้องขอสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนฟ้อง รายละเอียดที่เกี่ยวกับข้อมูลการค้าอันเป็นความลับได้ถูกเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกผ่านทางคำฟ้อง คำให้การและฟ้องแย้ง คำขอ หรือคำร้องนั้น แต่กฎหมายที่ใช้บังคับกับการดำเนินคดีความลับทางการค้าของประเทศไทย ยังกำหนดมาตรการในการรักษาความลับทางการค้าที่ปรากฏอยู่ในคำฟ้อง คำให้การและฟ้องแย้ง คำขอ หรือคำร้อง การส่งคำคู่ความหรือเอกสาร การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และการพิจารณาคดีไว้ไม่เหมาะสม และไม่ได้กำหนดให้ศาล เจ้าหน้าที่ศาลหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีความลับทางการค้าต้องมีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลการค้าอันเป็นความลับนั้น กฎหมายที่ใช้บังคับกับการดำเนินคดีความลับทางการค้าในศาลชั้นต้นในปัจจุบันยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าของคู่ความได้ จึงควรมีกฎหมายกำหนดมาตรการในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าให้ชัดเจนและเหมาะสม รวมทั้งกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีความลับทางการค้ามีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลการค้าอันเป็นความลับนั้นด้วย

5.2 ปัญหาการกำหนดค่าสินไหมทดแทน

เนื่องจากความเสียหายจากการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้ามีความแตกต่างจากการทำละเมิดโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสียหายทางด้านเศรษฐกิจ และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เพื่อพิสูจน์การทำละเมิดหรือค่าใช้จ่ายในการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมาย ซึ่งเป็นความเสียหายที่กว้างกว่าตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด การที่ศาลใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนจึงยังไม่เพียงพอต่อความเสียหายที่เป็นผลกระทบทางเศรษฐกิจหรือความเสียหายในเชิงพาณิชย์ และความเสียหายอื่นที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้รับการทำละเมิดอย่างแท้จริง หากนำหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายในกรณีการละเมิดสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรและตามกฎหมายของสหภาพยุโรปมาใช้กับคดีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของประเทศไทย ย่อมทำให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรมกว่ากฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของศาลครอบคลุมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงควรแก้ไขกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ชัดเจน และเหมาะสมยิ่งขึ้น

5.3 ปัญหาการดำเนินคดีความลับทางการค้าในชั้นอุทธรณ์และฎีกา

เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้คู่ความอุทธรณ์และฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางได้ แต่ปัจจุบันกฎหมาย ศาลอุทธรณ์คดีชำนาญพิเศษ และศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ยังไม่มีมาตรการในการรักษาความลับในสำนวน หรือมีวิธีการจัดการสำนวนคดีความลับทางการค้าที่แตกต่างไปจากสำนวนคดีอื่น จึงควรต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดมาตรการในการรักษาความลับ หรือศาลอุทธรณ์คดีชำนาญพิเศษและศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ควรต้องกำหนดวิธีการในการจัดเก็บสำนวนคดีความลับทางการค้า และวิธีการในการรักษาความลับที่ปรากฏในสำนวน รวมทั้งกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับสำนวนคดีมีหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับนั้น

6. ข้อเสนอแนะ

เนื่องด้วยความลับทางการค้ามีสาระสำคัญอยู่ที่การคงสภาพการเป็นความลับนั้นไว้ เมื่อมีการทำละเมิดหรือจะกระทำละเมิดและผู้ควบคุมความลับทางการค้านำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลทั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ศาลอุทธรณ์คดีชำนาญพิเศษ หรือศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ผู้ควบคุมความลับทางการค้าย่อมต้องมั่นใจว่าการดำเนินคดีและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีจะสามารถรักษาความลับทางการค้าไว้ได้ รวมทั้งจะได้รับค่าสินไหมทดแทนจากการทำละเมิดที่เหมาะสม ดังนั้น จากการศึกษาผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

6.1 ปัญหาการดำเนินคดีความลับทางการค้าในศาลชั้นต้น

ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะรวม 2 ประการ คือ

1) ควรแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 โดยเพิ่มลักษณะ 4 การดำเนินคดีความลับทางการค้า กำหนดให้การติดต่อระหว่างศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางกับศาลอื่น หรือระหว่างศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางกับคู่ความหรือผู้เกี่ยวข้องในคดี อาจทำโดยทางโทรสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่น และให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีความลับทางการค้าโดยไม่เปิดเผย รวมทั้งเมื่อเสร็จการพิจารณาให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลภายนอกส่งคืนเอกสารที่ปรากฏความลับทางการค้าต่อศาลเพื่อมอบให้แก่เจ้าของเอกสารต่อไป

2) ควรแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยการไต่ถามข้อพิพาท พ.ศ. 2545 และระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยแนวทางการปฏิบัติงานการไต่ถามข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี พ.ศ. 2562 ส่วนที่ 3 กระบวนการไต่ถาม และส่วนที่ 5 การเก็บรักษาความลับ กำหนดการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยห้ามมิให้มีการบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับข้อมูลความลับทางการค้าลงในสำนวนไต่ถาม คู่ความและบุคคลที่เกี่ยวข้องต้องรักษาความลับของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไต่ถาม และเมื่อสิ้นสุดกระบวนการไต่ถามให้ทำลายสำนวนไต่ถามภายใน 7 วัน

6.2 ปัญหาการกำหนดค่าสินไหมทดแทน

ผู้วิจัยเห็นว่า ควรแก้ไขพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 โดยการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ชัดเจน และกำหนดหลักเกณฑ์ให้ศาลนำไปใช้ประกอบดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทน โดยให้ต้องคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของผู้ควบคุมความลับทางการค้า

6.3 ปัญหาการดำเนินคดีความลับทางการค้าในชั้นอุทธรณ์และฎีกา

ผู้วิจัยเห็นว่า ควรออกคำสั่งแนวปฏิบัติเกี่ยวกับสำนวนคดีความลับทางการค้าในศาลอุทธรณ์ คดีชั้นอุทธรณ์ และศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ โดยการเสนอให้มีการจัดการสำนวนแบบลับ เช่น ประทับตราข้อความว่า “ความลับทางการค้า” บริเวณหน้าปกสำนวนความ จัดเก็บเอกสารใส่ซองหรือถุงใส่สำนวนแล้วปิดผนึกให้เรียบร้อย และแยกเก็บไว้ต่างหากจากสำนวนคดีอื่น รวมทั้งกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับสำนวนคดีความลับทางการค้า มีหน้าที่ต้องเก็บรักษาความลับ ห้ามมิให้เปิดเผยความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือกระทำการใด ๆ โดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อให้บุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องรับรู้ความลับทางการค้าที่ปรากฏในสำนวน

บรรณานุกรม

- ไชยยศ เหมะรัชตะ. **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559.
- ธนพจน เอกโยคยะ. “หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า.” ใน **เอกสารประกอบการบรรยายการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3**. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ.
- พรชัย ดำนวิวัฒน์. **กฎหมายการค้าและสิ่งแวดลอมระหว่างประเทศ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.
- Japanese Law Translation. **Code of Civil Procedure** [Online]. Available URL: <https://www.japaneselawtranslation.go.jp>, 2018 (August, 10).
- _____. **Unfair Competition Prevention Act** [Online]. Available URL: <https://www.japaneselawtranslation.go.jp>, 2018 (August, 10).
- WIPO. **Paris Convention for the Protection of Industrial Property** [Online], Available URL: https://wipo.int/treaties/en/ip/paris/summary_paris.html, 2018 (October, 4).
- _____. **the TRIPs Agreement** [Online], Available URL: <http://www.wto.org>, 2561 (October, 4).
- _____. **Uniform Trade Secret Act with 1985 Amendments** [Online]. Available URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us216en.pdf>, 2018 (October, 13).
- พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2540.
- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- ระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยการไต่สวนข้อพิพาท พ.ศ. 2545.
- ระเบียบศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ว่าด้วยแนวทางการปฏิบัติงานการไต่สวนข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี พ.ศ. 2562.
- ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540.
- คำสั่งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางที่ 49/2560.
- The Economic Espionage Act.
- The Texas Uniform Trade Secret Act (TUTSA).
- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual property Rights.

การปฏิบัติตามความตกลงด้านศุลกากรของประชาคม
อาเซียนเกี่ยวกับราคาศุลกากร: ศึกษาเฉพาะกรณี
พระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560

ผู้ช่วยศาสตราจารย์รัฐศักดิ์ พิศุทธางกูร

การปฏิบัติตามความตกลงด้านศุลกากรของประชาคมอาเซียนเกี่ยวกับราคาศุลกากร:
ศึกษาเฉพาะกรณีพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560*
Compliance with Customs Agreement of the ASEAN Community
Regarding Customs Valuation: A Case Study
of the Custom Act B.E. 2560 (2017)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์รัฐศักดิ์ พิศุทธางกูร**

Assistant Professor Ratthasak Pisutthangkoon

บทคัดย่อ

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีและให้สัตยาบันความตกลงอาเซียนด้านศุลกากร (ASEAN Agreement on Customs) ประกอบความตกลงในการนำมาตรา 7 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มาถือปฏิบัติ (Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994) และในช่วงเวลาหลายปีที่ผ่านมาหน่วยงานศุลกากร

*บทความนี้เรียบเรียงจากดุขุภินิพนธ์ เรื่อง “การปฏิบัติตามความตกลงด้านศุลกากรของประชาคมอาเซียนเกี่ยวกับราคาศุลกากร: ศึกษาเฉพาะกรณีพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันดุขุภินิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์สุksamัย สุทธิบดี และรองศาสตราจารย์อรรณพ พจนานุรัตน์ คณะกรรมการสอบป้องกันดุขุภินิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี, ศาสตราจารย์สำเรียงเมฆเกรียงไกร, ศาสตราจารย์พิเศษสุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, ดร.วัชรเนติวานิชย์ และศาสตราจารย์ดร.ปิยะฉัตร จารุธีรศานต์.

The article is a part of dissertation “Compliance with Customs Agreement of the ASEAN Community Regarding Customs Valuation: A Case Study of the Custom Act B.E. 2560 (2017).” This dissertation has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirement for the Doctor of Laws at Ramkhamhaeng University. Associate Professor Suksamai Suthibordee and Associate Professor Orawan Potjananurat are advisors. Professor Panya Sutthibodee, Professor Samrieng Mekriengkrai, Professor Suchat Thammapitagcul, Dr.Watchara Neitivanich and Professor Dr.Piyachat Jarutirasarn are examiners.

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุขุภินิพนธ์ โครงการปรัชญาดุขุภินิพนธ์ทางสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: tax.control@hotmail.com

Student in Doctor of Laws Program, Doctor of Philosophy Program in Social Science, Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 6 มิถุนายน 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 22 กรกฎาคม 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 22 กรกฎาคม 2565.

ของประเทศไทยได้จ่ายเงินสินบนรางวัล ตามกฎหมายให้แก่สายลับและเจ้าหน้าที่รวมเป็นจำนวนเงินมหาศาล ดังนั้น การนำเข้าของหรือสินค้ามาในประเทศไทยจึงเกิดปัญหาข้อพิพาทเรื่องอากรศุลกากรอย่างมาก ปัญหาข้อพิพาทเรื่องอากรศุลกากรดังกล่าวมีความเชื่อมโยงอย่างมีนัยสำคัญกับหลักเกณฑ์การกำหนดราคาศุลกากร หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ผู้นำเข้าต้องใช้ในการสำแดงราคาศุลกากรต่อหน่วยงานศุลกากรเพื่อเสียอากรขาเข้าศุลกากร และเป็นหลักเกณฑ์ที่หน่วยงานศุลกากรต้องใช้ประเมินราคาศุลกากรต่อผู้นำเข้าเพื่อบังคับเก็บอากรขาเข้าศุลกากรด้วย กล่าวคือ เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดฐานภาษี (Tax Base) ของอากรขาเข้าศุลกากร

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนได้พบว่า หลักเกณฑ์การกำหนดราคาศุลกากร ตามพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 และ กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 ปัจจุบัน มีหลักเกณฑ์บางส่วนที่เป็นมูลเหตุที่ส่งผลกระทบต่อ การบังคับจัดเก็บอากรขาเข้าของหน่วยงานศุลกากรไทย และส่งผลกระทบต่อความเป็นธรรมและความแน่นอนเกี่ยวกับภาระภาษีของผู้นำเข้าและประชาชนผู้บริโภคสินค้านำเข้า นอกจากนี้ ผู้เขียนพบว่า กรณีที่ผู้นำเข้าเป็นผู้จำหน่ายของที่นำเข้านั้นแต่เพียงผู้เดียวในประเทศไทย เป็นธุรกิจการค้าในลักษณะตลาดการผูกขาด (Monopoly) ผวนกับกรณีที่ผู้นำเข้าดังกล่าวกับผู้ผลิตและหรือผู้ขายในต่างประเทศมีความสัมพันธ์กันเช่นนี้ ทำให้สภาพปัญหาเกิดผลกระทบเพิ่มขึ้นและเป็นสถานการณ์ที่ตรวจสอบราคาหรือมูลค่าที่แท้จริงแห่งของนำเข้าได้ยาก ดังนั้น หลักเกณฑ์ส่วนที่เป็นมูลเหตุดังกล่าวควรเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เพื่อให้สอดคล้องกับการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ของความตกลงอาเซียนด้านศุลกากร ประกอบความตกลงในการนำมาตรา 7 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มาถือปฏิบัติมากยิ่งขึ้น เพื่อลดปัญหาทางกฎหมายในการปฏิบัติตามความตกลงอาเซียนด้านศุลกากร ข้อ 20 ราคาศุลกากรตามกฎหมายไทย และขณะเดียวกันหลักเกณฑ์การกำหนดราคาศุลกากรไทยจะมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: ราคาศุลกากร, อากรศุลกากร, ศุลกากร

Abstract

Thailand became a party and ratified the ASEAN Agreement on Customs, comprising an Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994. Over the past several years it has been found that the Thai customs authorities have paid large sums of bribes and statutory rewards to detectives and officials. When importing goods into Thailand, there is a huge problem of customs duty disputes. The customs dispute is significantly linked to customs pricing rules. These criteria are required by the importer to declare the customs valuation to the customs authority in order to pay the customs import duty as well as a criterion that customs authorities must use to assess the customs valuation to the importer in order to enforce the collection of customs import duty. In other words, it is a criterion that determines the tax base of the customs import duty.

Nevertheless, the researchers found that the customs pricing rules according to the Customs Act B.E. 2560 (2017), Section 16, Section 18 and the Ministerial Regulation on Determination and Use of Customs Valuation, B.E. 2560, are grounds that affect the enforcement of import duties by Thai customs authorities and affects the fairness and certainty of the tax burden of importers and consumers of imported goods. In the event that the importer is the sole supplier of the imported goods in Thailand, it is a business that is considered a monopoly market. In addition to the case where the said importer and the manufacturer and/or seller in foreign countries have a business relationship like this, it even makes the situation more impactful and is a situation in which it is difficult to determine the price or intrinsic value of the imported goods. Therefore, the underlying criteria should be supplemented with additional criteria to comply with the implementation of the rules and intent of the agreement of ASEAN Customs in conjunction with the agreement on the adoption of Clause 7 of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 to further reduce the legal problems in the implementation of the ASEAN Agreement on Customs, Clause 20, Customs Valuation according to Thai law. At the same time, the rules for setting Thai customs valuation will be more effective as well.

Keywords: customs valuation, customs duty, customs

การนำเข้าของหรือสินค้ามาในประเทศไทยปัจจุบันมีสภาพปัญหาเป็นข้อพิพาทเรื่องอากรศุลกากร ย่อมกระทบต่อความแน่นอนในการจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรและส่งผลกระทบต่อเนื่องไปถึงการนำเข้าและการค้าระหว่างประเทศของประเทศไทยตามลำดับและที่สำคัญคือ ปัญหาข้อพิพาท จะเป็นมูลเหตุที่ทำให้เกิดต้นทุนรายจ่ายของทั้งฝ่ายประชาชนผู้นำเข้าและฝ่ายรัฐ ในบทความนี้ ผู้เขียนหยิบยกเรื่องสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อการจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรมานำเสนอและวิเคราะห์ คือ ปัญหาบทบัญญัติการกำหนดราคาศุลกากรโดยวิธี “ราคาคำนวณ” ตามพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560

1. ปัญหาบทบัญญัติการกำหนดราคาศุลกากรโดยวิธี “ราคาคำนวณ” ตามพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560

ปัจจุบันพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 กำหนดหลักเกณฑ์ว่า ในกรณีที่หน่วยงานศุลกากรจะไม่รับหรือปฏิเสธราคาศุลกากร ลำดับที่ 1 คือ “ราคาซื้อขายของที่นำเข้า” ซึ่งจะต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ศุลกากรและหน่วยงานศุลกากรไทยได้พิจารณาเป็นยุติแล้วว่า ข้อมูลเกี่ยวกับราคาศุลกากรที่ผู้นำเข้าได้สำแดงไว้ต่อหน่วยงานศุลกากรนั้นไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธี “ราคาซื้อขายของที่นำเข้า” ต่อมาเมื่อเจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากรไม่รับหรือปฏิเสธราคาสำแดงหรือปฏิเสธราคาศุลกากรลำดับที่ 1 คือ “ราคาซื้อขายของที่นำเข้า” ดังนั้น “ราคาซื้อขายของที่นำเข้า” ที่ผู้นำเข้าได้สำแดงนั้นจึงไม่สามารถนำมาใช้เป็นราคาศุลกากรเพื่อคำนวณอากรขาเข้า¹ ดังนั้น ขั้นตอนต่อมาเจ้าหน้าที่ศุลกากรและหน่วยงานศุลกากรไทยจะพิจารณาค้นหาข้อมูลของ “ของที่เหมือนกัน” ซึ่งเป็นวิธีกำหนดราคาศุลกากรลำดับที่ 2² เพื่อนำหลักเกณฑ์วิธี “ราคาของที่เหมือนกัน” มาใช้ประเมินเป็นราคาศุลกากรเพื่อคำนวณอากรขาเข้าศุลกากรแทนที่วิธี “ราคาซื้อขายของที่นำเข้า” ซึ่งได้ถูกปฏิเสธนั้นเพื่อนำไปสู่การจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรตามราคาหรือมูลค่าที่แท้จริงแห่งของนำเข้า แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากเจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากรไม่สามารถกำหนดราคาศุลกากรด้วยวิธีลำดับที่ 2 ดังกล่าว เจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากรก็จะพิจารณากำหนดราคาศุลกากรตามหลักเกณฑ์

¹กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560, ข้อ 18.

²กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560, ข้อ 20.

ซึ่งเป็นวิธีลำดับต่อไป คือ วิธี “ราคาของที่คล้ายกัน”,³ วิธี “ราคาหักทอน”⁴ ตามลำดับ ต่อมาถ้าหากว่าเจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากร ไม่สามารถกำหนดราคาศุลกากรด้วยวิธีตามลำดับดังกล่าว เจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากรจึงต้องกำหนดราคาศุลกากรด้วยวิธี “ราคาคำนวณ”⁵

หลักเกณฑ์การกำหนดราคาศุลกากรวิธีราคาคำนวณ คือ การรวมต้นทุนสินค้าและรายการมูลค่าดังต่อไปนี้ เพื่อกำหนดเป็นราคาศุลกากรโดยเจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากร เพื่อประเมินอากรขาเข้าศุลกากรและบังคับจัดเก็บโดยหน่วยงานศุลกากร 1) ต้นทุนหรือมูลค่าของวัสดุและการจัดทำหรือกรรมวิธีใด ๆ ที่ใช้ในการผลิตของที่นำเข้า, 2) ค่าไรและค่าใช้จ่ายทั่วไป ที่เกิดขึ้นจากการขายของประเภทหรือชนิดเดียวกันกับของที่นำเข้าโดยผู้ผลิต รายอื่น ๆ เพื่อส่งออกมายังราชอาณาจักร, 3) ค่าภาชนะบรรจุที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของของที่นำเข้า, 4) ค่าวัสดุและค่าแรงงานในการบรรจุหีบห่อของที่นำเข้า, 5) ค่าประกันภัย ค่าขนส่งของที่นำเข้ามายังด่านศุลกากรที่นำของเข้า ค่าขนของลง ค่าขนของขึ้น และค่าจัดการต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการขนส่งของที่นำเข้ามายังด่านศุลกากรที่นำของเข้าและ 6) มูลค่าของการให้บริการด้านวิศวกรรม พัฒนาการ งานศิลป์ การออกแบบแบบแปลนและภาพร่างที่กระทำขึ้นในราชอาณาจักรและเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการผลิตของที่นำเข้าโดยคิดมูลค่าของการให้บริการดังกล่าวจากผู้ผลิต (ถ้ามี)⁶

หลักเกณฑ์การกำหนดราคาศุลกากรด้วยวิธีราคาคำนวณโดยการรวมต้นทุนสินค้าและรายการมูลค่าดังกล่าวนั้น ในปัจจุบันพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 (1) (จ) ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 กำหนดหลักเกณฑ์ว่า⁷

1) ให้กระทำบนพื้นฐานของข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชีที่ได้รับจากผู้ผลิตจากต่างประเทศ หรือผู้นำของเข้าในนามของผู้ผลิตดังกล่าว กล่าวคือ ในการกำหนดราคาศุลกากรด้วยวิธีราคาคำนวณนั้น ให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากรไทยดำเนินการรวบรวมต้นทุนสินค้าและรายการมูลค่าทั้งหมดโดยที่จะต้องกำหนดราคาศุลกากรจากข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชีที่ได้รับจากผู้ผลิตจากต่างประเทศ หรือผู้นำของเข้าในนามของผู้ผลิตดังกล่าวเท่านั้น และ

³กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560, ข้อ 24.

⁴กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560, ข้อ 27.

⁵กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560, ข้อ 31.

⁶กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560, ข้อ 32.

⁷กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560, ข้อ 33.

2) กรณีที่ผู้นำของเข้าหรือผู้ผลิตต่างประเทศไม่สามารถจัดส่งข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชีดังกล่าวได้ภายในเวลาอันสมควรให้แก่หน่วยงานศุลกากรไทย ให้ถือว่า หน่วยงานศุลกากรไทยไม่อาจกำหนดราคาศุลกากรตามหมวดการกำหนด “ราคาคำนวณ”

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ผลแห่งหลักเกณฑ์ในปัจจุบันจะทำให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากรไทยไม่สามารถกำหนดราคาศุลกากรด้วยวิธีราคาคำนวณและไม่สามารถประเมินและบังคับจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรด้วยวิธีนี้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเกิดผลกระทบต่อรายได้ของประเทศไทยโดยตรง เหตุผลเพราะการเข้าร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากรไทยเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชีที่ได้รับจากผู้ผลิตจากต่างประเทศ หรือผู้นำของเข้าในนามของผู้ผลิตดังกล่าว เพื่อนำไปสู่การประเมินอากรขาเข้าศุลกากรและดำเนินคดีอาญาทางศุลกากรต่อผู้ซื้อหรือผู้นำเข้าในประเทศไทย สถานการณ์ในแง่มุมดังกล่าวนี้จะเกิดผลกระทบในทางลบอย่างร้ายแรงและโดยตรงต่อความสัมพันธ์และผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้ผลิตหรือผู้ขายในต่างประเทศ กับผู้ซื้อหรือผู้นำเข้าในประเทศไทย กล่าวคือ กลุ่มบุคคลดังกล่าวอยู่ในสถานการณ์ที่กำลังมีผลประโยชน์ทางธุรกิจตอบแทนระหว่างกัน และในขณะเดียวกัน รัฐหรือประเทศผู้ผลิตอาจได้รับผลกระทบเกี่ยวกับการลงทุนและประโยชน์รายได้ทางภาษีอากรด้วย ดังนั้น หน่วยงานรัฐของประเทศไทยจึงไม่ได้รับความร่วมมือตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเท่าที่ควร หลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงขาดประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ ดังนั้น จึงเป็นมูลเหตุที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการประเมินและจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรของไทยโดยตรง

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีถ้าหากเจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากรกำหนดราคาคำนวณโดยที่มิได้ใช้ข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชีที่ได้รับจากผู้ผลิตจากต่างประเทศ หรือผู้นำของเข้า ในนามของผู้ผลิตดังกล่าวเช่นนี้ ย่อมเป็นประเด็นหรือเป็นมูลเหตุให้เกิดข้อพิพาทกรณีกำหนดราคาศุลกากรด้วยวิธีราคาคำนวณโดยมิชอบด้วยพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 (1) (จ) ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 ข้อ 33 อีกด้วย

ผู้เขียนได้สัมภาษณ์และวิเคราะห์ความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับราคาศุลกากรโดยตรง⁸ ผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่ร่วมกันให้ข้อมูลว่า ในปัจจุบันข้อมูลเอกสารหลักฐาน หรือบัญชีที่ได้รับจากผู้ผลิตจากต่างประเทศ หรือ ผู้นำของเข้า ในนามของผู้ผลิตดังกล่าวที่หน่วยงานศุลกากรได้รับ เพื่อการกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” นั้น อาจเป็นข้อมูลที่ได้รับต่อมาจาก

⁸รัฐศักดิ์ พิศุทธางกูร, “การปฏิบัติตามความตกลงด้านศุลกากรของประชาคมอาเซียนเกี่ยวกับราคาศุลกากร: ศึกษาเฉพาะกรณีพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560”, (นิติศาสตรดุษฎีนิพนธ์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2564), หน้า 295–297.

กรมสอบสวนคดีพิเศษ เพื่อการปฏิบัติตามกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาบุคลากร พุทธศักราช 2560 ข้อ 33 ดังนั้น หลักเกณฑ์แนวทางการปฏิบัติที่พนักงานสอบสวนคดีพิเศษในการรวบรวมพยานหลักฐานในต่างประเทศเพื่อนำมาประกอบการกำหนดราคาบุคลากรและดำเนินคดี ดังตัวอย่างต่อไปนี้

แนวทางการปฏิบัติในการดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานและสอบปากคำพยาน ในต่างประเทศ เพื่อนำมาประกอบการดำเนินคดี	
1	การจัดทำแผนการปฏิบัติงานการรวบรวมพยานหลักฐานที่อยู่ในต่างประเทศ และรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญา พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศ ในเรื่องทางอาญา พุทธศักราช 2535 หรือ (Mutual Legal Assistance Treaty-MLAT) ประกอบกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พุทธศักราช 2537) และระเบียบของผู้ประสานงานกลางว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือและการขอความช่วยเหลือตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา เสนอขอความเห็นชอบจากอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ ซึ่งต้องระบุเหตุผลความจำเป็น ระยะเวลา ดำเนินการ จำนวนบุคลากร และงบประมาณค่าใช้จ่ายสำหรับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษและพนักงานอัยการ
2	การทำหนังสือเพื่อแจ้งสำนักงานอัยการสูงสุดเกี่ยวกับเรื่องเหตุผลความจำเป็น และรายชื่อเจ้าหน้าที่ของฝ่ายไทยที่จะร่วมสังเกตการณ์ในคำร้องขอความช่วยเหลือฯ ให้ทางการต่างประเทศ (เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา) ทราบ
3	การดำเนินการวิเคราะห์บรรดาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับแผนการปฏิบัติงานการรวบรวมพยานเอกสารหลักฐานในต่างประเทศ โดยประสานงานกับผู้ประสานงานกลางฝ่ายไทย คือ พนักงานอัยการ สำนักงานต่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุด กับ ผู้ประสานงานกลางของฝ่ายต่างประเทศ (เช่น สหรัฐอเมริกา คือ กระทรวงยุติธรรม Department of Justice ประเทศสหรัฐอเมริกา) เพื่อเตรียมความพร้อมเกี่ยวกับแนวทางการรวบรวมพยานเอกสารหลักฐานที่ชัดเจน สำหรับใช้เป็นหลักฐานประกอบการพิจารณาคดีในชั้นศาลของประเทศไทย

4	การเข้าไปปฏิบัติราชการในต่างประเทศเพื่อติดตามการดำเนินการขอความช่วยเหลือจากรัฐบาลต่างประเทศในการสอบปากคำและรวบรวมบรรดาพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องตาม Mutual Legal Assistance Treaty in Criminal Matter ในระหว่างวันที่และเวลาที่กำหนดอย่างชัดเจน โดยมีอัยการพิเศษฝ่ายกิจการต่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุดในฐานะผู้ประสานงานกลางฝ่ายไทย ซึ่งได้ประสานงานกับหน่วยงานต่างประเทศ (เช่น U.S. Department of Justice, Criminal Division ของประเทศสหรัฐอเมริกา) ในการเดินทางเพื่อไปร่วมสอบปากคำพยาน ร่วมกับเจ้าหน้าที่ผู้ประสานงานกลางฝ่ายหน่วยงานต่างประเทศ เช่น เจ้าหน้าที่จากสำนักงานสอบสวนกลาง (Federal Bureau of Investigation-FBI) ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น
5	ผู้ประสานงานกลางฝ่ายรัฐบาลต่างประเทศจะรวบรวมการจดบันทึกการสอบปากคำพยานและพยานเอกสาร ตามข้อ 4 จากเจ้าหน้าที่ เช่น เจ้าหน้าที่จากสำนักงานสอบสวนกลาง (Federal Bureau of Investigation-FBI) ของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อส่งให้สำนักงานต่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุดประเทศไทย โดยผ่านทางสถานทูตของต่างประเทศ เช่น สถานทูตสหรัฐอเมริกาในประเทศไทย
6	สำนักงานต่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุด รวบรวมบันทึกการสอบปากคำพยาน และพยานหลักฐานที่ได้รับจากรัฐบาลต่างประเทศ เพื่อส่งต่อพนักงานสอบสวนคดีพิเศษผู้รับผิดชอบ
7	พนักงานสอบสวนคดีพิเศษรวบรวมพยานหลักฐานที่ได้รับเพื่อนำมาประกอบการดำเนินคดีในประเทศไทยต่อไป เช่น นำส่งพยานหลักฐานไปยังกรมศุลกากร เป็นต้น
ที่มา: ผู้ทรงคุณวุฒิ กรมสอบสวนคดีพิเศษ กระทรวงยุติธรรม	

ผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่และผู้เขียนมีข้อสังเกตที่ตรงกันว่า หลักเกณฑ์พระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 (1) (จ) ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 หมวด 6 ข้อ 33 ดังกล่าวนั้น ทำให้เกิดสภาพปัญหาขาดประสิทธิภาพในการกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” และจะไม่สามารถประเมินและบังคับจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรด้วยวิธีนี้ ซึ่งจะกระทบต่อรายได้ของรัฐโดยตรง เหตุผลเพราะว่า เจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากร จำต้องรอคอยข้อมูลพยานหลักฐานจากผู้ผลิตในต่างประเทศและหน่วยงานรัฐของต่างประเทศ เมื่อเป็นกรณีที่ต้องมีการรอคอยเป็นระยะเวลาเนิ่นนาน ดังนั้น คดีสำคัญบางคดีจึงขาดอายุความตามกฎหมายภายในของประเทศไทย และในส่วนกรณีที่ไม่ได้รับข้อมูลเลยก็จะทำให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากรของประเทศไทยไม่สามารถกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” เพื่อการจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากร

สภาพปัญหาดังกล่าวจะปรากฏผลกระทบอย่างชัดเจน ในกรณีที่ผู้ผลิตหรือผู้ขายในต่างประเทศ กับผู้ซื้อหรือผู้นำเข้าในประเทศไทยซึ่งเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกันหรือมีความสัมพันธ์กันมีเจตนาร่วมกัน ที่จะปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการพิสูจน์การกระทำผิดของผู้นำเข้า หรือมีเจตนาที่จะจัดทำและเปิดเผยข้อมูล เกี่ยวกับการกระทำของผู้นำเข้าโดยเป็นความเท็จหรือมีเจตนาที่จะปกป้องด้วยประการใดมิให้ผู้นำเข้า ถูกดำเนินคดีตามกฎหมายของประเทศไทย เพื่อกลุ่มบุคคลดังกล่าวจะสามารถรักษาผลประโยชน์ ทางธุรกิจที่มีร่วมกัน และเพื่อมิให้ข้อมูลกล่าวหาความผิดทางอาญาสู่สาธารณะมีผลพัวพันกับกลุ่มบุคคล ดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ผู้ถือหุ้นและหรือกรรมการของบริษัทผู้ผลิตและหรือบริษัทผู้ขายในต่างประเทศ กับบริษัทผู้ซื้อและหรือผู้นำเข้าในประเทศไทยนั้นเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกัน เช่น เป็นบุคคลกลุ่มเดียวกัน ในอัตราส่วนประมาณ 90 ถึง 99 เป็นต้น ดังนั้น ผลประโยชน์ของทั้งสองบริษัททั้งในต่างประเทศ และในประเทศไทยนั้น คือ ผลประโยชน์ของบุคคลกลุ่มเดียวกันนั่นเอง เป็นต้น ในกรณีตามตัวอย่างนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า บุคคลกลุ่มเดียวกันที่เป็นผู้ถือหุ้นหรือกรรมการในบริษัทผู้ผลิตและหรือผู้ขาย ในต่างประเทศกับบริษัทผู้นำเข้าในประเทศไทยนั้น ย่อมมีส่วนร่วมกันในการจัดทำข้อมูลพยานหลักฐาน ของประเทศไทยเกี่ยวกับสินค้าหรือของนำเข้าประเทศไทย ผู้เขียนมีข้อสังเกตต่อไปว่า ถ้าหากบุคคล กลุ่มดังกล่าวเล็งเห็นว่า การตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ศุลกากรและหน่วยงานศุลกากรของประเทศไทยนั้น จะไม่เป็นคุณและเกิดผลในทางลบต่อกลุ่มบริษัทหรือกลุ่มบุคคลส่วนที่เป็นผู้นำเข้าในประเทศไทย ดังนั้นกลุ่มบุคคลซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นหรือกรรมการดังกล่าวย่อมมีมูลเหตุจูงใจที่จะควบคุมหรือสร้างกลไก บังคับบริษัทผู้ผลิตและหรือผู้ขายในต่างประเทศเพื่อมิให้ความร่วมมือหรือสร้างไม่ให้ความร่วมมือ ไม่เต็มที่ต่อหน่วยงานรัฐของประเทศไทยผู้ผลิตในการส่งข้อมูลพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ราคาคำนวณ ให้แก่หน่วยงานรัฐของประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศผู้นำเข้า กรณีตามตัวอย่างนี้ จะนำไปสู่ผลเสีย ในบ้านปลาย คือ เจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากรของประเทศไทยจะไม่มีประสิทธิภาพ ในการกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” และจะไม่สามารถประเมินและบังคับจัดเก็บอากร ขาเข้าศุลกากรด้วยวิธีดังกล่าวนี้ ซึ่งจะกระทบต่อรายได้ของรัฐหรือประเทศไทยโดยตรง

นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในลักษณะอื่น ๆ ที่อาจเป็นความสัมพันธ์ที่มีผลต่อการ กำหนดราคาศุลกากรในกรณีดังต่อไปนี้ (1) บุคคลหนึ่งเป็นกรรมการหรือพนักงานซึ่งเป็นผู้บริหาร ในกิจการของอีกบุคคลหนึ่ง (2) บุคคลหนึ่งเป็นหุ้นส่วนเพื่อกระทำการกิจการร่วมกับอีกบุคคลหนึ่ง (3) บุคคลหนึ่งเป็นนายจ้างหรือลูกจ้างของอีกบุคคลหนึ่ง (4) บุคคลหนึ่งเป็นเจ้าของผู้ควบคุมหรือถือหุ้น ที่มีสิทธิออกเสียงในกิจการของอีกบุคคลหนึ่งตั้งแต่ร้อยละห้าของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียง ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม (5) บุคคลหนึ่งควบคุมอีกบุคคลหนึ่งไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม (6) บุคคลทั้งสองถูกควบคุมโดยบุคคลที่สามไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม (7) บุคคลทั้งสองร่วมกัน ควบคุมบุคคลที่สามไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม (8) บุคคลหนึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันกับ อีกบุคคลหนึ่ง อนึ่ง บุคคลที่มีอำนาจควบคุมตาม (4) (5) (6) และ (7) หมายถึง บุคคลที่มีอำนาจที่จะยับยั้ง

หรือสั่งการต่ออีกบุคคลหนึ่งในทางนิตินัยหรือพฤตินัยตามกฎหมายกระทรวงการกำหนดและการใช้ราคา
ศุลกากร พ.ศ. 2560⁹

ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่ผู้นำเข้าและผู้ผลิตและผู้ขายในต่างประเทศมีความสัมพันธ์กัน
และผู้ผลิตหรือผู้ขายดังกล่าวมีมูลเหตุจูงใจที่จะปกป้องมิให้ผู้นำเข้าถูกดำเนินคดีศุลกากรซึ่งเป็น
ความผิดอาญารวมอยู่ด้วยตามกฎหมายประเทศไทยย่อมเป็นกรณีที่ยากที่เจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงาน
ศุลกากรไทยจะตรวจสอบความจริงของโครงสร้างราคาหรือราคาที่แท้จริงแห่งของหรือสินค้านำเข้า
ภายใต้การปฏิบัติตามพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 (1) (จ) ประกอบ
กฎหมายว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 ที่บังคับว่า ให้กระทำบนพื้น
ฐานของข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชีที่ได้รับจากผู้ผลิตจากต่างประเทศ หรือผู้นำของเข้าใน
นามของผู้ผลิตดังกล่าว และที่บังคับว่า กรณีที่ผู้นำของเข้าหรือผู้ผลิตต่างประเทศไม่สามารถจัดส่ง
ข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชี ดังกล่าวได้ภายในเวลาอันสมควร ให้ถือว่าไม่อาจกำหนดราคา
ศุลกากรวิธีราคาคำนวณ¹⁰

นอกจากนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิและผู้เขียนเห็นร่วมกันว่า ในกรณีที่ผู้นำเข้าเป็นผู้จำหน่ายของที่นำเข้านั้น
แต่เพียงผู้เดียวในประเทศไทย เป็นธุรกิจการค้าในลักษณะผูกขาด (Monopoly) ผนวกรวมกับกรณี
ที่ผู้นำเข้าและผู้ผลิตและผู้ขายในต่างประเทศมีความสัมพันธ์กันดังกล่าว เจ้าหน้าที่ศุลกากรและหน่วยงาน
ศุลกากรไทยย่อมปฏิบัติหน้าที่กำหนดราคาศุลกากรตามวิธี “ราคาคำนวณ” ได้ยาก อนึ่ง ตลาดผูกขาด
(Monopoly) มีลักษณะดังต่อไปนี้

ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (Imperfectly Competitive Market) ตลาดผูกขาด (Monopoly) ¹¹	
ลักษณะสำคัญ	สาเหตุที่เกิดการผูกขาด
1. มีผู้ผลิตหรือผู้ขายรายเดียว	1. ผู้ผลิตหรือผู้ขายหลายรายรวมตัวกันผูกขาด การผลิตหรือการขาย
2. สินค้ามีลักษณะพิเศษไม่เหมือนใคร โดยไม่สามารถหาสินค้าอื่นมาทดแทน	2. รัฐออกกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมายให้เกิด การผูกขาดผู้ผลิตหรือผู้ขาย หรือรัฐอาจทำเอง หรือรัฐให้อำนาจเอกชนในลักษณะการสัมปทาน โดยอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ

⁹กฎหมายว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560, ข้อ 3.

¹⁰กฎหมายว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560, ข้อ 33.

ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (Imperfectly Competitive Market) ตลาดผูกขาด (Monopoly) ¹¹	
ลักษณะสำคัญ	สาเหตุที่เกิดการผูกขาด
3. ผู้ผูกขาดสามารถกีดกันไม่ให้ผู้อื่นเข้ามาผลิตแข่งขันได้ หรือลักษณะของการผลิตที่ทำให้ผู้ผลิตรายอื่นเข้ามาแข่งขันได้ยาก	3. เป็นการผลิตที่ใช้ทุนจำนวนมาก หรือมีขนาดการผลิตที่ใหญ่ เพื่อจะได้รับประโยชน์จากการประหยัดของขนาดการผลิต (Economies of Scale) กรณีนี้ ผู้ผลิตรายใหม่ต้องมีทุนสูง ดังนั้นจึงแข่งขันได้ยากหรือเป็นกิจการขนาดเล็กกว่าก็จะแข่งขันไม่ได้
4. ผู้ผูกขาดมีอำนาจกำหนดราคา	4. เป็นเจ้าของวัตถุดิบแต่ผู้เดียว ทำให้ผู้อื่นไม่สามารถผลิตสินค้าเพื่อเข้ามาแข่งขัน 5. การจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญา
ที่มา: ผู้ทรงคุณวุฒิ กรมสอบสวนคดีพิเศษ กระทรวงยุติธรรม	

ในกรณีตลาดผูกขาด (Monopoly) นี้ จะส่งผลให้เจ้าหน้าที่ตุลาการและหน่วยงานตุลาการของประเทศไม่มีข้อมูลโครงสร้างราคาสินค้าที่เป็นของที่เหมือนกันหรือของที่คล้ายกันที่ถูกส่งออกและหรือนำเข้าโดยผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าซึ่งเป็นเอกชนรายอื่น ๆ ในประเทศไทย ดังนั้น เจ้าหน้าที่ตุลาการและหน่วยงานตุลาการของประเทศไทยจึงไม่มีข้อมูลของของนำเข้าที่จะใช้เป็นของคู่เปรียบเทียบราคาตุลาการกับของที่กำลังถูกประเมินราคาตุลาการหรือถูกปฏิเสธราคาตุลาการ ในกรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ตุลาการและหน่วยงานตุลาการของประเทศไทยก็จะรวบรวมข้อมูลได้เพียงข้อมูลจากผู้ผลิตและหรือผู้นำเข้าซึ่งอาจมีความสัมพันธ์กันนั้น ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ข้อมูลจากผู้ผลิตและหรือผู้นำเข้าซึ่งอาจมีความสัมพันธ์กันในกรณีตลาดการผูกขาด (Monopoly) ในประเทศไทยนั้น เป็นข้อมูลที่อาจมีปัญหาเรื่องความน่าเชื่อถือของข้อมูล เพราะเหตุผลว่าผู้จัดทำข้อมูลพยานหลักฐานดังกล่าวนี้ คือ กลุ่มบุคคลผู้นำเข้าเอง จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียพิเศษ และเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงที่กำลังถูกตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่ตุลาการและหน่วยงานตุลาการเพื่อประเมินราคาตุลาการของประเทศไทยและอากรขาเข้าตุลาการ ประกอบกับเป็นข้อมูลที่เจ้าหน้าที่ตุลาการและหน่วยงานตุลาการของประเทศไทยยากที่จะตรวจสอบความจริงแห่งข้อมูลที่ถูกจัดทำขึ้นโดยกลุ่มบุคคลผู้นำเข้านั้น

¹¹อาธิ คุรุศากยวงศ์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม (Economic Industrial) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ซีเอ็ด-ยูเคชั่น (มหาชน), 2553), หน้า 81-84.

ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า หลักเกณฑ์การกำหนดราคาบุคลากรวิธี “ราคาคำนวณ” ในปัจจุบันเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ปฏิบัติผ่านหลายกระบวนการ เหตุผลเพราะจะต้องประสานงาน ข้อมูลข้ามหน่วยงานหลายหน่วยงานทั้งภายในและภายนอกประเทศไทย ได้แก่ หน่วยงานบุคลากร สังกัดกระทรวงการคลัง กรมสอบสวนคดีพิเศษสังกัดกระทรวงยุติธรรม และ สำนักงานอัยการ เป็นองค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หลักเกณฑ์การกำหนดราคาบุคลากรวิธี “ราคาคำนวณ” ในปัจจุบันจึงไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่เจ้าหน้าที่บุคลากรและหน่วยงานบุคลากรของประเทศไทยจะสามารถปฏิบัติตาม ได้โดยสะดวก ผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ ไม่สอดคล้องต่อหลักการบริหารจัดการเก็บภาษีอากร ที่ดี หรือ หลักความสะดวก¹² (Simplicity หรือ Convenience)¹³ ซึ่งพิจารณาในมุมมองของเจ้าหน้าที่ บุคลากรและหน่วยงานบุคลากร ทั้งนี้ หลักเกณฑ์การกำหนดราคาบุคลากรวิธี “ราคาคำนวณ” ที่ดีควรจะทำให้เจ้าหน้าที่บุคลากรและหน่วยงานบุคลากรสามารถนำไปใช้ปฏิบัติได้อย่างคล่องหรือไม่ ติดขัด¹⁴ เพื่อให้เกิดความแน่นอนในการอำนวยความสะดวกต่อประเทศไทยตามหลักการอำนวยความสะดวก (Income Growth)¹⁵ รายได้ของรัฐ (Public Revenue)¹⁶ กล่าวคือ จะต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่ก่อให้เกิดรายได้ ต่อรัฐเป็นจำนวนที่รัฐสามารถคาดการณ์ได้อย่างสม่ำเสมอซึ่งเป็นหลักการที่พิจารณาในมุมมองของรัฐ รายได้ของรัฐ (Public Revenue)¹⁶ คือ ผลรวมของภาษีอากรต้องเกิดขึ้นหรือมีอยู่อย่างสม่ำเสมอ

ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า ข้อดีของหลักเกณฑ์การกำหนดราคาบุคลากรวิธี “ราคาคำนวณ” ในปัจจุบัน คือ หากปฏิบัติได้จริง จะทำให้ได้ทราบข้อมูลต้นทุนที่แท้จริงของของหรือสินค้านำเข้า โดยผู้ผลิตสินค้านั้นโดยตรงและจะส่งผลให้การประเมินราคาบุคลากรและจัดเก็บอากรขาเข้าบุคลากร ได้ตามต้นทุนที่แท้จริงแห่งของนำเข้า แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่นำไปบังคับใช้ หรือนำไปปฏิบัติให้เกิดผลสำเร็จจริงได้ยาก กล่าวคือ ยากที่จะเกิดผลลัพธ์ไปสู่การกำหนดราคา บุคลากรวิธี “ราคาคำนวณ” เพื่อประเมินอากรขาเข้า บุคลากร ดังนั้น หลักเกณฑ์วิธี “ราคาคำนวณ” ในปัจจุบัน จึงยังไม่สอดคล้องต่อหลักการบริหารจัดการเก็บภาษีอากรที่ดี หรือ หลักการบังคับใช้ได้ (Enforceability) เหตุผลเพราะว่าหลักเกณฑ์วิธี “ราคาคำนวณ” เป็นหลักเกณฑ์ที่มีผลต่อการกำหนดจำนวนฐานภาษี

¹²วิทย์ ตันตยกุล, **กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร** (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528), หน้า 24-25.

¹³บุญธรรม ราชรักษ์, **ทฤษฎีภาษีอากร** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2558), หน้า 27.

¹⁴พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, **สะดวก** [Online], available URL: <https://dictionary.orst.go.th/>, 2565 (พฤษภาคม, 11).

¹⁵ปรีชา สุวรรณทัต, **วิชาธรรมศาสตร์ว่าด้วยการคลัง**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า30.

¹⁶อเนก เขียวถาวร, **การคลังรัฐบาล**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์น้ากั้งการพิมพ์, 2522), หน้า 170-171.

ของอากรขาเข้าสู่ศุลกากร ดังนั้น จึงเป็นมาตรการตามกฎหมายภาษีอากร และ ผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์วิธี “ราคาคำนวน” ในปัจจุบันควรได้รับการพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักการบริหาร จัดเก็บภาษีอากรที่ดี เพื่อให้สามารถนำไปบังคับใช้หรือปฏิบัติให้เกิดผลลัพธ์ได้จริงตามราคาที่แท้จริง แห่งของหรือสินค้านำเข้าและเพื่อให้เป็นหลักเกณฑ์ที่มีประสิทธิภาพสอดคล้องกับวิธีปฏิบัติทางการค้า

นอกจากนี้ ในกรณีที่หน่วยงานราชการของประเทศไทยขอความร่วมมือเกี่ยวกับข้อมูลดังกล่าว ไปยังรัฐบาลต่างประเทศหรือที่เรียกว่าประเทศซึ่งได้รับคำขอผู้เขียนและผู้ทรงคุณวุฒิบางท่าน มีข้อสังเกตร่วมกันว่าประเทศซึ่งได้รับคำขอนั้นเป็นสถานที่ตั้งแห่งสถานประกอบกิจการของผู้ผลิตและ เป็นผู้ขายสินค้าส่งออกมายังประเทศไทย ดังนั้น ประเทศซึ่งได้รับคำขอนั้นย่อมได้รับผลประโยชน์ ในรูปแบบของเงินค่าภาษีอากรจากเงินได้จากผู้ผลิตและเป็นผู้ขายสินค้าส่งออกซึ่งจะเป็นเงินรายได้ อย่างสม่ำเสมอให้แก่ประเทศซึ่งได้รับคำขอนั้น ประเทศซึ่งได้รับคำขอนั้นอาจเห็นว่าการให้ความร่วมมือ ตามคำขอนั้นจะกระทบความสัมพันธ์ด้านผลประโยชน์แบบพึ่งพากันและหรือจะกระทบการลงทุน ภายในประเทศที่รับคำขอนั้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลในแง่มุมดังกล่าวนี้จะเป็นมูลเหตุจูงใจ ที่ทำให้ประเทศที่รับคำขอนั้นจะไม่ให้ความร่วมมือ หรืออาจให้ความร่วมมือไม่เต็มที่ในการรวบรวม และส่งข้อมูลพยานหลักฐานให้แก่หน่วยงานราชการของประเทศไทย นอกจากนี้ ยังมีเหตุผลที่เป็น แง่มุมอื่นเพิ่มเติมคือ ประเทศที่รับคำขอนั้น อาจมีมูลเหตุจูงใจที่จะคุ้มครองคนสัญชาติตนเองด้วย ดังนั้น ประเทศที่รับคำขอนั้นอาจไม่ให้ความร่วมมือ หรือให้ความร่วมมือไม่เต็มที่ในการส่งข้อมูล พยานหลักฐานให้แก่หน่วยงานราชการของประเทศไทย

ดังนั้น หลักเกณฑ์การกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวน” ตามพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 (1) (จ) ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 ข้อ 33 ปัจจุบันจึงเป็นมูลเหตุที่ทำให้เกิดสภาพปัญหาที่เป็นผลกระทบต่อประสิทธิภาพ ในการประเมินราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวน” เพื่อการจัดเก็บอากรขาเข้าสู่ศุลกากรของประเทศไทย

ผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่ให้ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมว่า ในกรณีที่ผู้ผลิตและหรือผู้ขายในต่างประเทศ กับผู้นำเข้ามีความสัมพันธ์กัน และหน่วยงานศุลกากรมีเหตุอันควรสงสัยว่า “ราคาซื้อขายของที่นำเข้า” ที่ผู้นำเข้าสำแดงต่อเจ้าหน้าที่ศุลกากรและหน่วยงานศุลกากรของประเทศไทย จะเป็นกรณีที่กระทำไม่สุจริต เพื่อหลีกเลี่ยงอากรขาเข้าสู่ศุลกากร ไม่ว่าผู้ผลิตและหรือผู้นำเข้าดังกล่าวนี้จะเคยมีประวัติกระทำความผิดซ้ำ เกี่ยวกับการไม่ชำระอากรขาเข้าสู่ศุลกากรและหรือการชำระภาษีอากรประเภทใด ๆ โดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ของประเทศไทยหรือกฎหมายของต่างประเทศก็ตาม กรณีดังกล่าวนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิเห็นว่า สมควรเพิ่มเติม หลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ผู้นำเข้าที่มีความสัมพันธ์กับผู้ผลิตและหรือผู้ขายในต่างประเทศนั้นเป็นผู้มี หน้าที่จัดเตรียมรวบรวมข้อมูลต้นทุนของสินค้าของผู้ผลิตและหรือผู้ขายในต่างประเทศเพื่อให้ เจ้าหน้าที่ศุลกากรและหน่วยงานศุลกากรของประเทศไทยนำไปบังคับใช้เพื่อกำหนดราคาศุลกากร

วิธี “ราคาคำนวณ” ตัวอย่างเช่น บริษัทเอเอจำกัด คือ ผู้ผลิตสินค้าในต่างประเทศเพื่อส่งออก ส่วนบริษัท บีบีจำกัด คือ ผู้นำเข้าและขายสินค้าในประเทศไทยกลุ่มผู้ถือหุ้นและหรือกรรมการในบริษัทเอเอจำกัด เป็นผู้ถือหุ้นและหรือเป็นกรรมการกลุ่มเดียวกันกับบริษัทบีบีจำกัดโดยสามารถคิดคำนวณเป็นอัตรา ร้อยละ 90 ถึง 99 เปอร์เซนต์ ในกรณีเช่นนี้ ผู้ถือหุ้นและหรือกรรมการนั้นเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกันกับ บริษัทเอเอจำกัด บริษัทเอเอจำกัดและบริษัทบีบีจำกัดจึงเป็นนิติบุคคลที่จะต้องถูกควบคุมโดยบุคคล กลุ่มเดียวกัน ในกรณีเช่นนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิเห็นว่า ควรมีหลักเกณฑ์ที่บังคับบริษัทบีบีจำกัดให้มีหน้าที่ตาม กฎหมายศุลกากรของประเทศไทยในการจัดเตรียมข้อมูลโครงสร้างราคาแห่งสินค้านำเข้าจากบริษัท เอเอจำกัดเป็นการล่วงหน้าก่อนนำเข้า โดยที่รัฐบาลของประเทศผู้ผลิตจะต้องให้การรับรองข้อมูลนั้น เพื่อความถูกต้องและเพื่อความน่าเชื่อถือของข้อมูลราคาสินค้านั้นด้วย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการ ผ่าฝืนเงื่อนไขไม่ดำเนินการจัดเตรียมข้อมูลหลักฐาณดังกล่าวเป็นการล่วงหน้าและหรือเมื่อหน่วยงาน ศุลกากรของประเทศไทยร้องขอเช่นนี้ ให้ถือว่าเป็นการร่วมกันปกปิดข้อมูลและในกรณีเช่นนี้ควรเพิ่มเติม หลักเกณฑ์ที่เป็นสภาพบังคับ เช่น สภาพบังคับทางปกครอง หรือ ตัดสิทธิประโยชน์บางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เป็นกิจการธุรกิจของผู้นำเข้าที่มีลักษณะเป็นผู้ผลิตหรือผู้ขายรายเดียวในตลาดแข่งขัน ไม่สมบูรณ์ (Imperfectly Competitive Market) ภายในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นด้วยกับข้อเสนอแนะดังกล่าวนี้ นอกจากนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านให้ข้อเสนอแนะมาตรการทางปกครอง เช่น การพัก ใช้ใบอนุญาตเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่มีปัญหานั้นช่วงระยะเวลาหนึ่ง เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ผลิตหรือผู้ขายในต่างประเทศและผู้นำเข้าในประเทศไทยได้ร่วมกันกระทำความผิดทาง ภาษีอากรซ้ำ หรือร่วมกันกระทำความผิดอาญฐานอื่นที่ได้ส่งผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมาก หรือเกี่ยวกับการฟอกเงิน เป็นต้น ในกรณีดังกล่าวนี้ควรเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ที่ผลักดันมิให้กลุ่มบุคคล ดังกล่าวประกอบกิจการธุรกิจในประเทศไทยอีก มิฉะนั้น จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ที่ได้เสียอากรขาเข้าศุลกากรและพยายามปฏิบัติตามกฎหมายศุลกากรของประเทศไทยอย่างถูกต้อง จะไม่ได้รับความเป็นธรรม และที่สำคัญคือ เพื่อสร้างความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม เพื่อป้องกันภัย ความเสียหายประชาชน และสร้างภาพลักษณ์ที่ดีของประเทศไทย นอกจากนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่าน ให้ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมว่าในกรณีที่ผู้นำเข้ายังมีได้กระทำความผิดทางภาษีอากรเช่นนี้ไม่ควรกำหนด หลักเกณฑ์ที่เป็นบทลงโทษ และการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีบทลงโทษนั้นควรคำนึงถึงการดำเนินการลงโทษ ในประเทศไทยประกอบด้วยเนื่องจากประเทศไทยในปัจจุบันยังต้องการการลงทุนจากต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่จำเป็นต้องกำหนดสภาพบังคับหรือบทลงโทษก็ควรพิจารณาสภาพบังคับหรือ บทลงโทษที่มีลักษณะเป็นการลดสิทธิประโยชน์ มากกว่าการกำหนดสภาพบังคับหรือบทลงโทษในลักษณะ เป็นโทษทางอาญาเพราะผู้นำเข้าส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบสัมมาอาชีพและโดยส่วนใหญ่เป็นบุคคล ที่อาจมิใช่ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายศุลกากร

ในประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่า หากหลักเกณฑ์ตามกฎหมายศุลกากรของประเทศไทยสามารถเพิ่มหลักเกณฑ์ที่ทำให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรและหน่วยงานศุลกากรของประเทศไทยสามารถประเมินและบังคับจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรด้วยวิธี “ราคาคำนวน” เป็นผลสำเร็จได้ในทางปฏิบัติ ก็จะส่งผลทำให้เกิดความแน่นอนต่อรายได้ของประเทศไทยและเป็นหลักเกณฑ์ที่บังคับใช้ได้กับทุกรูปแบบตลาดของสินค้านำเข้า

พระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 (1) (จ) ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 ข้อ 33 มีเจตนารมณ์ที่จะให้เกิดความสอดคล้องกับความตกลงอาเซียนด้านศุลกากร ประกอบความตกลงในการนำมาตรา 7 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มาถือปฏิบัติดังจะเห็นได้จาก กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560¹⁷ ได้กำหนดว่า “บรรดากฎหมาย กฎ ระเบียบ คำพิพากษาของศาล และคำวินิจฉัยของส่วนราชการที่เกี่ยวกับการปฏิบัติโดยทั่วไป ซึ่งมีผลกระทบถึงความตกลงในการนำมาตรา 7 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มาถือปฏิบัติ และ กรมศุลกากรจะต้องประกาศให้ทราบโดยทั่วกัน”

ความตกลงอาเซียนด้านศุลกากรประกอบความตกลงในการนำมาตรา 7 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มาถือปฏิบัติได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลและพยานหลักฐานในการกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวน” ดังตารางต่อไปนี้

ข้อ	หลักเกณฑ์การกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวน” ตามความตกลงอาเซียนด้านศุลกากร ประกอบความตกลงในการนำมาตรา 7 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มาถือปฏิบัติ
1	ข้อมูลที่ผู้ผลิตจัดทำมาเพื่อให้เพื่อกำหนดราคาคำนวนตาม Article 6 อาจได้รับการตรวจพิสูจน์ยืนยัน ในอีกประเทศหนึ่ง โดยเจ้าหน้าที่รัฐของประเทศนำเข้าด้วยความยินยอมของผู้ผลิต และโดยมีข้อแม้ว่า เจ้าหน้าที่รัฐของประเทศนำเข้าได้แจ้งล่วงหน้าในเวลาพอสมควรต่อรัฐซึ่งเป็นประเทศผู้ผลิต และรัฐซึ่งเป็นประเทศผู้ผลิตไม่ขัดข้องในการตรวจพิสูจน์ ¹⁸

¹⁷ กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560, ข้อ 5.

¹⁸ Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Article 6, paragraph 2.

ข้อ	หลักเกณฑ์การกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” ตามความตกลงอาเซียนด้านศุลกากร ประกอบความตกลงในการนำมาตรา 7 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มาถือปฏิบัติ
2	ในกรณีที่ทั่วไปราคาศุลกากรจะถูกกำหนดขึ้นบนพื้นฐานของข้อมูลที่มีอยู่ในประเทศนำเข้า แต่อย่างไรก็ตาม ราคาคำนวณต้องตรวจสอบต้นทุนของการผลิตของที่กำลังถูกประเมินราคา ซึ่งจะได้รับข้อมูลมาจากนอกประเทศนำเข้า และนอกขอบเขตอำนาจเจ้าหน้าที่ของประเทศนำเข้า ¹⁹
3	ในกรณีที่ราคาคำนวณจะสามารถกำหนดได้สำเร็จ คือ กรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายมีความสัมพันธ์กัน และผู้ผลิต (ผู้ขาย) พร้อมทั้งจะจัดหาข้อมูลให้เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นประเทศนำเข้าและพิสูจน์ยืนยัน ²⁰
4	ต้นทุนหรือมูลค่า Article 6 ต้องถูกกำหนดขึ้นบนพื้นฐานของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการผลิตของที่กำลังถูกประเมินราคา และเป็นข้อมูลที่ถูกจัดหาให้รัฐโดยผู้ผลิตหรือในนามผู้ผลิต และเป็นข้อมูลที่มีฐานจากบัญชีทางการค้าของผู้ผลิต และโดยมีเงื่อนไขว่าบัญชีทางการค้าของผู้ผลิตต้องสอดคล้องกับหลักการบัญชีที่ใช้ในประเทศที่ผลิตของนั้น ²¹
5	ต้นทุนหรือมูลค่า Article 6 รวมถึงมูลค่าขององค์ประกอบตาม Article 8 paragraph 1 (b) (4) ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่กระทำขึ้นภายในประเทศนำเข้าจะนำมารวมได้ต่อเมื่อองค์ประกอบเหล่านั้นได้ถูกคิดมูลค่าจากผู้ผลิต ²²

¹⁹Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Note to Article 6, paragraph 1.

²⁰Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Note to Article 6, paragraph 1.

²¹Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Note to Article 6, paragraph 2.

²²Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Note to Article 6, paragraph 3.

ข้อ	หลักเกณฑ์การกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” ตามความตกลงอาเซียนด้านศุลกากร ประกอบความตกลงในการนำมาตรา 7 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มาถือปฏิบัติ
6	จำนวนของกำไรและค่าใช้จ่ายทั่วไปตาม Article 6 paragraph 1 (b) ต้องกำหนดบนพื้นฐานของข้อมูลที่ถูกจัดหามาให้โดยผู้ผลิตหรือในนามผู้ผลิต เว้นแต่ ตัวเลขของผู้ผลิตนั้นไม่สอดคล้องกับตัวเลขที่พึงคิดรวมตามปกติในการขายของประเภทหรือชนิดเดียวกันกับของที่กำลังถูกประเมินราคาซึ่งกระทำโดยผู้ผลิตรายต่าง ๆ ในประเทศส่งออกเพื่อการส่งออกไปยังประเทศนำเข้า ²³
7	กรณีตัวเลขแสดงกำไรและค่าใช้จ่ายทั่วไปของผู้ผลิตไม่สอดคล้องกับตัวเลขที่พึงคิดรวมอยู่ตามปกติในการขายของประเภทหรือชนิดเดียวกันกับของที่กำลังถูกประเมินราคาโดยเป็นตัวเลขที่พึงคิดรวมอยู่ตามปกติที่กระทำโดยผู้ผลิตรายต่าง ๆ ในประเทศผู้ส่งออกซึ่งส่งออกไปยังประเทศนำเข้า กรณีเช่นนี้ จำนวนกำไรและค่าใช้จ่ายทั่วไปอาจหาข้อมูลที่เกี่ยวข้องที่นอกเหนือไปจากที่ผู้ผลิตจัดหาให้ได้ ²⁴
8	กรณีที่ใช้ข้อมูลที่นอกเหนือไปจากที่ผู้ผลิตจัดหาให้เพื่อกำหนดราคาคำนวณ เจ้าหน้าที่ของประเทศนำเข้าต้องแจ้งแหล่งที่มาของข้อมูลนั้น (ข้อมูลดิบที่ใช้คำนวณบนพื้นฐานของข้อมูลดิบภายใต้บังคับ Article 10) และต้องแจ้งให้ผู้นำเข้าทราบ ²⁵
ที่มา: ตารางจัดทำโดยผู้เขียนจากข้อมูลกรมศุลกากร	

²³Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Note to Article 6, paragraph 4.

²⁴Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Note to Article 6, paragraph 5.

²⁵Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Note to Article 6, paragraph 6.

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า หลักเกณฑ์กำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” ความตกลงอาเซียน ด้านศุลกากร ประกอบความตกลงในการนำมาตรา 7 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มาถือปฏิบัติ, Article 6 และ Note to Article 6 paragraph 2 ถึง 6 ประกอบ Article 15 เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้หน่วยงานศุลกากรและเจ้าหน้าที่ศุลกากรมีหลายวิธีเป็นทางเลือกในการรวบรวมโครงสร้างราคาและรายการมูลค่าส่วนประกอบทั้งหมดแห่งของนำเข้าเพื่อกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” มากกว่าวิธีการตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 (1)(จ) ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 ข้อ 33 ในปัจจุบัน และความตกลงดังกล่าวนี้ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนเพียงพอที่ให้อำนาจหน้าที่แก่เจ้าหน้าที่ศุลกากรและหน่วยงานศุลกากรนำไปใช้บังคับเพื่อกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” ในการประเมินและจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรเป็นรายได้ของประเทศไทย

หลักเกณฑ์การกำหนดราคาศุลกากรในกฎหมายต่างประเทศที่ผู้เขียนนำเสนอเพื่อประกอบการศึกษา คือ หลักเกณฑ์ของสาธารณรัฐสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย เหตุผลเพราะว่าประเทศมาเลเซียเป็นประเทศอุตสาหกรรมใหม่ที่ใช้ระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเสรีเหมือนประเทศไทย และอีกเหตุผลที่สำคัญคือ ประเทศมาเลเซียตะวันตกมีพรมแดนทางบกและทางทะเลร่วมกับประเทศไทย และมีพรมแดนทางทะเลร่วมกันกับสาธารณรัฐสิงคโปร์ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า สาธารณรัฐสิงคโปร์และประเทศมาเลเซียเป็นประเทศที่อยู่ในเส้นทางการขนส่งระหว่างประเทศเดียวกันกับประเทศไทยมากที่สุด นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์และประเทศมาเลเซียมีความเจริญก้าวหน้าทัดเทียมกับกฎหมายของประเทศไทย ดังนั้น จึงเกิดประโยชน์ต่อการศึกษา อนึ่ง กฎหมายศุลกากรของประเทศมาเลเซีย ตามระเบียบราคาศุลกากร The Customs (Rules of Valuation) Regulations 1999 ของประเทศมาเลเซียได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับประเด็นปัญหานี้ ดังต่อไปนี้

“9 (2) (a) ต้นทุน ค่าบริการ และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในส่วนที่เกี่ยวกับหรือราคาของ (i) วัสดุที่ใช้ในการผลิตสินค้าที่ได้รับการประเมินราคาและ (ii) การผลิต หรือ การประมวลผลอื่น ๆ ของสินค้าที่ได้รับการประเมินราคากำหนดบนพื้นฐานของ (A) บัญชีการค้าของผู้ผลิตสินค้าที่ได้รับการประเมินราคา หรือ (B) ข้อมูลที่เพียงพออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการผลิตสินค้าที่ได้รับการประเมินราคาที่จัดหาโดยหรือในนามของผู้ผลิตสินค้าและจัดทำในลักษณะที่สอดคล้องกับหลักการบัญชีที่รับรองทั่วไปของประเทศที่ผลิตสินค้าที่ได้รับการประเมินราคา รวมถึงแต่ไม่จำกัดเฉพาะส่วนรวมของสิ่งที่กล่าวข้างต้น...”²⁶

“9 (4) จำนวนกำไรและค่าใช้จ่ายทั่วไปที่อ้างถึงในวรรค (2) (บี) ให้คำนวณเป็นเปอร์เซ็นต์และกำหนดบนพื้นฐานของข้อมูลที่เพียงพอที่จัดหาโดยหรือในนามของผู้นำเข้าสินค้าที่ได้รับการประเมิน

²⁶The Customs (Rules of Valuation) Regulations 1999, Section 9 (2) (a).

ราคา จัดทำในลักษณะที่สอดคล้องกับหลักการบัญชีที่รับรองทั่วไปของประเทศที่ผลิตสินค้าที่ได้รับการประเมินราคา”²⁷

“9 (5) เพื่อความมุ่งประสงค์ของระเบียบย่อย (4) ในกรณีที่ข้อมูลที่ให้โดยหรือในนามของผู้นำเข้าสินค้าที่ได้รับการประเมินราคาไม่เพียงพอ เจ้าหน้าที่ศุลกากรอาจทำการตรวจสอบการขายในกลุ่มที่แคบที่สุดในประเทศมาเลเซีย หรือช่วงของสินค้าประเภทหรือชนิดเดียวกันกับสินค้าที่ได้รับการประเมินราคาซึ่งข้อมูลที่เพียงพอสามารถได้รับตามความเห็นของเจ้าหน้าที่ศุลกากร”²⁸

ผู้เขียนเห็นว่า ตามระเบียบราคาศุลกากร The Customs (Rules of Valuation) Regulations 1999 ของประเทศมาเลเซียได้กำหนดหลักเกณฑ์บางส่วนที่เป็นข้อดีแตกต่างจากกฎหมายศุลกากรของประเทศไทย เหตุผลเพราะว่า หลักเกณฑ์ของประเทศมาเลเซียนั้นได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรและหน่วยงานศุลกากรของประเทศมาเลเซียมีหน้าที่และมีอำนาจอย่างชัดเจนให้หน่วยงานศุลกากรสามารถทำการตรวจสอบการขายในกลุ่มที่แคบที่สุดในประเทศมาเลเซียเอง หรือช่วงของสินค้าประเภทหรือชนิดเดียวกันกับสินค้าที่ได้รับการประเมินราคาซึ่งข้อมูลที่เพียงพอได้ตามความเห็นของเจ้าหน้าที่ศุลกากรในกรณีที่ข้อมูลที่ให้โดยหรือในนามของผู้ผลิตสินค้าที่ได้รับการประเมินราคาไม่เพียงพอ นอกจากนี้ ระเบียบราคาศุลกากร The Customs (Rules of Valuation) Regulations 1999 ของประเทศมาเลเซียกำหนดให้ดำเนินการกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” บนพื้นฐานของข้อมูลที่เพียงพอที่จัดหาโดยหรือในนามของผู้นำเข้าได้อีกด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ระเบียบดังกล่าวมิได้มีหลักเกณฑ์ที่จำกัดให้การกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” ให้กระทำเฉพาะบนพื้นฐานของข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชีที่ได้รับจากผู้ผลิตจากต่างประเทศ หรือผู้นำของเข้าในนามของผู้ผลิตดังกล่าวเท่านั้น และมีได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าในกรณีที่ผู้นำของเข้าหรือผู้ผลิตต่างประเทศไม่สามารถจัดส่งข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชี ดังกล่าวได้ภายในเวลาอันสมควร ให้ถือว่าไม่อาจกำหนดราคาศุลกากรตามหมวด 6 “ราคาคำนวณ” ดังเช่นกฎหมายศุลกากรของประเทศไทยปัจจุบัน

กฎหมายศุลกากรของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ตามกฎระเบียบราคาศุลกากร Customs Valuation Regulations 1997 (Revised Edition 2002) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับประเด็นปัญหานี้ ดังต่อไปนี้

“8 (3) ต้นทุน ค่าใช้จ่าย และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหรือราคาของวัสดุที่ใช้ในการผลิตสินค้าที่ได้รับการประเมินราคาและการผลิตหรือการประมวลผลอื่น ๆ ของสินค้าที่ได้รับการประเมินราคาจะกำหนดบนพื้นฐานของ

²⁷The Customs (Rules of Valuation) Regulations 1999, Section 9 (4).

²⁸The Customs (Rules of Valuation) Regulations 1999, Section 9 (5).

- (a) บัญชีการค้าของผู้ผลิตสินค้าที่ถูกประเมินราคา หรือ
- (b) ข้อมูลอื่นใดที่เพียงพอเกี่ยวกับการผลิตสินค้าที่ถูกประเมินราคาที่จัดหาโดยหรือในนามของผู้ผลิตสินค้าและจัดทำในลักษณะที่สอดคล้องกับหลักการบัญชีที่รับรองทั่วไปของประเทศที่ผลิตสินค้าที่ถูกประเมินราคา”²⁹

“8 (4) จำนวนกำไรและค่าใช้จ่ายทั่วไปที่อ้างถึงในวรรค (2) (b) ให้คำนวณเป็นเปอร์เซ็นต์และกำหนดบนพื้นฐานของข้อมูลที่ทำในลักษณะที่สอดคล้องกับหลักการบัญชีที่รับรองทั่วไปของประเทศที่ผลิตสินค้าที่ได้รับการประเมินราคาและที่จัดหา

- (a) โดยหรือในนามของผู้ผลิตสินค้าที่ประเมินราคาหรือ
- (b) ในกรณีที่ข้อมูลที่ให้โดยหรือในนามของผู้ผลิตสินค้าที่ได้รับการประเมินราคาไม่เพียงพอ การตรวจสอบการขายเพื่อส่งออกไปยังสิงคโปร์ของกลุ่มหรือช่วงที่แคบที่สุดของสินค้าประเภทหรือประเภทเดียวกันที่อ้างถึงใน วรรค (2) (b) ซึ่งข้อมูลที่เพียงพอ สามารถได้รับตามความเห็นของเจ้าหน้าที่ศุลกากร”³⁰

ผู้เขียนเห็นว่า กฎระเบียบราคาศุลกากร Customs Valuation Regulations 1997 (Revised Edition 2002) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้กำหนดหลักเกณฑ์บางส่วนที่เป็นข้อดีแตกต่างจากกฎหมายศุลกากรของประเทศไทย เหตุผลเพราะว่า หลักเกณฑ์ของสาธารณรัฐสิงคโปร์มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรและหน่วยงานศุลกากรของสาธารณรัฐสิงคโปร์มีหน้าที่และมีอำนาจอย่างชัดเจนเพื่อการตรวจสอบการขายเพื่อส่งออกไปยังสิงคโปร์ของกลุ่มหรือช่วงที่แคบที่สุดของสินค้าประเภทหรือประเภทเดียวกัน ซึ่งข้อมูลที่เพียงพอ นั้นสามารถรับได้ตามความเห็นของเจ้าหน้าที่ศุลกากร ในกรณีที่ข้อมูลที่ให้โดยหรือในนามของผู้ผลิตสินค้าที่ได้รับการประเมินราคาไม่เพียงพอ ทั้งนี้ หน่วยงานศุลกากรและเจ้าหน้าที่ศุลกากรสามารถนำข้อมูลหรือเอกสารหลักฐานจากประเทศอื่น ๆ รวมทั้ง ข้อมูลจากภายในสาธารณรัฐสิงคโปร์เองมารวมใช้เป็นข้อมูลเสริมเข้ากับข้อมูลของผู้ผลิตในการกำหนดราคาคำนวณ เพื่อจัดเก็บอากรศุลกากรขาเข้าของสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า กฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์มิได้กำหนดหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนว่า ในกรณีที่ผู้นำของเข้าหรือผู้ผลิตต่างประเทศไม่สามารถจัดส่งข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชีดังกล่าวได้ภายในเวลาอันสมควร ให้ถือว่าไม่อาจกำหนดราคาศุลกากรตามหมวด 6 “ราคาคำนวณ” ดังเช่นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายศุลกากรของประเทศไทยในปัจจุบัน

²⁹Customs Valuation Regulations 1997 (Revised Edition 2002), Section 8 (3).

³⁰Customs Valuation Regulations 1997 (Revised Edition 2002), Section 8 (4).

ในประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่า หากหลักเกณฑ์ตามกฎหมายไทยสามารถเพิ่มหลักเกณฑ์ที่ทำให้เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานศุลกากรสามารถประเมินและบังคับจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรด้วยวิธี “ราคาคำนวณ” เป็นผลสำเร็จได้ในทางปฏิบัติ ก็จะส่งผลทำให้เกิดความแน่นอนต่อรายได้ของรัฐหรือประเทศไทยและเป็นหลักเกณฑ์ที่บังคับใช้ได้ทางปฏิบัติกับทุกรูปแบบตลาดของสินค้านำเข้า

2. ข้อเสนอแนะ

แนวทางข้อเสนอแนะสำหรับการพัฒนามาตรการเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายในการปฏิบัติ ตามความตกลงอาเซียนด้านศุลกากรตามพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มีหลักสำคัญคือ แก้ไขบทบัญญัติการกำหนดราคาศุลกากรตามพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 ประกอบ กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 ให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ และเจตนารมณ์ของความตกลงอาเซียนด้านศุลกากรข้อ 20 ประกอบความตกลงในการนำมาตรา 7 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มาถือปฏิบัติ และสอดคล้องกับ แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับราคาศุลกากรยิ่งขึ้น โดยผู้เขียนเสนอแนะแก้ไขบทบัญญัติการกำหนดราคา ศุลกากรโดยวิธี “ราคาคำนวณ” ให้มีหลักเกณฑ์ที่เพิ่มประสิทธิภาพให้แก่หน่วยงานศุลกากรไทย เพื่อให้สามารถประเมินและบังคับจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรด้วยวิธี “ราคาคำนวณ” เป็นผลสำเร็จ ได้ในทางปฏิบัติ คือ ควรพิจารณาแก้ไข กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 หมวด 6 ข้อ 33 เดิมบัญญัติว่า “ข้อ 33 การกำหนดราคาศุลกากรตามหมวดนี้ ให้กระทำบนพื้นฐานของข้อมูล เอกสารหลักฐานหรือบัญชีที่ได้รับจากผู้ผลิตจากต่างประเทศ หรือ ผู้นำของเข้าในนามของผู้ผลิตดังกล่าว

ในกรณีที่ผู้นำของเข้าหรือผู้ผลิตต่างประเทศไม่สามารถจัดส่งข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือ บัญชีดังกล่าวได้ภายในเวลาอันสมควร ให้ถือว่าไม่อาจกำหนดราคาศุลกากรตามหมวดนี้ได้” แก้ไข ใหม่เป็น “ข้อ 33 การกำหนดราคาศุลกากรตามหมวดนี้ ให้กระทำบนพื้นฐานของข้อมูล เอกสาร หลักฐานหรือบัญชีที่ได้รับจากผู้ผลิตจากต่างประเทศ หรือผู้นำของเข้าในนามของผู้ผลิตดังกล่าว และ เป็นข้อมูลที่มีฐานจากบัญชีทางการค้าของผู้ผลิต และโดยมีเงื่อนไขว่าบัญชีทางการค้าของผู้ผลิตต้อง สอดคล้องกับหลักการบัญชีที่ใช้ในประเทศที่ผลิตของนั้น เว้นแต่ ตัวเลขของผู้ผลิตนั้นไม่สอดคล้องกับ ตัวเลขที่พึงคิดรวมตามปกติในการขายของประเภทหรือชนิดเดียวกันกับของที่กำลังถูกประเมินราคา ซึ่งกระทำโดยผู้ผลิตรายต่าง ๆ ในประเทศส่งออกเพื่อการส่งออกไปยังประเทศนำเข้า

กรณีตัวเลขแสดงกำไรและค่าใช้จ่ายทั่วไปของผู้ผลิตไม่สอดคล้องกับตัวเลขที่พึงคิดรวมอยู่ ตามปกติในการขายของประเภทหรือชนิดเดียวกัน กับของที่กำลังถูกประเมินราคาโดยเป็นตัวเลข

ที่พึงคิดรวมอยู่ตามปกติที่กระทำโดยผู้ผลิตรายต่าง ๆ ในประเทศผู้ส่งออกซึ่งส่งออกไปยังประเทศนำเข้า กรณีเช่นนี้ จำนวนกำไรและค่าใช้จ่ายทั่วไปหน่วยงานศุลกากรอาจหาข้อมูลที่เกี่ยวข้องที่นอกเหนือไปจากที่ผู้ผลิตจัดหาให้ได้

ในกรณีที่หน่วยงานศุลกากรได้รับข้อมูล เอกสารหลักฐานหรือบัญชีจากผู้ผลิตจากต่างประเทศ หรือผู้นำของเข้าในนามของผู้ผลิตดังกล่าวเพียงบางส่วน ให้หน่วยงานศุลกากรยังคงมีอำนาจการกำหนดราคาศุลกากรตามหมวดนี้ได้โดยกระทำร่วมกับข้อมูล เอกสารหลักฐานหรือบัญชีที่ได้รับจากหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือผู้ผลิตจากต่างประเทศรายอื่น หรือผู้นำของเข้าในนามของผู้ผลิตรายอื่น ซึ่งเป็นแหล่งข้อมูลที่ทำขึ้นโดยมีเงื่อนไขว่าข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชีทางการค้าของผู้ผลิตต้องสอดคล้องกับหลักการบัญชีที่ใช้ในประเทศที่ผลิตของนั้น

กรณีที่ใช้ข้อมูลที่นอกเหนือไปจากที่ผู้ผลิตจัดหาให้เพื่อกำหนดราคาคำนวณ หน่วยงานศุลกากรต้องแจ้งแหล่งที่มาของข้อมูลนั้น ให้ผู้นำของเข้าทราบ

ในกรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายมีความสัมพันธ์กัน ผู้ผลิตหรือผู้ขายและผู้ซื้อต้องพร้อมที่จะจัดหาข้อมูลให้หน่วยงานศุลกากรพร้อมทั้งพิสูจน์ยืนยันข้อมูลด้วย”

ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขตามหลักเกณฑ์ใหม่จะทำให้หน่วยงานศุลกากรไทยกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” ได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยสามารถกระทำบนพื้นฐานของข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชีที่ได้รับจากผู้ผลิตจากต่างประเทศ หรือผู้นำของเข้าในนามของผู้ผลิต หรือกระทำบนพื้นฐานของข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชีที่ได้รับจากแหล่งข้อมูลอื่นนอกเหนือจากผู้ผลิตจากต่างประเทศหรือผู้นำของเข้าในนามของผู้ผลิตดังกล่าวก็ได้ และผู้เขียนเห็นว่าจะทำให้ผู้นำของเข้าหรือผู้ผลิตต่างประเทศเกิดความพยายามที่จะจัดส่งข้อมูล เอกสารหลักฐาน หรือบัญชีดังกล่าวให้แก่หน่วยงานศุลกากรไทยได้ภายในเวลาอันสมควรเพื่อรักษาสีทธิและผลประโยชน์ของผู้นำของเข้าหรือผู้ผลิตต่างประเทศนั่นเอง นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ใหม่จะไม่กำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่าหน่วยงานศุลกากรไทยไม่อาจกำหนดราคาศุลกากรตามหมวดการกำหนด “ราคาคำนวณ” ดังนั้นหน่วยงานศุลกากรจึงยังคงมีอำนาจการกำหนดราคาศุลกากรวิธี “ราคาคำนวณ” ได้ตามข้อมูลหลักฐานจากแหล่งอื่นทั้งนี้หลักเกณฑ์ใหม่นี้จะเพิ่มความสอดคล้องกับหลักการบริหารจัดการเก็บภาษีอากรที่ดีและความตกลงอาเซียนด้านศุลกากรประกอบความตกลงในการนำมาตรา 7 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มาถือปฏิบัติอีกด้วย

3. ปัญหาทบัญญัติการกำหนดราคาศุลกากรในกรณีอื่นตามพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560

การกำหนดราคาศุลกากรตามพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 ในปัจจุบันยังมีสภาพปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามความตกลงด้านศุลกากรของประชาคมอาเซียนเกี่ยวกับราคาศุลกากรในกรณีอื่นอีก ดังต่อไปนี้

3.1 ปัญหาทบัญญัติการกำหนดราคาศุลกากรโดยวิธี “ราคาซื้อขายของที่นำเข้า”

เป็นกรณีที่พระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 (1) (ก) ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 หมวด 2 ข้อ 13 (2) มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดขั้นตอนวิธีการที่ชัดเจนเพื่อให้ผู้นำเข้าปฏิบัติและเพื่อให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรและหน่วยงานศุลกากรสามารถรับรู้และตรวจสอบได้ว่าโครงสร้างราคาแห่งของนำเข้านั้นได้มีการกำหนดมูลค่าและการสำแดงมูลค่าองค์ประกอบแม่พิมพ์ แบบพิมพ์และของที่คล้ายกันที่ใช้ในการผลิตของนำเข้านั้นจริงหรือไม่ ตามหลักเกณฑ์อย่างไร ดังนั้น หลักเกณฑ์ในปัจจุบันจึงยังเป็นมูลเหตุที่ทำให้กระทบต่อความแน่นอนในการจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรของประเทศไทย และกระทบต่อความเป็นธรรมต่อประชาชนที่เป็นผู้นำเข้าที่เสียอากรขาเข้าศุลกากรโดยสำแดงหรือแสดงมูลค่าองค์ประกอบแม่พิมพ์ แบบพิมพ์และของที่คล้ายกันที่ใช้ในการผลิตของนำเข้านั้นอย่างชัดเจนด้วย หลักเกณฑ์ในปัจจุบันทำให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรมีอาจจะรับรู้ได้ว่าราคาศุลกากรซึ่งผู้นำเข้าได้สำแดงไว้นั้นได้รวมมูลค่าองค์ประกอบแม่พิมพ์แบบพิมพ์ และของที่คล้ายกันที่ใช้ในการผลิตของนำเข้านั้นแล้วหรือไม่อย่างไร ดังนั้น หลักเกณฑ์ปัจจุบันจึงมีช่องว่างแห่งการบังคับและตรวจสอบมูลค่าองค์ประกอบดังกล่าวนี้และทำให้ผู้นำเข้าที่สำแดงราคาศุลกากรโดยไม่รวมมูลค่าองค์ประกอบดังกล่าวนี้เสียอากรขาเข้าศุลกากรน้อยกว่าความเป็นจริง ทำให้รัฐได้รับภาษีน้อยกว่าที่ควรได้รับตามความเป็นจริงด้วย

3.2 ปัญหาทบัญญัติการกำหนดราคาศุลกากรด้วยหลักเกณฑ์ “เวลาใกล้เคียงกัน”

เป็นกรณีที่พระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 (1) (ก) ถึง (จ) ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 หมวด 2 ถึงหมวด 6 ตามข้อ 18 บรรค 2, ข้อ 22 บรรค 1 (1) ข้อ 23 ข้อ 26 และ ข้อ 28 บรรค 3 เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่า “เวลาใกล้เคียงกัน” คือ ภายในระยะเวลา 30 วัน ก่อนหรือหลังการส่งออกของของที่นำเข้างดกล่าว หลักเกณฑ์ดังกล่าวก่อให้เกิดสภาพปัญหาในการปฏิบัติของหน่วยงานศุลกากร เหตุผลเพราะว่า ในกรณีที่ถึงแม้ว่าสินค้าหรือของนำเข้าจะมีลักษณะเหมือนกันทุกด้านกับสินค้าหรือของนำเข้าที่ถูกปฏิเสธราคาก็ตาม

แต่ถ้าหากสินค้าหรือของนำเข้าจะมีลักษณะเหมือนกันทุกด้านดังกล่าวนั้นถูกส่งออกและเป็นของนำเข้าเกินระยะเวลา 30 วัน ก่อนหรือหลังการส่งออกของของที่นำเข้าที่ถูกปฏิเสธราคานั้น สินค้าหรือของนำเข้าดังกล่าวนี้จะไม่ถือว่าเป็น “ของที่เหมือนกัน” ตามกฎหมายศุลกากรในปัจจุบัน ดังนั้น ผลทางกฎหมายศุลกากรในปัจจุบัน คือ เจ้าหน้าที่ศุลกากรและหน่วยงานศุลกากรโดยเจ้าหน้าที่ศุลกากรจะไม่สามารถนำราคาของสินค้าหรือของนำเข้าจะมีลักษณะเหมือนกันทุกด้านนั้นมาใช้ประเมินเป็นราคาศุลกากรเพื่อคำนวณอากรขาเข้าแทนที่ราคาซื้อขายของที่นำเข้าซึ่งถูกปฏิเสธนั้นเพื่อนำไปสู่การจัดเก็บอากรขาเข้าตามราคาที่แท้จริงแห่งของนำเข้า เพราะเหตุผลว่ากรณีไม่เข้าเงื่อนไขเรื่อง “เวลาใกล้เคียงกัน” ตามกฎหมายปัจจุบันดังกล่าวนี้ ในกรณีนี้เป็นสภาพปัญหาที่ส่งผลเสียหายโดยตรงต่อการบังคับจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรของประเทศไทย ในกรณีปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่า ระยะเวลา 30 วัน เป็นการกำหนดช่วงระยะเวลาของหลักเกณฑ์ “เวลาใกล้เคียงกัน” ไว้อย่างไม่สอดคล้องกับวิธีปฏิบัติในทางการค้าของผู้นำเข้าสินค้าแต่ละประเภทหรือกลุ่มตามสภาพความเป็นจริง เหตุผลเพราะว่าหลักเกณฑ์ในปัจจุบันได้กำหนดระยะเวลาอย่างคงที่ตายตัวโดยที่ไม่มีข้อยกเว้นใดที่จะแสดงว่ามีการคำนึงถึงสภาพกลไกรตลาดของสินค้าหรือหลักการทางเศรษฐศาสตร์สำหรับสินค้าหรือของบางกลุ่มหรือบางประเภทที่เป็นของผลิตในโครงสร้างราคาเดียวกันหรือในวงรอบเดียวกันแต่นำเข้าต่างวาระกัน

3.3 ปัญหาบทบัญญัติการกำหนดราคาศุลกากรด้วยหลักเกณฑ์การปรับราคาศุลกากรโดย “การคำนึงถึงระดับการค้า หรือปริมาณการค้าของของนำเข้าที่เหมือนกันหรือคล้ายกัน”

เป็นกรณีที่พระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 (1) (ก) ถึง (ฉ) ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560 หมวด 3 ข้อ 22 บรรค 2 ประกอบหมวด 4 ข้อ 26 เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดกระบวนการปรับราคาของ ของหรือสินค้านำเข้าโดยการกำหนดบทบาทให้เอกชนผู้นำเข้าเป็นหลักในการแสดงหลักฐานต่อหน่วยงานศุลกากรเพื่อการปรับปรุงราคาในการสำแดงราคาศุลกากรต่อหน่วยงานศุลกากร หรือเพื่อการปรับราคาศุลกากรของสินค้าหรือของที่กำลังถูกประเมินให้เป็นไปตามระดับการค้าและปริมาณการค้าโดยหน่วยงานศุลกากร ในปัจจุบันหลักเกณฑ์ดังกล่าวมิได้เป็นบทบัญญัติบังคับอย่างชัดเจนที่กำหนดให้ปรับราคาโดยพิจารณาจากหลักฐานที่หน่วยงานศุลกากรรวบรวมได้จากแหล่งอื่นที่นอกเหนือจากหลักฐานที่ผู้นำของเข้านำมาแสดง ดังนั้น เจ้าหน้าที่ศุลกากรหรือหน่วยงานศุลกากรจึงไม่อยู่ในบังคับอย่างชัดเจนที่จะต้องปรับราคา ในกรณีที่ผู้นำของเข้ามิได้นำหลักฐานมาแสดง ทั้งนี้ หนังสือแจ้งการประเมินของหน่วยงานศุลกากรในปัจจุบันมิได้ปรากฏข้อมูลเรื่องการปรับราคาศุลกากรโดยพิจารณาหรือคำนึงถึง “ระดับการค้า” หรือ “ปริมาณการค้า” ของของนำเข้าเลย สภาพปัญหาเช่นนี้กระทบต่อความแน่นอนและความเป็นธรรม

ในการกำหนดราคาบุคลากรและการบังคับจัดเก็บอากรขาเข้าบุคลากรของไทย นอกจากนี้ สภาพปัญหาในการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในปัจจุบัน คือ เอกชนผู้นำเข้าของหรือสินค้ารายหนึ่งย่อมมีโอกาสเข้าถึงข้อมูลความสัมพันธ์ระหว่างราคาสินค้ากับระดับการค้าหรือปริมาณการค้าของเอกชนรายอื่น ๆ ที่ได้นำเข้าของที่เหมือนกันหรือของที่คล้ายกัน เนื่องจากข้อมูลนั้นย่อมเป็นความลับทางการค้าของเอกชนรายอื่น ๆ ประกอบกับในกรณีที่เอกชนผู้นำเข้านั้นจัดทำข้อมูลขึ้นเอง เพื่อปรับราคาบุคลากร อันจะมีผลให้อากรขาเข้าลดลง ก็จะมีปัญหาเรื่องความน่าเชื่อถือของข้อมูล เหตุผลเพราะว่าผู้นำเข้าเป็นผู้จัดทำข้อมูลขึ้นเองและเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง

3.4 ปัญหาบทบัญญัติการกำหนดราคาบุคลากรโดยวิธี “ราคาย้อนกลับ”

เป็นกรณีที่พระราชบัญญัติบุคลากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 16 (1) (ก) ถึง (ฉ) ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาบุคลากร พุทธศักราช 2560 ข้อ 35 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่บุคลากรและหน่วยงานบุคลากรดำเนินการบังคับใช้ในการกำหนดราคาบุคลากรวิธี “ราคาย้อนกลับ” ว่าให้เจ้าหน้าที่บุคลากรนำหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการใช้และการกำหนดราคาตามหมวด 2 ถึงหมวด 6 มาใช้ตามลำดับโดยผ่อนปรนหรือผ่อนผัน หลักเกณฑ์วิธีการและการกำหนดราคาดังกล่าวอย่างสมเหตุสมผล หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติต่อเจ้าหน้าที่บุคลากรหรือหน่วยงานบุคลากรในการกำหนดราคาบุคลากรด้วยวิธี “ราคาย้อนกลับ” นั้น โดยเป็นปัญหาว่าเจ้าหน้าที่บุคลากรแต่ละแห่งที่ประจำอยู่ในแต่ละด่านบุคลากรในประเทศไทยจะยึดหยุ่นหลักเกณฑ์วิธี “ราคาย้อนกลับ” ซึ่งผู้เขียนแบ่งย่อยเป็น 79 หลักเกณฑ์นั้นอย่างไรจึงจะเป็นมาตรฐานเดียวกันเพื่อความเป็นธรรมสำหรับผู้นำเข้าสินค้าทุก ๆ รายของไทย ดังนั้น การประเมินวิธีราคาย้อนกลับต่อผู้นำเข้าแต่ละรายจึงมีความแตกต่างกันและมีผลทำให้ราคาบุคลากรแตกต่างกันด้วย และจำนวนอากรขาเข้าจะแตกต่างกันด้วยตามลำดับ ทั้งนี้ ความแตกต่างดังกล่าวเป็นผลมาจากปัญหาการไม่มีมาตรฐานที่ชัดเจนแน่นอนสำหรับการใช้ดุลพินิจยึดหยุ่นหลักเกณฑ์วิธี “ราคาย้อนกลับ” 79 หลักเกณฑ์ต่อประชาชนผู้นำเข้าแตกต่างกันจึงกระทบต่อความเป็นธรรมของประชาชนผู้นำเข้า

3.5 ปัญหาบทบัญญัติวิธีการหรือเพื่อกำหนดราคาบุคลากร

เป็นกรณีที่พระราชบัญญัติบุคลากร พุทธศักราช 2560 มาตรา 18 ประกอบประกาศกรมบุคลากร ที่ 38/2558 เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดบทบาทหน่วยงานบุคลากรให้เป็นผู้อนิจจยราคาบุคลากรและคำวินิจฉัยราคาบุคลากรนั้นมีผลบังคับผูกพันเป็นระยะเวลายาวนาน 2 ปี ทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้นหลักเกณฑ์ส่วนนี้ทำให้เกิดสภาพปัญหาเมื่อในเวลาต่อมาภายหลังจากมีคำวินิจฉัยนั้น ราคาบุคลากรตามคำวินิจฉัยนั้นไม่สอดคล้องกับราคาต้นทุนสินค้าที่อาจแปรเปลี่ยนไปตามโครงสร้างราคาสินค้าใหม่

ที่จะนำเข้าในอนาคต หรือจะไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงตามการปฏิบัติในทางการค้าที่ต้นทุนสินค้าบางกลุ่ม บางประเภทอาจมีการปรับขึ้นลงผันผวนไปตามช่วงระยะเวลาตามฤดูกาลหรือตามกลไกตลาด ในภายหลังจากที่หน่วยงานศุลกากรได้มีคำวินิจฉัยนั้น แต่คำวินิจฉัยนั้นยังคงมีผลบังคับผูกพันทุกกรณี โดยไม่มีข้อยกเว้นใด ดังนั้น ผลกระทบต่อผู้นำเข้า คือ ทำให้การนำเข้าจริงในอนาคต ผู้นำเข้าจะต้องสำแดงหรือถูกประเมินราคาศุลกากรที่ไม่เป็นไปตามมูลค่าที่แท้จริงในขณะที่นำเข้าจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีสินค้าบางประเภทหรือบางกลุ่มที่ต้นทุนสินค้าบางกลุ่มบางประเภทนั้น อาจมีการปรับขึ้นลงผันผวนไปตามช่วงระยะเวลาตามฤดูกาลหรือตามกลไกตลาด ดังนั้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะทำให้ผู้นำเข้าของหรือสินค้าบางกรณีนั้นจะต้องเสียอากรขาเข้าอย่างไม่สอดคล้องและไม่เป็นไปตามมูลค่าที่แท้จริง ซึ่งเป็นผลกระทบโดยตรงต่อผู้นำเข้า

ผู้เขียนเห็นว่า การขัดหรือลดปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามความตกลงด้านศุลกากรของประชาคมอาเซียนเกี่ยวกับราคาศุลกากรในกรณีดังกล่าวนี้ สามารถกระทำได้โดยการพัฒนาหลักเกณฑ์การกำหนดราคาศุลกากรตามพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ของความตกลงอาเซียนด้านศุลกากรประกอบความตกลงในการนำมาตรา 7 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 มาถือปฏิบัติ หรือ Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 เพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ เรื่องราคาศุลกากรควรยึดหลักความสอดคล้องกับวิธีปฏิบัติในทางการค้า เรื่องเพื่อความเป็นรูปแบบเดียวกันมากยิ่งขึ้นในการนำไปปฏิบัติ เรื่องเพื่อความแน่นอนมากยิ่งขึ้นในการนำไปปฏิบัติ และเรื่องเพื่อต้องมีระบบการประเมินราคาศุลกากรที่มีความเป็นธรรม เป็นต้น เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและความเป็นธรรมในการกำหนดราคาศุลกากรสำหรับการจัดเก็บอากรขาเข้าศุลกากรของประเทศไทย

บรรณานุกรม

- บุญธรรม ราชรักษ์. **ทฤษฎีภาษีอากร**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2558.
- ปรีชา สุวรรณทัต. **วิชาธรรมศาสตร์ว่าด้วยการคลัง**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. **สะดวก** [Online]. Available URL: <https://dictionary.orst.go.th/>, 2565 (พฤษภาคม, 11).
- วิทย์ ตันตยกุล. **กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528.
- อเนก เขียวถาวร. **การคลังรัฐบาล**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์น้ำกิงการพิมพ์, 2522.
- อาธิ ครุศากยวงศ์. **เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม (Economic Industrial)**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ซีเอ็ดยูเคชั่น (มหาชน), 2553.
- กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดและการใช้ราคาศุลกากร พุทธศักราช 2560.
- Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994.
- Customs Valuation Regulations 1997 (Revised Edition 2002).
- The Customs (Rules of Valuation) Regulations 1999.

หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัว

วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัว* Social Protection Principle in Non-custodial Measures

วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์**
Wiwat Damrongkulnan

บทคัดย่อ

มาตรการไม่ควบคุมตัว (non-custodial measures) เป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมขึ้น เนื่องจากเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ต้องถูกคุมขัง ผู้กระทำความผิดย่อมมีโอกาส (มากยิ่งขึ้น) ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ๆ ในสังคม ตลอดจนมีโอกาส (มากยิ่งขึ้น) ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยการที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำ (recidivism) ดังนั้น มาตรการไม่ควบคุมตัวจึงควรอย่างยิ่งที่จะต้องเข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคม (public safety) จากการประกอบอาชญากรรมตามหลักป้องกันสังคม (social protection principle) บทความนี้ได้ทำการค้นคว้าเพื่อหาข้อมูล 1) แนวคิดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคม 2) หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามมาตรฐานระหว่างประเทศ และ 3) หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามกฎหมายไทย โดยได้ดำเนินการค้นคว้าจากเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง (documentary research)

คำสำคัญ: หลักป้องกันสังคม, ความปลอดภัยของสังคม, มาตรการไม่ควบคุมตัว

*บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกเพื่อป้องกันสังคม” โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ศาสตราจารย์ ดร.คนพล จันทน์หอม.

This article is a part of dissertation, “Suspension of the Determination and Suspension of the Execution of Imprisonment Measures to Protect Society.” This dissertation are in the process of studying. Professor Dr.Kanaphon Chanhom is an advisor.

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

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

วันที่รับบทความ (received) 5 ตุลาคม 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 24 พฤศจิกายน 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 28 พฤศจิกายน 2565.

Abstract

Non-custodial measures are a factor that increases crime rates. This is because when criminals are not in a custody, they have a (higher) chance to harm others in the society as well as disrupt the harmony of the society by recidivism. Therefore, according to social protection principle, the non-custodial measures should significantly have a vital role in developing society safety from crimes. Thus, this article aims to investigate 1) concepts of social protection principle, 2) social protection principle in non-custodial measures according to international standards, and 3) social protection principle in non-custodial measures under Thai law. This study employed the documentary research for data collection and analysis.

Keywords: social protection principle, public safety, non-custodial measures

1. บทนำ

“ความปลอดภัยของสังคม” (public safety) คือหัวใจของ “หลักป้องกันสังคม” (social protection principle) เป็นสิ่งที่มนุษย์ในสังคมประสงค์ให้เกิดขึ้นและดำเนินไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งความปลอดภัยของสังคมจากการประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ

ความปลอดภัยของสังคมจากการประกอบอาชญากรรม คือ “ความเสี่ยง” (risk) ที่เกิดขึ้นจากปัจจัยหลากหลายด้าน อาทิ ด้านเศรษฐกิจ ด้านอุตสาหกรรม ด้านเทคโนโลยี ด้านการศึกษา ด้านการเมือง รวมตลอดถึงด้านกฎหมาย ฯลฯ กล่าวโดยเฉพาะ ในส่วนของปัจจัยด้านกฎหมาย “มาตรการไม่ควบคุมตัว” (non-custodial measures) เป็นปัจจัยย่อยที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมขึ้น เนื่องจากเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ต้องถูกคุมขัง ผู้กระทำความผิดย่อมมีโอกาส (มากยิ่งขึ้น) ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ๆ ในสังคม ตลอดจนมีโอกาส (มากยิ่งขึ้น) ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยการที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำ (recidivism) เช่นนี้แล้ว มาตรการไม่ควบคุมตัวจึงควรอย่างยิ่งที่จะต้องเข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคมจากการประกอบอาชญากรรมตามหลักป้องกันสังคม

ในบทความนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษา “หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัว” แบ่งออกเป็น 3 หัวข้อใหญ่ ได้แก่ หัวข้อที่ 2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคม หัวข้อที่ 3 หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามมาตรฐานระหว่างประเทศ และหัวข้อที่ 4 หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามกฎหมายไทย โดยแต่ละหัวข้อมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2. แนวคิดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคม

การศึกษาแนวคิด (concept) หรือความคิดซึ่งเป็นแนวที่จะดำเนินต่อไปของหลักป้องกันสังคม จะช่วยให้เข้าใจหลักป้องกันสังคมได้ดีขึ้นหรือมากขึ้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษา “แนวคิดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคม” แบ่งออกเป็น 2 หัวข้อย่อย ได้แก่ หัวข้อที่ 2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมทั่ว ๆ ไป และหัวข้อที่ 2.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมในกฎหมาย โดยแต่ละหัวข้อย่อยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมทั่ว ๆ ไป

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายของคำว่า “เสี่ยง” หรือ “ความเสี่ยง” (risk) ไว้ ใจความว่า มีโอกาสที่จะได้รับความทุกข์หรืออันตราย¹

¹สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [Online], available URL: <https://dictionary.orst.go.th>, 2565 (เมษายน, 5).

ความเสี่ยงเป็นมโนทัศน์เกี่ยวกับการนึกคะเนถึงผลที่เป็นความทุกข์หรือภัยอันตรายของเหตุการณ์ไวล่วงหน้า ซึ่งสุดท้ายแล้วผลของเหตุการณ์นั้นอาจจะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเสี่ยงคือสถานะของโลกที่เกิดการบรรจบกันระหว่างความไม่แน่นอนของผลที่จะเกิดขึ้นกับความวิตกกังวลต่อผลที่จะเกิดขึ้น²

บ่อเกิดของความเสี่ยงมาจากทั้งปรากฏการณ์ทางธรรมชาติและการกระทำของมนุษย์³ ตัวอย่างความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ เช่น ความเสี่ยงจากการที่ฝนตกหนักแล้วเกิดอุทกภัยขึ้นในหมู่บ้านส่งผลให้ทรัพย์สินของประชาชนในหมู่บ้านได้รับความเสียหาย ตัวอย่างความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์ เช่น ความเสี่ยงจากการที่มนุษย์สร้างโรงไฟฟ้านิวเคลียร์แล้วเกิดการรั่วไหลของกัมมันตภาพรังสีส่งให้ประชาชนที่อาศัยอยู่บริเวณรอบโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ป่วยเป็นโรคมะเร็ง

ความเสี่ยงในสังคมแต่ละยุคมีความแตกต่างกันทั้งในแง่จำนวนและความร้ายแรง นอกจากนี้ทัศนคติของมนุษย์ในสังคมแต่ละยุคที่มีต่อความเสี่ยงก็มีความแตกต่างกันด้วยเช่นเดียวกัน กล่าวโดยขยายความ ในมุมมองทางสังคมวิทยา (sociology) แอนโธนี กิดเดนส์ (Anthony Giddens) นักสังคมวิทยาชาวอังกฤษได้แบ่งสังคมตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันออกเป็น 3 ยุคใหญ่ ๆ ได้แก่ 1) สังคมยุคดั้งเดิมหรือยุคก่อนสมัยใหม่ (traditional/pre-modern society) 2) สังคมยุคอุตสาหกรรมหรือยุคสมัยใหม่ (industrial/modern society) และ 3) สังคมยุคสมัยใหม่ที่มีความก้าวหน้าอย่างเต็มที่หรือยุคสมัยใหม่ช่วงหลัง (high/late modern society)⁴ ทั้งนี้ ในแง่จำนวนและความร้ายแรงของความเสี่ยง สังคมยุคก่อนสมัยใหม่จะมีน้อยกว่าสังคมยุคสมัยใหม่ และสังคมยุคสมัยใหม่จะมีน้อยกว่าสังคมยุคสมัยใหม่ช่วงหลัง สาเหตุที่เป็นเช่นนั้นเนื่องจากจำนวนและความร้ายแรงของความเสี่ยงมีความสัมพันธ์และผันแปรไปตามความทันสมัยหรือสถานะสมัยใหม่ (modernity) ของสังคม ยิ่งสังคมมีความทันสมัยมากขึ้นเท่าใดจำนวนและความร้ายแรงของความเสี่ยงก็ยิ่งมีมากขึ้นเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง พลวัตของสังคมเป็นตัวประกอบสร้างความเสี่ยงให้เพิ่มจำนวนและความร้ายแรงมากยิ่งขึ้น ยกตัวอย่างเช่น สังคมยุคก่อนสมัยใหม่ความเสี่ยงส่วนใหญ่เกิดขึ้นจากปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ อาทิ ความเสี่ยงจากवादภัย อุทกภัย ธรณีภัย และอัคคีภัย ความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์มีไม่มากนัก ส่วนสังคม

²เชษฐา พวงหัตถ์, “สถานะสมัยใหม่และความเสี่ยง: มุมมองทางสังคมวิทยา,” วารสารวิชาการคณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ 12, 1 (มิถุนายน 2559): 18; Eugene A. Rosa, “Metatheoretical Foundations for Post-normal Risk,” *Journal of Risk Research* 1, 1 (January 1998): 15-44.

³สมสุข หินวิมาน, “การสื่อสารกับสังคมแห่งความเสี่ยง,” วารสารวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย 5, 1 (มิถุนายน 2553): 37.

⁴รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Anthony Giddens, *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age* (Stanford: Stanford University Press, 1991), pp. 1-9.

ยุคสมัยใหม่ช่วงหลังนั้น นอกจากความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากปรากฏการณ์ทางธรรมชาติแล้ว ความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์ได้ทวีขึ้นเป็นอย่างมากจนกล่าวได้ว่าความเสี่ยงส่วนใหญ่ในยุคนี้เกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์ อาทิ ความเสี่ยงจากการที่มนุษย์สร้างโรงงานอุตสาหกรรมแล้วปล่อยก๊าซซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม ความเสี่ยงจากการที่มนุษย์ผลิตเครื่องอุปโภคบริโภคแล้วใช้สารเคมีซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของสิ่งมีชีวิต และความเสี่ยงจากการที่มนุษย์ผลิตอาวุธชีวภาพหรืออาวุธนิวเคลียร์ที่มีอำนาจทำลายล้างสูง ซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตของสิ่งมีชีวิต เกี่ยวกับเรื่องนี้อุลริช เบ็ค (Ulrich Beck) นักสังคมวิทยาชาวเยอรมัน และแอนโธนี กิดเดนส์ ได้ให้คำอธิบายไว้ทำนองเดียวกันใจความว่า ในสังคมยุคก่อนสมัยใหม่ความเสี่ยงมีไม่มากนัก (ทั้งในแง่จำนวนและความร้ายแรง) และเกิดขึ้นจากปรากฏการณ์ทางธรรมชาติเป็นส่วนใหญ่ แต่ในสังคมยุคสมัยใหม่เรื่อยมาจนถึงสังคมยุคสมัยใหม่ช่วงหลังความเสี่ยงได้เพิ่มขึ้นเป็นลำดับ (ทั้งในแง่จำนวนและความร้ายแรง) โดยเกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์เป็นส่วนใหญ่อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากความทันสมัยของสังคมในมิติต่าง ๆ เช่น เศรษฐกิจ อุตสาหกรรม เทคโนโลยี การศึกษา ฯลฯ ส่วนทัศนคติของมนุษย์ในสังคมแต่ละยุคที่มีต่อความเสี่ยงก็มีความแตกต่างกันด้วยเช่นเดียวกันนั้น กล่าวคือ มนุษย์ในสังคมยุคก่อนสมัยใหม่ได้ตั้งข้อสังเกต ตระหนัก และให้ความสำคัญกับความเสี่ยงน้อยกว่ามนุษย์ในสังคมยุคสมัยใหม่ และมนุษย์ในสังคมยุคสมัยใหม่ช่วงหลัง สาเหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากในสังคมยุคสมัยใหม่เรื่อยมาจนถึงสังคมยุคสมัยใหม่ช่วงหลังนักสังคมวิทยาได้มีการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับความเสี่ยงอย่างจริงจังและได้มีการเผยแพร่องค์ความรู้เกี่ยวกับความเสี่ยงอย่างแพร่หลาย โดยนักสังคมวิทยาที่มีความโดดเด่นในเรื่องนี้ ได้แก่ อุลริช เบ็ค⁵ และแอนโธนี กิดเดนส์⁷ ต่อมาได้มีการนำองค์ความรู้เกี่ยวกับความเสี่ยง

⁵รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Ibid., p. 4; Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity* (London: Sage, 1992), pp. 19-27.

⁶วรรณกรรมที่มีชื่อเสียงของอุลริช เบ็ค ได้แก่ “*Risk Society: Towards a New Modernity*” และ “*World Risk Society*” โดยเฉพาะอย่างยิ่งวรรณกรรมเรื่องแรกได้ตีพิมพ์ครั้งแรกเป็นภาษาเยอรมันเมื่อปี ค.ศ. 1986 (พ.ศ. 2529) ต่อมาได้ตีพิมพ์เป็นภาษาอังกฤษเมื่อปี ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535) ซึ่งการตีพิมพ์เป็นภาษาอังกฤษนั้นส่งผลให้ความเสี่ยงได้รับความสนใจและถูกกล่าวถึงอย่างแพร่หลายในสังคมประเทศซีกโลกตะวันตกในช่วงเวลานั้น ทั้งยังเป็นหมุดหมายสำคัญในการวิพากษ์วิจารณ์สถานะสมัยใหม่ของสังคมที่มาพร้อมกับความเสี่ยง อนึ่ง อุลริช เบ็ค ยังเป็นคนแรกที่ใช้คำว่า “risk society” หรือ “สังคมแห่งความเสี่ยง” อีกด้วย

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Ibid.; Ulrich Beck, *World Risk Society* (New York: Polity Press, 1999).

⁷วรรณกรรมที่มีชื่อเสียงของแอนโธนี กิดเดนส์ ได้แก่ “*The Consequences of Modernity*” “*Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*” และ “*Risk and Responsibility*”

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Anthony Giddens, *The Consequences of Modernity* (Cambridge: Polity Press, 1990); Anthony Giddens, op. cit.; Anthony Giddens, “Risk and Responsibility,” *Modern Law Review* 62, 1 (January 1999): 1-10.

ในมุมมองทางสังคมวิทยาไปศึกษาค้นคว้าต่อยอดในมุมมองทางศาสตร์อื่น ๆ ด้วย ซึ่งหนึ่งในศาสตร์อื่น ๆ เหล่านั้น คือ นิติศาสตร์ (รายละเอียดผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไปในหัวข้อที่ 2.2) ส่งผลให้มนุษย์ในสังคมยุคสมัยใหม่และมนุษย์ในสังคมยุคสมัยใหม่ช่วงหลังตั้งข้อสังเกต ตระหนัก และให้ความสำคัญกับความเสี่ยงมากกว่ามนุษย์ในสังคมยุคก่อนสมัยใหม่ (และมากขึ้นเป็นลำดับตามความทันสมัยของสังคม)

ปัจจุบันสังคมเราจัดอยู่ในยุคสมัยใหม่ช่วงหลัง^๙ เป็นสังคมที่มีความก้าวหน้าอย่างเต็มที่ จำนวนและความร้ายแรงของความเสี่ยงได้ทวีขึ้นเป็นอย่างมาก^{๑๐} ประกอบกับมนุษย์ได้ตั้งข้อสังเกต ตระหนัก และให้ความสำคัญกับความเสี่ยงอย่างจริงจัง เนื่องจากมนุษย์มีความวิตกกังวลว่า ผลที่เป็นความทุกข์หรือภัยอันตรายจากเหตุการณ์ต่าง ๆ จะเกิดขึ้นกับตนเองและ/หรือสังคม ทั้งนี้ หากเป็นความเสี่ยงที่มนุษย์ (ในระดับปัจเจกบุคคล) สามารถที่จะบริหารจัดการด้วยตนเองได้¹⁰ ย่อมไม่น่าเป็นห่วงเท่าใดนัก เพราะมนุษย์สามารถบริหารจัดการความเสี่ยงนั้นได้ด้วยตนเอง แต่หากเป็นความเสี่ยงที่มนุษย์ไม่สามารถที่จะบริหารจัดการด้วยตนเองได้ ย่อมค่อนข้างน่าเป็นห่วง เพราะมนุษย์ไม่สามารถบริหารจัดการความเสี่ยงนั้นได้ด้วยตนเอง เป็นความเสี่ยงที่อยู่นอกเหนือการควบคุม (out of control หรือ out of hand) ของมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสี่ยงสาธารณะที่หากผลเกิดขึ้นแล้วจะก่อให้เกิดความทุกข์หรือภัยอันตรายแก่สังคมโดยรวม หรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม ย่อมน่าเป็นห่วงเป็นอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น ความเสี่ยงจากภาวะเงินเฟ้อขึ้นรุนแรง ความเสี่ยงจากภาวะการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรง และความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมร้ายแรง ซึ่งรัฐจะต้องเข้ามาบริหารจัดการความเสี่ยงเช่นว่านี้เพื่อสร้างความปลอดภัยแก่สังคมตามหลักป้องกันสังคม โดยถือว่าเป็นพันธกิจหลักพันธกิจหนึ่งของรัฐในยุคสังคมสมัยใหม่ช่วงหลัง ทั้งนี้ ไม่ว่ามนุษย์ในสังคมจะเรียกร้องให้รัฐเข้ามาบริหารจัดการความเสี่ยงเช่นว่านี้หรือไม่ก็ตาม

^๙รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Anthony Giddens, Ibid. (Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age); Ulrich Beck, op. cit. (Risk Society: Towards a New Modernity).

หมายเหตุ แอนโธนี กิดเดนส์ เรียกสภาวะของยุคนี้ว่า “สภาวะสมัยใหม่ช่วงหลัง” (late modernity) ส่วนอูลริช เบ็ค เรียกสภาวะของยุคนี้ว่า “สภาวะสมัยใหม่แบบสะท้อนคิด” (reflexive modernization)

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู เชษฐา พวงหัตถ์, เรื่องเดิม, หน้า 35.

^{๑๐}รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Deborah Lupton, *Risk* (London: Routledge, 1999), pp. 5-12.

¹⁰“การบริหารจัดการความเสี่ยง” (risk management) นอกจากหมายความว่า การทำให้ความเสี่ยงหมดสิ้นไปหรือลดน้อยลงจากเดิมแล้ว ยังหมายความว่า ความเสี่ยงไม่ได้ลดน้อยลงจากเดิม แต่มนุษย์รู้จักขัดและชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่จะได้รับกับความทุกข์หรือภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นแล้วจึงตัดสินใจดำเนินพฤติกรรมของตนเองในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความเสี่ยงนั้น

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู เชษฐา พวงหัตถ์, เรื่องเดิม, หน้า 16.

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมในกฎหมาย

ความเสี่ยงเป็นแก่นแกนของความทันสมัย¹¹ เมื่อสังคมเรา ณ ปัจจุบันจัดอยู่ในยุคสมัยใหม่ ช่วงหลังที่มีความก้าวหน้าอย่างเต็มที่จึงอาจกล่าวได้ว่าสังคมเราเป็น “สังคมแห่งความเสี่ยง” (risk society) ที่จำนวนและความร้ายแรงของความเสี่ยงได้ทวีขึ้นจากสังคมยุคก่อนหน้าเป็นอย่างมาก อีกทั้งมนุษย์ยังได้ตั้งข้อสังเกต ตระหนัก และให้ความสำคัญกับความเสี่ยงอย่างจริงจัง

กระบวนการสร้างสังคมแห่งความเสี่ยงเกิดขึ้นจากปัจจัยหลากหลายด้าน อาทิ ด้านเศรษฐกิจ ด้านอุตสาหกรรม ด้านเทคโนโลยี ด้านการศึกษา ด้านการเมือง รวมตลอดถึงด้านกฎหมาย ฯลฯ แต่ละด้านต่างเป็นสาเหตุทำให้เกิดสถานะสังคมแห่งความเสี่ยงขึ้นและแต่ละด้านต่างได้รับผลกระทบจากสถานะสังคมแห่งความเสี่ยงนั้น¹²

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 2.1 ว่า บ่อเกิดของความเสี่ยงมาจากทั้งปรากฏการณ์ทางธรรมชาติและการกระทำของมนุษย์ ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงเฉพาะความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์โดยเจาะจงไปที่การกระทำของมนุษย์ที่ก่อให้เกิดปัจจัยในกระบวนการสร้างสังคมแห่งความเสี่ยง “จากการประกอบอาชญากรรม” และกฎหมาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญา) ได้เข้ามา/ควรเข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคมตามหลักป้องกันสังคม ทั้งนี้ ผู้เขียนได้แบ่งความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์ในเรื่องนี้ออกเป็น 2 กรณีใหญ่ ๆ ได้แก่ กรณีที่ 1 ความเสี่ยงจากปัจจัยทั่ว ๆ ไป และกรณีที่ 2 ความเสี่ยงจากปัจจัยด้านกฎหมาย

กรณีที่ 1 ความเสี่ยงจากปัจจัยทั่ว ๆ ไป สังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมเกิดขึ้นจากความทันสมัยของปัจจัยด้านต่าง ๆ ที่มีผลต่อสังคม การที่มนุษย์สร้างและพัฒนาปัจจัยด้านใดด้านหนึ่งให้มีความทันสมัยหรือให้มีความทันสมัยมากยิ่งขึ้น ผลต่อสังคมมักจะมีลักษณะเป็นดาบสองคม (มีทั้งคุณและโทษต่อสังคม) กล่าวโดยขยายความ แง่หนึ่งสังคมจะได้รับประโยชน์จากความทันสมัยของปัจจัยด้านนั้น แต่อีกแง่หนึ่งสังคมจะได้รับผลกระทบจากความทันสมัยของปัจจัยด้านนั้นซึ่งผลกระทบในบริบทที่ผู้เขียนกำลังกล่าวถึงอยู่นี้คือ “ความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ”¹³ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับปัจจัยด้านนั้น ยกตัวอย่างเช่น ความทันสมัยของปัจจัยด้านคอมพิวเตอร์ การที่มนุษย์สร้างและพัฒนาคอมพิวเตอร์ให้มีความทันสมัยอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ แ่งหนึ่งสังคมจะได้รับ

¹¹เรื่องเดียวกัน, หน้า 32; Anthony Giddens, op. cit., p. 3.

¹²เชษฐา พวงหัตถ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 27; Ulrich Beck, op. cit., p. 33.

¹³คำว่า “การประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ” ที่ผู้เขียนกล่าวถึงในย่อหน้านั้นนอกจากหมายความว่า การกระทำ ความผิดทางอาญา (มีกฎหมายอาญาบัญญัติความรับผิดไว้อยู่แล้ว) ยังหมายความรวมถึง การกระทำที่สร้างความไม่ปลอดภัยแก่สังคมถึงขั้นควรกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาด้วย (ไม่ได้มีกฎหมายอาญาบัญญัติความรับผิดไว้แต่ควรมีกฎหมายอาญาบัญญัติความรับผิดเพื่อสร้างความปลอดภัยแก่สังคม).

ประโยชน์จากความทันสมัยของคอมพิวเตอร์ในเรื่องต่าง ๆ อาทิ การใช้คอมพิวเตอร์ทำงาน การใช้คอมพิวเตอร์ศึกษาเล่าเรียน และการใช้คอมพิวเตอร์ติดต่อสื่อสาร แต่อีกแง่หนึ่งสังคมจะเกิดความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับคอมพิวเตอร์ อาทิ การใช้คอมพิวเตอร์นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลที่เป็นเท็จ การใช้คอมพิวเตอร์เผยแพร่ข้อมูลอันเป็นเท็จ และการใช้คอมพิวเตอร์ส่งต่อข้อมูลที่มีลักษณะอันลามก ในกรณีนี้รัฐตระหนักถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความทันสมัยของปัจจัยดังกล่าวจึงได้ตรากฎหมายฉบับหนึ่งขึ้นมาคือ “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550” เพื่อให้กฎหมายฉบับนี้ได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคมโดยการบัญญัติความรับผิดทางอาญาของผู้ที่ประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับคอมพิวเตอร์ไว้ ความทันสมัยของปัจจัยด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เมื่อมนุษย์สร้างและพัฒนาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้มีความทันสมัยอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ แ่งหนึ่งสังคมจะได้รับประโยชน์จากความทันสมัยของเทคโนโลยีนี้ อาทิ การใช้เทคโนโลยีนี้ช่วยบำบัดรักษาผู้ที่มีภาวะมีบุตรยากให้สามารถมีบุตรได้ แต่อีกแง่หนึ่งสังคมจะเกิดความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเทคโนโลยีนี้ อาทิ การนำเทคโนโลยีนี้ไปใช้ในการตั้งครภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า และการนำเทคโนโลยีนี้ไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้าอื่น ๆ เป็นต้นว่า ซื้อ เสนอซื้อ ขาย นำเข้า หรือส่งออกซึ่งอสุจิ (เซลล์สืบพันธุ์ของเพศชาย) ไข่ (เซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิง) หรือตัวอ่อน (อสุจิและไข่รวมกันจนเกิดการปฏิสนธิ) ในกรณีนี้รัฐตระหนักถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความทันสมัยของปัจจัยดังกล่าวจึงได้ตรากฎหมายฉบับหนึ่งขึ้นมาคือ “พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558” เพื่อให้กฎหมายฉบับนี้ได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคมโดยการบัญญัติความรับผิดทางอาญาของผู้ที่ประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้ และความทันสมัยของปัจจัยด้านสินทรัพย์ดิจิทัล การที่มนุษย์สร้างและพัฒนาสินทรัพย์ดิจิทัล (digital asset) ให้มีความทันสมัยอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ แ่งหนึ่งสังคมจะได้รับประโยชน์จากความทันสมัยของสินทรัพย์ดิจิทัลในมิติต่าง ๆ อาทิ ไม่ต้องใช้เงินสดในการชำระค่าสินค้าและค่าบริการ ลดค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมทางการเงิน และลดต้นทุนในการเก็บรักษาเงินสด¹⁴ แต่อีกแง่หนึ่งสังคมจะเกิดความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับสินทรัพย์ดิจิทัล อาทิ การนำสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งไม่มีแหล่งที่มาที่ชัดเจนไปใช้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นการหลอกลวงประชาชนโดยการใช้เป็นเครื่องมือในการระดมทุนผ่านการเสนอขายโทเคนดิจิทัล

¹⁴ฝ่ายค้นคว้าและเปรียบเทียบกฎหมาย กองกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, แนวนโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับสกุลเงินดิจิทัล [Online], available URL: <https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/Digital%20Currency.pdf>, 2565 (เมษายน, 17).

(digital token) ต่อประชาชน ในกรณีนี้รัฐตระหนักถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความทันสมัยของปัจจัยดังกล่าวจึงได้ตรากฎหมายฉบับหนึ่งขึ้นมา คือ “พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561” เพื่อให้กฎหมายฉบับนี้ได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคมโดยการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ที่ประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับสินทรัพย์ดิจิทัลไว้¹⁵

ที่กล่าวมาข้างต้นคือ สังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมซึ่งเกิดขึ้นจากความทันสมัยของปัจจัยด้านต่าง ๆ ที่มีผลต่อสังคม อย่างไรก็ตาม สังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมอาจเกิดขึ้นจากปัจจัยด้านอื่น ๆ ที่มีผลต่อสังคมโดยที่ปัจจัยด้านนั้น ๆ ไม่จำเป็นต้องมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์โดยตรงกับความทันสมัยแต่อย่างใด ยกตัวอย่างเช่น ปัจจัยด้านการเงินในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ทางการเงินขึ้น อาทิ วิกฤตการณ์ทางการเงินในเอเชีย พ.ศ. 2540 (วิกฤตการณ์ต้มยำกุ้ง) เมื่อเกิดวิกฤตการณ์ดังกล่าวขึ้นส่งผลให้ผู้คนจำนวนมากมีหนี้สินล้นพ้นตัว ล้มละลาย และตกงาน สังคมจึงเกิดความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับทรัพย์สิน เป็นต้นว่า การลักทรัพย์ การฉ้อโกง และการลักยอก ปัจจัยด้านการเมืองในกรณีที่เกิดความขัดแย้งทางการเมืองขึ้นรุนแรงขึ้น อาทิ ความขัดแย้งทางการเมืองในจังหวัดชายแดนภาคใต้ของไทย เมื่อเกิดความขัดแย้งดังกล่าวขึ้น (โดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่ปี พ.ศ. 2547 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันภายหลังเหตุการณ์ระดมยิงเข้าไปในมัสยิดกรือเซะที่จังหวัดปัตตานีและเหตุการณ์สลายการชุมนุมหน้าสถานีตำรวจภูธรตากใบที่จังหวัดนราธิวาส) ส่งผลให้ผู้คนในพื้นที่บางส่วนรู้สึกโกรธแค้นและต้องการที่จะแก้แค้นรัฐบาลไทย รวมถึงต้องการที่จะแบ่งแยกดินแดนให้เป็นอิสระจากการปกครองของรัฐบาลไทย สังคมจึงเกิดความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการแก้แค้นและอุดมการณ์ทางการเมือง เป็นต้นว่า การฆ่าเจ้าพนักงาน การเป็นกบฏ และการก่อการร้าย และปัจจัยด้านสาธารณสุขในกรณีที่เกิดการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรงขึ้น อาทิ การแพร่ระบาดของโรคทางเดินหายใจเฉียบพลัน

¹⁵มีข้อสังเกตว่า ตัวอย่างอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับสินทรัพย์ดิจิทัลดังกล่าวข้างต้น แม้ไม่ได้มีการตรา “พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561” ขึ้นมา รัฐก็สามารถปรับใช้ “ประมวลกฎหมายอาญา” ในส่วนของความผิดฐานฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 ประกอบกับ “พระราชกำหนดการกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527” ในส่วนของความผิดฐานกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ที่ประกอบอาชญากรรมได้อยู่แล้ว แต่เนื่องจากรัฐมีความประสงค์ที่จะสร้างความปลอดภัยแก่สังคมมากยิ่งขึ้นจึงได้ตรา “พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561” ขึ้นมาเพื่อตัดไฟแต่ต้นลม โดยกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ที่เสนอขายโทเคนดิจิทัลออกใหม่ต่อประชาชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) ไว้ ทั้งนี้ เจตนารมณ์ประการหนึ่งของความรับผิดชอบทางอาญานี้ก็เพื่อที่จะป้องกันสังคมไม่ให้เกิดการหลอกลวงประชาชนโดยการใช้สินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งไม่มีแหล่งที่มาที่ชัดเจนเป็นเครื่องมือในการระดมทุนผ่านการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนนั่นเอง.

รุนแรงหรือโรคซาร์ส (Severe Acute Respiratory Syndrome: SARS) การแพร่ระบาดของโรคทางเดินหายใจตะวันออกกลางหรือโรคเมอร์ส (Middle East Respiratory Syndrome: MERS) และการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือโรคโควิด 19 (Coronavirus Disease 2019 : COVID-19) เมื่อเกิดการแพร่ระบาดดังกล่าวขึ้นส่งผลให้ผู้คนจำนวนมากตกงาน รวมทั้งผู้คนที่ไม่สามารถที่จะเดินทางเข้าออกราชอาณาจักรได้อันเป็นผลมาจากนโยบายของรัฐบาลไทยที่ต้องการจะควบคุมการแพร่ระบาดดังกล่าว สังคมจึงเกิดความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับทรัพย์สินทางปัญญาเดียวกันกับที่ได้กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ และที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นต้นว่า การเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ผ่านการตรวจอนุญาตของพนักงานเจ้าหน้าที่ประจำด่านตรวจคนเข้าเมือง (การลักลอบเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย)¹⁶ ปัจจัยด้านต่าง ๆ เหล่านี้เป็นปัจจัยที่มีผลต่อสังคมโดยที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์โดยตรงกับความทันสมัยแต่อย่างใด แต่ได้ก่อให้เกิดสภาวะสังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมขึ้น ทั้งนี้ กฎหมาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญา) ทั้งที่ปรากฏอยู่ในรูปของประมวลกฎหมายพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และกฎหมายลำดับรอง ต่างได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคมโดยการบัญญัติมาตรการต่าง ๆ รวมถึงบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ที่ประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ไว้¹⁷

กรณีที่ 2 ความเสี่ยงจากปัจจัยด้านกฎหมาย ส่วนใหญ่แล้วกฎหมายไม่ได้เป็นปัจจัยในการสร้างสังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรม ตรงกันข้าม กฎหมายได้ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคมดังที่ได้กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่กฎหมายเป็นปัจจัยในการสร้างสังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรม ซึ่งหากจะกล่าวในบริบทของบทความนี้ก็คือ “มาตรการไม่ควบคุมตัว” (non-custodial measures) นั่นเอง

คำว่า “มาตรการไม่ควบคุมตัว” ในบทความนี้หมายความว่า “มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุก” (alternative measures instead of imprisonment) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือวิธีการที่รัฐกำหนดขึ้นมาเป็นกฎหมายเพื่อเป็นทางเลือกให้ใช้แทนการลงโทษจำคุก ทั้งนี้ ไม่ว่าใช้แทน

¹⁶รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู อริยพร โพธิ์ใส, “การหลบหนีเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายกับการแพร่ระบาดของเชื้อโควิด 19,” วารสารจุลนิติ 18, 1 (กุมภาพันธ์ 2564): 117-125.

¹⁷ในระดับสากลโลกมีตัวอย่างหนึ่งเป็นเหตุการณ์ในบริบทของปัจจัยด้านการเมืองในกรณีที่เกิดความขัดแย้งทางการเมืองขึ้นรุนแรงขึ้น คือ “เหตุการณ์ก่อวินาศกรรมจี้เครื่องบินพุงชนตึกเวิลด์เทรดเซ็นเตอร์ในนครนิวยอร์ก และสถานที่สำคัญอื่นของประเทศสหรัฐอเมริกา” หรือที่รู้จักและเรียกกันโดยทั่วไปว่า “เหตุการณ์ 9/11” เกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2544 เหตุการณ์นี้ส่งผลให้หลายประเทศทั่วโลกเกิดความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ

การลงโทษจำคุกทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม¹⁸

เหตุที่ผู้เขียนกล่าวว่า มาตรการไม่ควบคุมตัวเป็นปัจจัยในการสร้างสังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรม เนื่องจากเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ต้องถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ ผู้กระทำความผิดย่อมมีโอกาส (มากยิ่งขึ้น) ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ๆ ในสังคม ตลอดจนมีโอกาส (มากยิ่งขึ้น) ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยการที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำ (recidivism)

ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการก่อการร้าย ซึ่งในปีเดียวกันนี้เองภายหลังจากเกิดเหตุการณ์ดังกล่าว คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ 1373 ขอให้ทุกประเทศร่วมมือกันดำเนินการป้องกันและปราบปรามการกระทำต่าง ๆ ที่เป็นการก่อการร้าย รวมถึงการสนับสนุนทางทรัพย์สินหรือกรณีอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์จะนำไปใช้ดำเนินการก่อการร้ายหรือเป็นสมาชิกขององค์กรก่อการร้าย ด้วยเหตุนี้ หลายประเทศทั่วโลกรวมถึงไทยซึ่งมีความประสงค์ที่จะสร้างความปลอดภัยแก่สังคมจากการประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการก่อการร้าย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งการก่อการร้ายโดยใช้วิธีการจี้เครื่องบินพ่วงชน) จึงได้อนุมัติมติดังกล่าวโดยการบัญญัติมาตรการต่าง ๆ ขึ้นมา เช่น มาตรการตรวจค้นอาวุธภายในตัวผู้โดยสารและสัมภาระอย่างเข้มงวดก่อนที่ผู้โดยสารจะขึ้นบนเครื่องบิน และมาตรการจำกัดปริมาณของเหลว เจล และสเปรย์ที่ผู้โดยสารสามารถนำขึ้นเครื่องบินได้ ฯลฯ รวมถึงบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ที่ประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการก่อการร้ายไว้

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู หมายเหตุท้ายพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2546 (เหตุผลในการเพิ่มความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ลักษณะ 1/1 มาตรา 135/1 ถึงมาตรา 135/4 เข้ามาในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิด).

¹⁸มีข้อสังเกตว่า ในบทความนี้ผู้เขียนได้กำหนดความหมายของคำว่า “มาตรการไม่ควบคุมตัว” ไว้แคบกว่าขอบเขตของมาตรการไม่ควบคุมตัวใน “ข้อกำหนดโตเกียว” โดยย่อย่อ 2.1 แห่งข้อกำหนดฉบับดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า “หลักเกณฑ์ตามข้อกำหนดฉบับนี้ให้ใช้กับบุคคลทุกคนที่อยู่ระหว่างดำเนินคดี พิจารณาคดี หรือลงโทษ หรือตลอดทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งต่อไปข้อกำหนดฉบับนี้จะเรียกโดยย่อว่า ‘ผู้กระทำความผิด’ ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้ต้องสงสัย ผู้ถูกกล่าวหา หรือนักโทษก็ตาม” และย่อย่อ 2.3 ได้กำหนดไว้ว่า “...ระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรจัดให้มีมาตรการไม่ควบคุมตัวที่มีความหลากหลายและมีขอบเขตที่กว้างขวางตั้งแต่ขั้นต้นก่อนการฟ้องร้องไปจนถึงขั้นตอนหลังมีคำพิพากษาลงโทษแล้ว...” รายละเอียดดังต่อไปนี้

United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules) “ANNEX

1. GENERAL PRINCIPLES

...

2. The scope of non-custodial measures

มาตรการไม่ควบคุมตัวตามกฎหมายไทยมีอยู่ด้วยกันหลายมาตรการ ได้แก่ มาตรการลงโทษ กักขังแทนการลงโทษจำคุก¹⁹ มาตรการยกโทษจำคุก²⁰ มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก²¹

2.1 The relevant provisions of the present Rules shall be applied to all persons subject to prosecution, trial or the execution of a sentence, at all stages of the administration of criminal justice. For the purposes of the Rules, these persons are referred to as ‘offenders’, irrespective of whether they are suspected, accused or sentenced.

...

2.3 ...the criminal justice system should provide a wide range of non-custodial measures, from pre-trial to post-sentencing dispositions...

กล่าวโดยขยายความ คำว่า “มาตรการไม่ควบคุมตัว” ในบทความนี้ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงมาตรการในขั้นตอนก่อนการฟ้องร้อง ขั้นตอนระหว่างดำเนินคดี และขั้นตอนพิจารณาคดีด้วย.

¹⁹ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 23 “ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษกักขังไม่เกินสามเดือนแทนโทษจำคุกผู้นั้นก็ได้”.

²⁰ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 55 “ถ้าโทษจำคุกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับมีกำหนดเวลาเพียงสามเดือนหรือน้อยกว่า ศาลจะกำหนดโทษจำคุกให้น้อยลงอีกก็ได้ หรือถ้าโทษจำคุกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับมีกำหนดเวลาเพียงสามเดือนหรือน้อยกว่าและมีโทษปรับด้วย ศาลจะกำหนดโทษจำคุกให้น้อยลง หรือจะยกโทษจำคุกเสีย คงให้ปรับแต่อย่างเดียวยกก็ได้”.

²¹ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 56 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับ และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปีไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตามหรือลงโทษปรับ ถ้าปรากฏว่าผู้นั้น

(1) ไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน หรือ

(2) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือ

(3) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่าห้าปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

และเมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอันควรปรานีแล้ว ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอกการกำหนดโทษหรือกำหนดโทษแต่รอกการลงโทษไว้ ไม่ว่าจะเป็นโทษจำคุกหรือปรับอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่าง เพื่อให้โอกาสกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้อำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้”.

มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก²² มาตรการพักการลงโทษจำคุก²³ และมาตรการพระราชทานอภัยโทษจำคุก²⁴

²²พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560, มาตรา 52 วรรคหนึ่ง “นักโทษเด็ดขาดคนใดแสดงให้เห็นว่ามีความประพฤติดี มีความอดสาหัส ความก้าวหน้าในการศึกษา และทำการงานเกิดผลดี หรือทำความชอบแก่ทางราชการเป็นพิเศษ อาจได้รับประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

...

(5) ลดวันต้องโทษจำคุกให้เดือนละไม่เกินห้าวัน แต่การลดวันต้องโทษจำคุกจะพึงกระทำได้ต่อนักโทษเด็ดขาดได้รับโทษจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุดมาแล้วไม่น้อยกว่าหกเดือนหรือหนึ่งในสามของกำหนดโทษตามหมายศาลในขณะนั้นแล้วแต่อย่างใดจะมากกว่า หรือไม่น้อยกว่าสิบปีในกรณีที่ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิตที่มีการเปลี่ยนโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลา ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยลดวันต้องโทษจำคุก

(6) ลดวันต้องโทษจำคุกลงอีกไม่เกินจำนวนวันที่ทำงานสาธารณะหรือทำงานอื่นใดเพื่อประโยชน์ของทางราชการนอกเรือนจำตามมาตรา 49 และอาจได้รับเงินรางวัลด้วยก็ได้

...”.

²³พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560, มาตรา 52 วรรคหนึ่ง (7) “นักโทษเด็ดขาดคนใดแสดงให้เห็นว่ามีความประพฤติดี มีความอดสาหัส ความก้าวหน้าในการศึกษา และทำการงานเกิดผลดี หรือทำความชอบแก่ทางราชการเป็นพิเศษ อาจได้รับประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้...พักการลงโทษเมื่อนักโทษเด็ดขาดได้รับโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าหกเดือนหรือหนึ่งในสามของกำหนดโทษตามหมายศาลในขณะนั้นแล้วแต่อย่างใดจะมากกว่า หรือไม่น้อยกว่าสิบปีในกรณีที่ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิตที่มีการเปลี่ยนโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลา และกำหนดระยะเวลาที่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขให้กำหนดเท่ากับกำหนดโทษที่ยังเหลืออยู่ ทั้งนี้ ในการคำนวณระยะเวลาการพักการลงโทษ ถ้ามีวันลดวันต้องโทษจำคุกตาม (6)ให้นำมารวมกับระยะเวลาในการพักการลงโทษด้วย โดยในการพักการลงโทษให้คณะกรรมการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยการพักการลงโทษ”.

²⁴มาตรการพระราชทานอภัยโทษจำคุกแบ่งออกเป็น 2 ประเภทย่อย ได้แก่ มาตรการพระราชทานอภัยโทษจำคุกเป็นการเฉพาะราย และมาตรการพระราชทานอภัยโทษจำคุกเป็นการทั่วไป

มาตรการพระราชทานอภัยโทษจำคุกเป็นการเฉพาะราย ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังต่อไปนี้

มาตรา 259 “ผู้ต้องคำพิพากษาให้รับโทษอย่างใด ๆ หรือผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้อง เมื่อคดีถึงที่สุดแล้วถ้าจะทูลเกล้าฯ ถวายเรื่องราวต่อพระมหากษัตริย์ขอรับพระราชทานอภัยโทษ จะยื่นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก็ได้”

มาตรา 260 “ผู้ถวายเรื่องราวซึ่งต้องจำคุกอยู่ในเรือนจำ จะยื่นเรื่องราวต่อพคตหรือผู้บัญชาการเรือนจำก็ได้ เมื่อได้รับเรื่องราวนั้นแล้ว ให้พคตหรือผู้บัญชาการเรือนจำออกใบรับให้แก่ผู้ยื่นเรื่องราว แล้วให้รับส่งเรื่องราวนั้นไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม”

กระบวนทัศน์หลัก (major paradigm) เกี่ยวกับการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัว²⁵ ในสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศซีกโลกตะวันตก อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ยุคใหญ่ ๆ ได้แก่ 1) ยุคดั้งเดิม (primitive era) 2) ยุครัฐสวัสดิการ (welfare state era) และ 3) ยุคสังคม

มาตรา 261 “รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีหน้าที่ถวายเรื่องราวต่อพระมหากษัตริย์พร้อมทั้งถวายความเห็นว่าการพระราชทานอภัยโทษหรือไม่

ในกรณีที่ไม่มีผู้ใดถวายเรื่องราว ถ้ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเห็นเป็นการสมควร จะถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ขอให้พระราชทานอภัยโทษแก่ผู้ต้องคำพิพากษานั้นก็ได้”

มาตรการพระราชทานอภัยโทษจำคุกเป็นการทั่วไปได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังต่อไปนี้

มาตรา 261 ทวิ “ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเห็นเป็นการสมควรจะถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ขอให้พระราชทานอภัยโทษแก่ผู้ต้องโทษก็ได้

การพระราชทานอภัยโทษตามวรรคหนึ่ง ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา”

หมายเหตุ มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการพระราชทานอภัยโทษอยู่ 2 ประการ ประการที่หนึ่ง การพระราชทานอภัยโทษสามารถพระราชทานอภัยโทษ (โทษตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง) ได้ทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นโทษประหารชีวิต โทษจำคุก โทษกักขัง โทษปรับ หรือแม้แต่โทษริบทรัพย์สิน และประการที่สอง การพระราชทานอภัยโทษจำคุกหมายความว่า การที่พระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานพระมหากรุณาแก่ผู้ต้องคำพิพากษาให้รับโทษจำคุกซึ่งคดีถึงที่สุดแล้วให้ได้รับการ “ยกโทษจำคุก” “ลดวันต้องโทษจำคุก” หรือ “เปลี่ยนโทษจำคุกเป็นโทษประเภทเบากว่า” เช่น เปลี่ยนโทษจำคุกเป็นโทษกักขัง

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ปรียาพร ศรีมงคล และธณกรณ์ บุญมี, สรุปลอย เพลินตา ตันรังสรรค์, “พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการพระราชทานอภัยโทษ,” วารสารจุลนิติ 6, 5 (ตุลาคม 2552): 68, 71; อริยพร โพธิ์ใส, “หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขอพระราชทานอภัยโทษ,” วารสารจุลนิติ 6, 6 (ธันวาคม 2552): 143; ศิริ ปะทะขันธ์, “การอภัยโทษ: ศึกษาปัญหาทางกฎหมายในการอภัยโทษ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2550), หน้า 88.

²⁵คำว่า “กระบวนทัศน์” (paradigm) หมายความว่า มโนคติ แนวคิด ความคิดเห็น ทศนคติ หรือความเชื่อต่อปรากฏการณ์หนึ่งปรากฏการณ์ใด ซึ่งนำไปสู่วิธีการประพจน์หรือวิธีการปฏิบัติต่อปรากฏการณ์นั้น ดังนั้น คำว่า “กระบวนทัศน์หลักเกี่ยวกับการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัว” จึงหมายความว่า มโนคติ แนวคิด ความคิดเห็น ทศนคติ หรือความเชื่อที่เป็นแก่น (core) ต่อการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัว ซึ่งนำไปสู่วิธีการประพจน์หรือวิธีการปฏิบัติต่อการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัว

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Nova Bizz, กระบวนทัศน์ [Online], available URL: <https://www.novabizz.com/NovaAce/Paradigm.htm>, 2565 (มิถุนายน, 11).

แห่งความเสี่ยง (social era of risk)²⁶ โดยแต่ละยุคมีรายละเอียดดังต่อไปนี้ 1) *ยุคดั้งเดิม* ยุคนี้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้คำนึงถึง “ความสงบเรียบร้อยของสังคม” ประกอบกับ “ประโยชน์ของผู้เสียหาย” เป็นสำคัญ กล่าวคือ เมื่อเกิดการกระทำความผิดทางอาญาที่มีโทษจำคุกขึ้นโดยทั่วไปแล้วรัฐจะลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดสถานหนักและลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดจริงตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้²⁷ เพื่อสร้างความสงบเรียบร้อยแก่สังคมและสร้างความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย 2) *ยุครัฐสวัสดิการ* ยุคนี้ “สิทธิ เสรีภาพ และโอกาสของผู้กระทำความผิด” ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้ถือกำเนิดขึ้นและเฟื่องฟูเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ในยุคก่อนรัฐลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดบนฐานความคิดของการแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิด (retribution) การข่มขู่การปราบผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่น ๆ ในสังคม (deterrence)²⁸ และการจำกัดความสามารถในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด (incapacitation) แต่ในยุคนี้รัฐลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดบนฐานความคิด

²⁶การแบ่งยุคกระบวนการทัศนหลักเกี่ยวกับการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัวดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากหนังสือเรื่อง “*The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*” เขียนโดย เดวิด การ์แลนด์ (David Garland) ประกอบกับบทเรื่อง “*Principles of Criminalisation and the Limits of Criminal Law*” ในหนังสือเรื่อง “*Comparative Concepts of Criminal Law*” เขียนบทและบรรณาธิการหนังสือโดย โจฮันเนส คีเลอร์ (Johannes Keiler) และเดวิด รูฟ (David Roef)

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* (Oxford: Oxford University Press, 2001); Johannes Keiler and David Roef, “Principles of Criminalisation and the Limits of Criminal Law,” in *Comparative Concepts of Criminal Law*, edited by Johannes Keiler and David Roef, 3rd ed. (Cambridge: Intersentia, 2019), pp. 35-42.

อนึ่ง เหตุที่ผู้เขียนนำเสนอการแบ่งยุคกระบวนการทัศนหลักเกี่ยวกับการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัวในสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศซีกโลกตะวันตก เนื่องจากสามารถนำมาประยุกต์กับบริบทของไทยได้.

²⁷รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Johannes Keiler and David Roef, *Ibid.*, p. 35.

²⁸การข่มขู่การปราบผู้กระทำความผิดเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า “การข่มขู่การปราบแบบเฉพาะราย” (specific deterrence) ส่วนการข่มขู่การปราบบุคคลอื่น ๆ ในสังคมเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า “การข่มขู่การปราบแบบทั่วไป” (general deterrence)

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู อรรถพร ชูบำรุง และอุษิษา เลิศโตมรสกุล, *อาชญากรรมและอาชญาวิทยา*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 264; ปกรณ์ มณีนพรัตน์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เอ็ม ที เพรส, 2553), หน้า 258; อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 208-209.

ของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (rehabilitation) ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง ยุคนี้การลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดเริ่มมีการบูรณาการ (integration) ระหว่างทฤษฎีการลงโทษจำคุกทั้ง 4 ทฤษฎีดังกล่าวข้างต้น²⁹ เข้าด้วยกัน³⁰ นอกจากนี้ รัฐยังได้บัญญัติมาตรการไม่ควบคุมตัวใหม่ ๆ ขึ้นมาหลายมาตรการ (รวมถึงบัญญัติวิธีการทางอาญาที่ใช้เฉพาะสำหรับบุคคลที่มีความอ่อนแอ เช่น ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน) และได้ปรับใช้มาตรการที่บัญญัติขึ้นมาเป็นทางเลือกแทนการลงโทษจำคุก อาทิ มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก และมาตรการพักการลงโทษจำคุก อนึ่ง การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดในยุคนี้ นอกจากรัฐได้กระทำผ่านระบบเรือนจำแล้ว (ใช้เรือนจำเป็นสถานที่ลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดไปพร้อม ๆ กัน แตกต่างจากยุคก่อนที่ใช้เรือนจำเป็นสถานที่ลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดแต่เพียงอย่างเดียว)³¹ รัฐได้กระทำโดยไม่ผ่านระบบเรือนจำด้วย อาทิ การกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดเมื่อ/ภายหลังปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัว สาเหตุที่การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมีความโดดเด่นเป็นอย่างมากในยุคนี้เนื่องจากรัฐมีแนวคิดว่าการกระทำความผิดทางอาญาของแต่ละบุคคลเกิดขึ้นจาก “สาเหตุ” ที่แตกต่างกัน บางกรณีเกิดขึ้นจากสาเหตุทางสังคม บางกรณีเกิดขึ้นจากสาเหตุส่วนตัว บางกรณีเกิดขึ้นจากทั้งสาเหตุทางสังคมและสาเหตุส่วนตัว และรัฐมีแนวคิดต่อเนื่องไปว่า รัฐสามารถที่จะแก้ไขสาเหตุของการกระทำความผิดทางอาญาได้ทั้งสาเหตุทางสังคมและสาเหตุส่วนตัว³² (ทำนองว่ารัฐเอาอยู่หรือควบคุมได้นั่นเอง) 3) *ยุคสังคมแห่งความเสี่ยง*

²⁹รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับทฤษฎีการลงโทษจำคุกทั้ง 4 ทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นโปรดดู เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2562), หน้า 458-460; ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และธนกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 217-219; ณรงค์ ใจหาญ, กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 20-37; อัมณพ ชูบำรุง และอุนิษา เลิศโตมรสกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 264-266; ปกรณ์ มณีปกรณ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 255-261; อัจฉริยา ชูตินันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 207-211.

³⁰David Garland, op. cit.; Johannes Keiler and David Roef, op. cit., p. 40.

³¹David Garland, Ibid., p. 34; Johannes Keiler and David Roef, Ibid.

³²รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Ibid., p. 188; Russel Hogg, “Crime Control in Late Modernity - David Garland’s The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society, 2001, Oxford University Press,” *Current Issues in Criminal Justice* 14, 2 (November 2002): 225; Johannes Keiler and David Roef, Ibid., p. 40.

ยุคนี้คือยุคปัจจุบัน³³ เป็นยุคที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้คำนึงถึง “ความปลอดภัยของสังคม” เป็นสำคัญ กล่าวคือ วงการนิติศาสตร์ได้มีการตั้งข้อสังเกต ตระหนัก และให้ความสำคัญกับความเสี่ยงอันเป็นผลมาจากการมีอยู่และการปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวอย่างจริงจัง³⁴ เนื่องจากนักนิติศาสตร์มีความวิตกกังวลว่าผลที่เป็นอันตราย (การประกอบอาชญากรรม) จากการมีอยู่และการปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวจะเกิดขึ้นกับตนเอง ประชาชน และ/หรือสังคม³⁵ ด้วยเหตุนี้ ยุคนี้จึงเกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญต่อการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัว ได้แก่³⁶ การปรากฏขึ้นเด่นชัดอีกครั้งของการลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดจริงตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ การเปลี่ยนแปลงจุดศูนย์กลางของแนวคิดเชิงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดจากเดิม “ลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดแต่ละคน” (offender’s personality) ไปเป็น “ความผิด” (offence) การให้ความสำคัญกับเหยื่อและผลของการประกอบอาชญากรรมมากกว่าสาเหตุของการประกอบอาชญากรรม และการปรับปรุง รวมถึงปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวบนฐานความคิดของการป้องกันสังคมตามหลักป้องกันสังคมเป็นสำคัญ ทั้งนี้ เพื่อจำกัด ควบคุม และป้องกันไม่ให้เกิดการประกอบอาชญากรรมขึ้นในอนาคต³⁷ อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า การที่วงการนิติศาสตร์ได้มีการตั้งข้อสังเกต ตระหนัก และให้ความสำคัญกับความเสี่ยงอัน

³³ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในตอนต้นของหัวข้อนี้ว่า สังคมเรา ณ ยุคปัจจุบันเป็น “สังคมแห่งความเสี่ยง” ที่จำนวนและความร้ายแรงของความเสี่ยงได้ทวีขึ้นจากสังคมยุคก่อนหน้าเป็นอย่างมาก อีกทั้งมนุษย์ยังได้ตั้งข้อสังเกต ตระหนัก และให้ความสำคัญกับความเสี่ยงอย่างจริงจัง.

³⁴ ความเสี่ยงในยุคนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากยุคก่อน กล่าวอีกนัยหนึ่ง สังคมแห่งความเสี่ยงเป็นยุคที่สะท้อนคิด ไคร่ครวญ หรือไตร่ตรองถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำในยุครัฐสวัสดิการ

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Johannes Keiler and David Roef, op. cit., p. 39.

³⁵ สังคมแห่งความเสี่ยงเป็นยุคที่มีการตั้งข้อสังเกต ตระหนัก และให้ความสำคัญกับความปลอดภัยเพิ่มมากขึ้น เป็นยุคที่ประชาชนต้องการความปลอดภัยจากการประกอบอาชญากรรมทุกรูปแบบ

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Ibid., pp. 37-38.

³⁶ Ibid., pp. 40-41.

³⁷ มีข้อสังเกตว่า การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญต่อการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัวในยุคนี้ ไม่ได้มีลักษณะเป็นการยกเลิกมาตรการไม่ควบคุมตัวที่มีอยู่เดิม หากแต่มีลักษณะเป็นการนำเอาหลักป้องกันสังคมมาบูรณาการเข้ากับมาตรการไม่ควบคุมตัวที่มีอยู่เดิม ยกตัวอย่างเช่น มาตรการพักการลงโทษจำคุก (parole) ที่มีอยู่เดิมไม่ได้ถูกยกเลิก ยังคงมีการนำมาตรการนี้มาปรับใช้ แต่ความรู้สึกของประชาชนในยุคนี้ได้เปลี่ยนแปลงไปจากยุคก่อน กล่าวคือ ประชาชนในยุคนี้มีความรู้สึกว่าเขาต้องการความปลอดภัยจากการมีอยู่และการปรับใช้มาตรการนี้ (รวมถึงมาตรการไม่ควบคุมตัวอื่น ๆ) เพิ่มมากขึ้น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการประกอบอาชญากรรมขึ้นในอนาคต

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Ibid., p. 41.

เป็นผลมาจากการมีอยู่และการปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวอย่างจริงจังนั้น เป็นกรณีที่น่าสนใจนักนิติศาสตร์ได้นำองค์ความรู้เกี่ยวกับความเสี่ยงในมุมมองทางสังคมวิทยา มาศึกษาค้นคว้าต่อยอดในมุมมองทางนิติศาสตร์นั่นเอง³⁸

เมื่อมาตรการไม่ควบคุมตัวเป็นปัจจัยในการสร้างสังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรม ประกอบกับกระบวนการทัศน์หลักเกี่ยวกับการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัวในระดับสากลโลก ณ ยุคปัจจุบันซึ่งเป็นยุคสังคมแห่งความเสี่ยงจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของสังคมเป็นสำคัญ เพราะฉะนั้น มาตรการไม่ควบคุมตัวจึงควรอย่างยิ่งที่จะต้องเข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคมตามหลักป้องกันสังคม โดยในอีกสองหัวข้อถัดจากหัวข้อนี้ไป ได้แก่หัวข้อที่ 3 ผู้เขียนจะทำการศึกษาหลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามมาตรฐานระหว่างประเทศ และหัวข้อที่ 4 จะทำการศึกษาหลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามกฎหมายไทย ว่ามีอยู่หรือไม่ หากมีมีอยู่อย่างไร

³⁸มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า “การบริหารจัดการความเสี่ยง” ได้กลายมาเป็นจุดศูนย์กลางแห่งวิถีคิดของมนุษย์ในยุคนี้ ผลที่ตามมานอกจากก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญต่อการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัวดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ยังก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญต่อนโยบายทางอาญา (criminal policy) และกฎหมายอาญา (criminal law) ด้วย กล่าวโดยขยายความ กรณี “นโยบายทางอาญา” การจำกัด ควบคุม และป้องกันผลที่เป็นภัยอันตราย (การประกอบอาชญากรรม) โดยการข่มขู่ไว้ล่วงหน้า การกำหนดเงื่อนไขที่ไม่ให้อื้ออำนาจหรืออาจนำไปสู่การประกอบอาชญากรรม และการสร้างความปลอดภัยจากการประกอบอาชญากรรม ได้กลายมาเป็นเป้าหมายสูงสุด (ultimate goal) ที่สำคัญเหนือสิ่งอื่นใด ส่วนกรณี “กฎหมายอาญา” ความเสี่ยง คือ เหตุการณ์ในอนาคต ส่วนกฎหมายอาญา คือ สิ่งที่เป็นปัจจุบันซึ่งได้ตระหนักและให้ความสำคัญเพิ่มมากขึ้นต่อการจำกัด ควบคุม และป้องกันผลที่เป็นภัยอันตราย (การประกอบอาชญากรรม) ในอนาคต (forward looking) มากกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดภายหลังจากการประกอบอาชญากรรมได้เกิดขึ้นแล้ว (backward looking) แบบดั้งเดิม

หมายเหตุ นโยบายทางอาญาและกฎหมายอาญามีความสัมพันธ์กันในแง่ที่ว่า นโยบายทางอาญาเป็นปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญา กล่าวอีกนัยหนึ่ง เมื่อนโยบายทางอาญาเปลี่ยนแปลงไปกฎหมายอาญาก็ย่อมเปลี่ยนแปลงไปด้วย ทั้งนี้ แม้ว่านโยบายทางอาญาจะไม่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Ibid., pp. 37, 39; Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2014); Rik Peeters, *The Preventive Gaze: How Prevention Transforms Our Understanding of the State* (Hague: Eleven International Publishing, 2013); David Cole, “The Difference Prevention Makes: Regulating Preventive Justice,” *Criminal Law and Philosophy* 9, 3 (September 2015): 501-519.

3. หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามมาตรฐานระหว่างประเทศ

การศึกษามาตรฐานระหว่างประเทศ (international standard) เกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวจะช่วยให้ทราบและเข้าใจสิ่งที่ถือเอาเป็นเกณฑ์หรือหลักที่กำหนดไว้เพื่อยึดถือปฏิบัติเกี่ยวกับการป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวในระดับสากล ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษา “หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามมาตรฐานระหว่างประเทศ” แบ่งออกเป็น 2 หัวข้อย่อย ได้แก่ หัวข้อที่ 3.1 หลักป้องกันสังคมในข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการไม่ควบคุมตัว (ข้อกำหนดโตเกียว) และหัวข้อที่ 3.2 หลักป้องกันสังคมในข้อมติสหประชาชาติว่าด้วยการส่งเสริมและสนับสนุนการปรับใช้มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกในฐานะส่วนหนึ่งของนโยบายป้องกันอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (ข้อมติเวียนนา) โดยแต่ละหัวข้อย่อยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 หลักป้องกันสังคมในข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการไม่ควบคุมตัว (ข้อกำหนดโตเกียว)

ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการไม่ควบคุมตัว (United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures) หรือข้อกำหนดโตเกียว (The Tokyo Rules) เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศฉบับสำคัญเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุก ข้อกำหนดฉบับนี้ได้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (United Nations General Assembly) เมื่อปี ค.ศ. 1990 (พ.ศ. 2533) ตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า “มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพ (สามารถที่จะนำไปสู่ผลสำเร็จได้) และก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อทั้งผู้กระทำความผิดและสังคม”³⁹ จากสมมติฐานดังกล่าวข้างต้นส่งผลให้ข้อกำหนดฉบับนี้ได้กำหนดหลักการพื้นฐานในการส่งเสริมให้มีการปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัว⁴⁰ รวมถึงกำหนดให้ประเทศสมาชิกพึงพัฒนาให้มีมาตรการไม่ควบคุมตัวไว้ในระบบกฎหมายของตนเพื่อให้มีทางเลือก

³⁹Penal Reform International, **International Standards** [Online], available URL: <https://www.penalreform.org/issues/alternatives-to-imprisonment/international-standards/>, 2022 (August, 3).

⁴⁰The Tokyo Rules “ANNEX

I. GENERAL PRINCIPLES

1. Fundamental aims

1.1 The present Standard Minimum Rules provide a set of basic principles to promote the use of non-custodial measures...”

อื่นอันเป็นการช่วยลดการปรับใช้โทษจำคุก⁴¹ แม้กระนั้น ข้อกำหนดฉบับนี้ได้กำหนดเกี่ยวกับ “หลักป้องกันสังคม” ไว้ด้วย

หลักป้องกันสังคมที่ได้รับการกำหนดไว้ในข้อกำหนดโตเกียวปรากฏอยู่ในภาคผนวก ส่วนที่ 1 หลักการทั่วไป ข้อ 1 จุดมุ่งหมายพื้นฐาน ข้อย่อย 1.4 ที่ว่า “ในการปฏิบัติตามข้อกำหนดฉบับนี้ ประเทศสมาชิกพึงใช้ความพยายามอย่างยิ่งยวดในการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้กระทำ ความผิด สิทธิของผู้เสียหาย และความปลอดภัยของสังคม รวมถึงการป้องกันอาชญากรรม”⁴² ข้อ 2 ขอบเขตของมาตรการไม่ควบคุมตัว ข้อย่อย 2.3 ที่ว่า “โดยคำนึงถึงความเหมาะสมกับสภาพและ

ข้อกำหนดโตเกียว “ภาคผนวก

ส่วนที่ 1 หลักการทั่วไป

1. จุดมุ่งหมายพื้นฐาน

1.1 ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำฉบับนี้กำหนดหลักการพื้นฐานเพื่อที่จะส่งเสริมให้มีการปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัว...”

โปรตุเกส ธรรมนูญประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, เรื่องเดิม, หน้า 6, 34; United Nations Office on Drugs and Crime, op. cit., p. 117; Ibid.

⁴¹The Tokyo Rules “ANNEX

I. GENERAL PRINCIPLES

1. Fundamental aims

1.5 Member States shall develop non-custodial measures within their legal systems to provide other options, thus reducing the use of imprisonment...”

ข้อกำหนดโตเกียว “ภาคผนวก

ส่วนที่ 1 หลักการทั่วไป

1. จุดมุ่งหมายพื้นฐาน

1.5 ประเทศสมาชิกพึงพัฒนาให้มีมาตรการไม่ควบคุมตัวไว้ในระบบกฎหมายของตนเพื่อให้มีทางเลือกอื่นอันเป็นการช่วยลดการปรับใช้โทษจำคุก...”

โปรตุเกส ธรรมนูญประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 7, 35; United Nations Office on Drugs and Crime, Ibid.

⁴²The Tokyo Rules “ANNEX

I. GENERAL PRINCIPLES

1. Fundamental aims

1.4 When implementing the Rules, Member States shall endeavour to ensure a proper balance between the rights of individual offenders, the rights of victims, and the concern of society for public safety and crime prevention.”

ความร้ายแรงแห่งความผิด ลักษณะเฉพาะตัวและประวัติของผู้กระทำความผิด การป้องกันสังคม และการหลีกเลี่ยงการปรับใช้โทษจำคุกโดยไม่จำเป็น ระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรจัดให้มีมาตรการไม่ควบคุมตัวที่มีความหลากหลายและมีขอบเขตที่กว้างขวางตั้งแต่ขั้นตอนก่อนการฟ้องร้อง ไปจนถึงขั้นตอนหลังมีคำพิพากษาลงโทษแล้ว...”⁴³ และส่วนที่ 3 ขั้นตอนการพิจารณาคดีและการกำหนดโทษ ข้อ 8 การกำหนดโทษ ข้อย่อย 8.1 ที่ว่า “ในการพิจารณาว่าจะปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวประเภทใดแก่ผู้กระทำความผิด ศาลพึงคำนึงถึงการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด การป้องกันสังคม และประโยชน์ของผู้เสียหาย โดยศาลควรที่จะสอบถามความเห็นของผู้เสียหายตามสมควรด้วย”⁴⁴

โปรตุเกส, กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 6, 35; United Nations Office on Drugs and Crime, Ibid.

⁴³The Tokyo Rules “ANNEX

I. GENERAL PRINCIPLES

...

2. The scope of non-custodial measures

...

2.3 In order to provide greater flexibility consistent with the nature and gravity of the offence, with the personality and background of the offender and with the protection of society and to avoid unnecessary use of imprisonment, the criminal justice system should provide a wide range of non-custodial measures, from pre-trial to post-sentencing dispositions...”

โปรตุเกส, กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 7-8, 36; United Nations Office on Drugs and Crime, Ibid., p. 118.

⁴⁴The Tokyo Rules “ANNEX

...

III. TRIAL AND SENTENCING STAGE

...

8. Sentencing dispositions

8.1 The judicial authority, having at its disposal a range of non-custodial measures, should take into consideration in making its decision the rehabilitative needs of the offender, the protection of society and the interests of the victim, who should be consulted whenever appropriate.”

โปรตุเกส, กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 12, 41; United Nations Office on Drugs and Crime, ibid., p. 121.

จากที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่าแม้ข้อกำหนดโตเกียวมุ่งส่งเสริมและสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกสหประชาชาติกำหนดให้มีและปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัว แต่ข้อกำหนดฉบับนี้ได้กำหนดให้การปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวของประเทศสมาชิกพึงคำนึงถึง “ความปลอดภัยของสังคม” ตามหลักป้องกันสังคมประกอบด้วย ไม่อาจคำนึงถึงสิทธิ เสรีภาพ และโอกาสของผู้กระทำความผิด แต่เพียงอย่างเดียวได้

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า คำว่า “มาตรการไม่ควบคุมตัว” ในข้อกำหนดโตเกียวมีขอบเขตที่กว้างขวางโดยภาคผนวก ส่วนที่ 1 หลักการทั่วไป ข้อ 2 ขอบเขตของมาตรการไม่ควบคุมตัว ข้อย่อย 2.1 ได้กำหนดไว้ว่า “หลักเกณฑ์ตามข้อกำหนดฉบับนี้ให้ใช้กับบุคคลทุกคนที่อยู่ระหว่างดำเนินคดีพิจารณาคดี หรือลงโทษ หรือตลอดทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งต่อไปข้อกำหนดฉบับนี้จะเรียกโดยย่อว่า ‘ผู้กระทำความผิด’ ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้ต้องสงสัย ผู้ถูกกล่าวหา หรือผู้ต้องโทษจำคุกก็ตาม”⁴⁵ และข้อย่อย 2.3 ได้กำหนดไว้ว่า “...ระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรจัดให้มีมาตรการไม่ควบคุมตัวที่มีความหลากหลายและมีขอบเขตที่กว้างขวางตั้งแต่ขั้นตอนก่อนการฟ้องร้องไปจนถึงขั้นตอนหลังมีคำพิพากษาลงโทษแล้ว...”⁴⁶ ตามที่กล่าวมานี้ เห็นได้ว่า

⁴⁵The Tokyo Rules “ANNEX

I. GENERAL PRINCIPLES

...

2. The scope of non-custodial measures

2.1 The relevant provisions of the present Rules shall be applied to all persons subject to prosecution, trial or the execution of a sentence, at all stages of the administration of criminal justice. For the purposes of the Rules, these persons are referred to as ‘offenders’, irrespective of whether they are suspected, accused or sentenced.”

โปรตุเกส กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 7, 35; United Nations Office on Drugs and Crime, Ibid., pp. 117-118.

⁴⁶The Tokyo Rules “ANNEX

I. GENERAL PRINCIPLES

...

2. The scope of non-custodial measures

...

2.3 ...the criminal justice system should provide a wide range of non-custodial measures, from pre-trial to post-sentencing dispositions...”

โปรตุเกส กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 7-8, 36; United Nations Office on Drugs and Crime, Ibid., p. 118.

คำว่า “มาตรการไม่ควบคุมตัว” ในข้อกำหนดฉบับนี้มีขอบเขตที่กว้างขวางเกินความหมายของคำว่า “มาตรการไม่ควบคุมตัว” ในบทความนี้⁴⁷ ทั้งหมด⁴⁸ เพราะฉะนั้น มาตรการไม่ควบคุมตัวตามกฎหมายไทย ได้แก่ มาตรการลงโทษกักขังแทนการลงโทษจำคุกที่ดี มาตรการยกโทษจำคุกที่ดี มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกที่ดี มาตรการลดวันต้องโทษจำคุกที่ดี มาตรการพักการลงโทษจำคุกที่ดี และมาตรการพระราชทานอภัยโทษจำคุกที่ดี ล้วนอยู่ในขอบเขตของคำว่า “มาตรการไม่ควบคุมตัว” ในข้อกำหนดฉบับนี้ทั้งสิ้น

3.2 หลักป้องกันสังคมในข้อมติสหประชาชาติว่าด้วยการส่งเสริมและสนับสนุนการปรับใช้มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกในฐานะส่วนหนึ่งของนโยบายป้องกันอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (ข้อมติเวียนนา)

ข้อมติสหประชาชาติว่าด้วยการส่งเสริมและสนับสนุนการปรับใช้มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกในฐานะส่วนหนึ่งของนโยบายป้องกันอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Promoting and encouraging the implementation of alternatives to imprisonment as part of comprehensive crime prevention and criminal justice policies)⁴⁹ ซึ่งต่อจากนี้ไปบทความนี้จะเรียกว่า “ข้อมติเวียนนา” (The Vienna Resolution)⁵⁰ เป็นมาตรฐานระหว่าง

⁴⁷ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 2.2 ว่าคำว่า “มาตรการไม่ควบคุมตัว” ในบทความนี้หมายความว่า “มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุก”.

⁴⁸ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 2.2 ว่าในบทความนี้ผู้เขียนได้กำหนดความหมายของคำว่า “มาตรการไม่ควบคุมตัว” ไว้แคบกว่าขอบเขตของมาตรการไม่ควบคุมตัวใน “ข้อกำหนดโตเกียว” โดยคำว่า “มาตรการไม่ควบคุมตัว” ในบทความนี้ไม่ได้หมายความรวมถึงมาตรการในขั้นตอนก่อนการฟ้องร้อง ขั้นตอนระหว่างดำเนินคดี และขั้นตอนพิจารณาคดีด้วย.

⁴⁹ โปรดดู United Nations Economic and Social Council, Commission on Crime Prevention and Criminal Justice: Report on the Twenty-sixth Session (2 December 2016 and 22-26 May 2017), pp. 17-19; United Nations Economic and Social Council, 2017 Resolutions: Promoting and encouraging the implementation of alternatives to imprisonment as part of comprehensive crime prevention and criminal justice policies [Online], available URL: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/RES/2017/19, 2022 (August, 9).

⁵⁰ เหตุที่บทความนี้เรียกข้อมติดังกล่าวว่า “ข้อมติเวียนนา” เนื่องจากผู้แทนของไทยได้เสนอร่างข้อมติฉบับนี้ (draft resolution) ในคราวประชุมคณะกรรมการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Commission on Crime Prevention and Criminal Justice หรือ CCPCJ) เมื่อปี ค.ศ. 2017 (พ.ศ. 2560) ณ กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย และที่ประชุมดังกล่าวได้มีมติเห็นชอบข้อมติดังฉบับนี้

ประเทศเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกที่พัฒนาแนวทางการดำเนินการมาจากข้อกำหนดโตเกียว⁵¹ ได้รับการรับรองจากคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Council หรือ ECOSOC) แห่งสหประชาชาติ เมื่อปี ค.ศ. 2017 (พ.ศ. 2560) ตามคำแนะนำของคณะกรรมการการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (CCPCJ)⁵²

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า การประชุมคณะกรรมการการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (CCPCJ) เป็นการประชุมระดับนานาชาติด้านการป้องกันอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งของสหประชาชาติ จัดขึ้นเป็นประจำทุกปี ข้อใหญ่ใจความของการประชุมคือการปรึกษาหารือนโยบายความร่วมมือระหว่างประเทศด้านการป้องกันอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง การรับมือกับอาชญากรรมร่วมสมัย การส่งเสริมมาตรฐานและค่านิยมของสหประชาชาติ ตลอดจนการแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านการป้องกันอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู คณะกรรมการการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ, รายงาน เรื่อง การพัฒนามาตรการต่อผู้กระทำผิดอาญาแทนการควบคุมตัว (Non - custodial Measures) โดยการมีส่วนร่วมขององค์กรสหวิชาชีพและชุมชน, สำนักกรรมการ 2 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ วันที่ 29 มิถุนายน พ.ศ. 2560, หน้า 10; Thailand Institute of Justice (TIJ), TIJ เตรียมการเข้าร่วมการประชุม CCPCJ สมัยที่ 28 [Online], available URL: <https://www.tijthailand.org/th/highlight/detail/223,2565> (สิงหาคม, 8).

⁵¹คณะกรรมการการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ, เรื่องเดียวกัน.

⁵²คณะกรรมการการว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (CCPCJ) เป็นคณะกรรมการภายใต้คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (ECOSOC) แห่งสหประชาชาติ

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Thailand Institute of Justice (TIJ), เรื่องเดิม.

⁵³The Vienna Resolution “Bearing in mind also the basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters, in which attention was drawn to the fact that restorative justice could provide an adequate response to crime by ensuring a proper balance between the rights of individual offenders, the rights of victims and the concern of society for public safety and crime prevention.”

โปรดดู United Nations Economic and Social Council, 2017 Resolutions: Promoting and encouraging the implementation of alternatives to imprisonment as part of comprehensive crime prevention and criminal justice policies [Online], available URL: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/RES/2017/19, 2022 (August, 9).

สาระสำคัญของข้อมติเวียนนา คือ การส่งเสริมและสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกสหประชาชาติ ปรับใช้มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกตามความเหมาะสม ตลอดจนให้มีการทบทวน เสริมสร้าง พัฒนา และปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (restorative justice) รวมถึงกระบวนการอื่น ๆ ให้มีประสิทธิภาพ (สามารถที่จะนำไปสู่ผลสำเร็จได้) อย่างไรก็ตาม ข้อมติฉบับนี้ได้กำหนดเกี่ยวกับ “หลักป้องกันสังคม” ไว้ด้วย กล่าวคือ ในส่วนของ**อารัมภบท**ได้กำหนดไว้ว่า “คำนึงถึงหลักการพื้นฐานของการปรับใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในเรื่องทางอาญา พิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์สามารถที่จะตอบสนองต่ออาชญากรรมได้อย่างเพียงพอโดยการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้กระทำความผิด สิทธิของผู้เสียหาย และความปลอดภัยของสังคม รวมถึงการป้องกันอาชญากรรม”⁵³

มีข้อสังเกตที่สำคัญว่า คำว่า “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์” ในข้อมติเวียนนามีความหมายที่กว้างขวางพิจารณาจากนิยามที่ปรากฏอยู่ในข้อมติสหประชาชาติเรื่อง “หลักการพื้นฐานของการปรับใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในเรื่องทางอาญา” (Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters)⁵⁴ ภาคผนวก ส่วนที่ 1 นิยาม ข้อ 1 ที่ได้กำหนดไว้ว่า “‘กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์’ หมายถึง โครงการใด ๆ ซึ่งใช้กระบวนการเชิงสมานฉันท์และมุ่งผลสัมฤทธิ์ในทางสมานฉันท์”⁵⁵ จากนิยามดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่า คำนี้มีความหมายที่กว้างขวาง ครอบคลุมกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทุกขั้นตอน ตั้งแต่ขั้นตอนก่อนการพิจารณาคดี (pre-trial stage) ขั้นตอนการพิจารณาคดี (trial stage) ขั้นตอนการกำหนดโทษ

⁵⁴United Nations Economic and Social Council, 2002 Resolutions: Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters [Online], available URL: <https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2002/resolution-2002-12.pdf>, 2022 (August, 15).

มีข้อสังเกตว่า ข้อมติฉบับนี้เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในเรื่องทางอาญา ซึ่งได้รับการรับรองจากคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (ECOSOC) แห่งสหประชาชาติ เมื่อปี ค.ศ. 2002 (พ.ศ. 2545).

⁵⁵Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters “ANNEX I. Use of terms

1. ‘Restorative justice programme’ means any programme that uses restorative processes and seeks to achieve restorative outcomes.”

โปรดดู Ibid.; United Nations Office on Drugs and Crime, **Handbook on Restorative Justice Programmes, Second Edition** (Vienna: United Nations, 2020), pp. 4, 113; สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่ง

(sentencing stage) กระทั่งขั้นตอนหลังการกำหนดโทษ (post-sentencing stage)⁵⁶ ด้วยเหตุนี้ คำนี้จึงมีความหมายครอบคลุมคำว่า “มาตรการไม่ควบคุมตัว” ซึ่งใช้กระบวนการเชิงสมานฉันท์ และมุ่งผลสัมฤทธิ์ในทางสมานฉันท์ในบทความนี้ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง มาตรการไม่ควบคุมตัวตามกฎหมายไทยซึ่งใช้กระบวนการเชิงสมานฉันท์และมุ่งผลสัมฤทธิ์ในทางสมานฉันท์ล้วนอยู่ในความหมายของคำนี้ทั้งสิ้น

4. หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามกฎหมายไทย

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 2 ว่ามาตรการไม่ควบคุมตัวตามกฎหมายไทยมีอยู่ด้วยกันหลายมาตรการ ได้แก่ มาตรการลงโทษกักขังแทนการลงโทษจำคุก มาตรการยกโทษจำคุก มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก มาตรการพักการลงโทษจำคุก และมาตรการพระราชทานอภัยโทษจำคุก ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาหลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามกฎหมายไทยว่ามีอยู่หรือไม่ หากมีมีอยู่อย่างไร

จากการศึกษาพบว่า หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามกฎหมายไทยปรากฏอยู่ใน “มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก” “มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก” และ “มาตรการพักการลงโทษจำคุก” แต่ไม่ปรากฏอยู่ใน “มาตรการลงโทษกักขังแทนการลงโทษจำคุก” “มาตรการยกโทษจำคุก” และ “มาตรการพระราชทานอภัยโทษจำคุก” อนึ่ง หลักป้องกันสังคมที่ปรากฏนั้นมีทั้งที่ปรากฏในรูปแบบนิปริยาย (อย่างตรง) ได้แก่ “มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก” และ “มาตรการพักการลงโทษจำคุก” และที่ปรากฏในรูปแบบปริยาย (อย่างอ้อม) ได้แก่ “มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก”

ประเทศไทย, คำแปลอย่างไม่เป็นทางการ คู่มือว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ฉบับปรับปรุงครั้งที่สอง (กรุงเทพมหานคร: สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, 2564), หน้า 4, 117; สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, ความยุติธรรมสมัครสมาน: แนวทางของประเทศไทยเพื่อนำไปสู่ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (กรุงเทพมหานคร: สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, 2564), หน้า 24, 56.

⁵⁶รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู United Nations Office on Drugs and Crime, Ibid., pp. 41-48; สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, เรื่องเดียวกัน (คำแปลอย่างไม่เป็นทางการ คู่มือว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ฉบับปรับปรุงครั้งที่สอง), หน้า 44-51; สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, เรื่องเดียวกัน (ความยุติธรรมสมัครสมาน: แนวทางของประเทศไทยเพื่อนำไปสู่ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์), หน้า 28.

หลักป้องกันสังคมที่ปรากฏในรูปแบบนิปரியาย กรณี “มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก” กล่าวคือ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 52 วรรคหนึ่ง (5) และ (6)⁵⁷ ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การลดวันต้องโทษจำคุกไว้ และกฎกระทรวงกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกหรือการพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562 ข้อ 28 (3)⁵⁸ ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมไว้ว่า “การพิจารณาปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดจากการลดวันต้องโทษจำคุก ให้นำเหตุปัจจัยดังต่อไปนี้มาพิจารณาด้วย...ผลกระทบด้านความปลอดภัยของสังคม” ส่วนกรณี “มาตรการพักการลงโทษจำคุก” กล่าวคือ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 52 วรรคหนึ่ง (7)⁵⁹ ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การพักการลงโทษจำคุกไว้

⁵⁷พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560, มาตรา 52 วรรคหนึ่ง “นักโทษเด็ดขาดคนใดแสดงให้เห็นว่ามีความประพฤติดี มีความอดสาเห ความก้าวหน้าในการศึกษา และทำการงานเกิดผลดี หรือทำความชอบแก่ทางราชการเป็นพิเศษ อาจได้รับประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

...

(5) ลดวันต้องโทษจำคุกให้เดือนละไม่เกินห้าวัน แต่การลดวันต้องโทษจำคุกจะพึงกระทำได้อ่อนนักโทษเด็ดขาดได้รับโทษจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุดมาแล้วไม่น้อยกว่าหกเดือนหรือหนึ่งในสามของกำหนดโทษตามหมายศาลในขณะนั้นแล้วแต่อย่างใดจะมากกว่า หรือไม่น้อยกว่าสิบปีในกรณีที่ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิตที่มีการเปลี่ยนโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลา ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยลดวันต้องโทษจำคุก

(6) ลดวันต้องโทษจำคุกลงอีกไม่เกินจำนวนวันที่ทำงานสาธารณะหรือทำงานอื่นใดเพื่อประโยชน์ของทางราชการนอกเรือนจำตามมาตรา 49 และอาจได้รับเงินรางวัลด้วยก็ได้

...”.

⁵⁸กฎกระทรวงกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกหรือการพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562, ข้อ 28 “การพิจารณาปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดจากการลดวันต้องโทษจำคุก ให้นำเหตุปัจจัยดังต่อไปนี้มาพิจารณาด้วย

(1) ระยะเวลาการคุมประพฤติ

(2) ความน่าเชื่อถือและความเหมาะสมของผู้ประกอบการในการควบคุมดูแลนักโทษเด็ดขาดให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขจนกว่าจะพ้นโทษ

(3) ผลกระทบด้านความปลอดภัยของสังคม

(4) มีพฤติการณ์ในระหว่างถูกคุมขังจนน่าเชื่อว่าได้กลับตนเป็นคนดี”.

⁵⁹พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560, มาตรา 52 วรรคหนึ่ง (7) “นักโทษเด็ดขาดคนใดแสดงให้เห็นว่ามีความประพฤติดี มีความอดสาเห ความก้าวหน้าในการศึกษา และทำการงานเกิดผลดี หรือทำความชอบแก่ทางราชการเป็นพิเศษ อาจได้รับประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้...พักการลงโทษเมื่อนักโทษเด็ดขาดได้รับโทษมา

และกฎกระทรวงกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกหรือการพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562 ข้อ 44 (4)⁶⁰ ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมไว้ว่า “การพิจารณาการพักการลงโทษให้กับนักโทษเด็ดขาดให้นำเหตุปัจจัยดังต่อไปนี้มาพิจารณาด้วย...ผลกระทบด้านความปลอดภัยของสังคม”⁶¹

ส่วนหลักป้องกันสังคมที่ปรากฏในรูปแบบปริยาย กรณี “มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก” นั้นไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมไว้โดยตรงเช่นกรณี “มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก” และกรณี “มาตรการพักการลงโทษจำคุก” แต่กำหนดไว้โดยอ้อมผ่านการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย กล่าวโดยขยายความ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56

แล้วไม่น้อยกว่าหกเดือนหรือหนึ่งในสามของกำหนดโทษตามหมายศาลในขณะนั้นแล้วแต่อย่างใดจะมากกว่า หรือไม่น้อยกว่าสิบปีในกรณีที่ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิตที่มีการเปลี่ยนโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลา และกำหนดระยะเวลาที่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขให้กำหนดเท่ากับกำหนดโทษที่ยังเหลืออยู่ ทั้งนี้ ในการคำนวณระยะเวลาการพักการลงโทษ ถ้ามีวันลดวันต้องโทษจำคุกตาม (6)ให้นำมารวมกับระยะเวลาในการพักการลงโทษด้วย โดยในการพักการลงโทษให้คณะกรรมการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยการพักการลงโทษ”.

⁶⁰กฎกระทรวงกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกหรือการพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562, ข้อ 44 “การพิจารณาการพักการลงโทษให้กับนักโทษเด็ดขาดให้นำเหตุปัจจัยดังต่อไปนี้มาพิจารณาด้วย

- (1) พฤติการณ์แห่งคดีที่ได้กระทำและการกระทำความผิดที่ได้กระทำมาก่อนแล้ว
- (2) ระยะเวลาการคุมประพฤติ
- (3) ความน่าเชื่อถือและความเหมาะสมของผู้อุปการะในการควบคุมดูแลนักโทษเด็ดขาดให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขจนกว่าจะพ้นโทษ

(4)ผลกระทบด้านความปลอดภัยของสังคม

(5) มีพฤติการณ์ในระหว่างถูกคุมขังจนน่าเชื่อว่าได้กลับตนเป็นคนดี

(6) ผ่านการแก้ไข บำบัด พื้นฟู และพัฒนาพฤตินิสัย”.

⁶¹มีข้อสังเกตว่า “กฎกระทรวงกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกหรือการพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562” ออกโดยอาศัยอำนาจตามความใน “พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560” มาตรา 52 วรรคสอง

หมายเหตุ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560, มาตรา 52 วรรคสอง “การดำเนินการตาม (2) (3) (5) (6) (7) และ (8) ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงโดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ และต้องนำพฤติการณ์การกระทำความผิด ลักษณะความผิด และความรุนแรงของคดี รวมตลอดทั้งการกระทำความผิดที่ได้กระทำมาก่อนแล้วตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 40 มาประกอบการพิจารณาด้วย”.

วรรคหนึ่ง⁶² ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุกไว้ และมาตรา 56 วรรคสอง ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมผ่านการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤตินั้น โดยกำหนดไว้ว่า “เงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤตินั้นของผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ศาลอาจกำหนด ข้อเดียวหรือหลายข้อตามควรแก่กรณีได้ ดังต่อไปนี้...” อนุมาตรา (3) “ให้ละเว้นการคบหาสมาคมหรือ การประพฤติดื้ออันอาจนำไปสู่การกระทำความผิดในทำนองเดียวกันอีก” อนุมาตรา (5) “ให้เข้ารับการ ฝึกอบรม ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด” อนุมาตรา (6) “ห้ามออกนอกสถานที่อยู่อาศัย หรือห้ามเข้าในสถานที่ใดในระหว่างเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ จะใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรืออุปกรณ์ อื่นใดที่สามารถใช้ตรวจสอบหรือจำกัดการเดินทางด้วยก็ได้” อนุมาตรา (9) “ให้ทำทัณฑ์บนโดย กำหนดจำนวนเงินตามที่ศาลเห็นสมควรว่าจะไม่ก่อเหตุร้าย หรือก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลอื่น หรือทรัพย์สิน” และอนุมาตรา (10) “เงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข พื้นฟู หรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดซ้ำหรือมีโอกาสกระทำความผิดซ้ำอีก...” ทั้งนี้ เหตุที่ผู้เขียน กล่าวไว้ หลักป้องกันสังคมปรากฏในรูปแบบปริยาย ไม่ได้ปรากฏในรูปแบบนิปริยาย เนื่องจาก เงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤตินั้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 วรรคสอง (3) (5) (6) (9) และ (10) ดังกล่าวข้างต้นมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อความปลอดภัยของสังคม⁶³ แต่การที่ศาลจะกำหนดเงื่อนไข

⁶²ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 56 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับ และในคดี นั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปีไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตามหรือลงโทษปรับ ถ้าปรากฏว่าผู้นั้น

(1) ไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน หรือ

(2) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือ

(3) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่าห้าปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิด ในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

และเมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือ เหตุอันอันควรปรานีแล้ว ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอกการกำหนดโทษหรือกำหนดโทษแต่รอกการลงโทษไว้ ไม่ว่าจะเป็นโทษจำคุกหรือปรับอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่าง เพื่อให้โอกาสกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะ ได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤตินั้นด้วย หรือไม่ก็ได้”.

⁶³โปรดดู ข้อพิจารณาในการรอกการกำหนดโทษ การกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤตินั้นแต่ละกรณี รวมถึงตัวอย่างคำพิพากษาและตัวอย่างเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤตินั้น (ฉบับคณะอนุกรรมการปรับปรุงแก้ไข คู่มือปฏิบัติราชการของตุลาการ (คณะที่ 1) พิจารณาเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2563) เอกสารแนบท้าย

เพื่อคุ้มครองความประพฤติดังกล่าวข้างต้นได้นั้น ศาลต้องปรับใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกมาก่อน เนื่องจากการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติเป็นขั้นตอนต่อจากการรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุก ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติดังกล่าวข้างต้นโดยที่ไม่ได้ปรับใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกมาก่อนไม่ได้⁶⁴ ดังนั้น แม้จะมีหลักป้องกันสังคมปรากฏอยู่ แต่หลักป้องกันสังคมไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นเหตุปัจจัยในการพิจารณาขอ/ไม่รอกการกำหนดโทษและการลงโทษจำคุกแก่ผู้กระทำความผิด แตกต่างจากกรณี “มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก” และกรณี “มาตรการพักการลงโทษจำคุก” ที่หลักป้องกันสังคมถูกกำหนดให้เป็นเหตุปัจจัยในการพิจารณาปล่อย/ไม่ปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดจากการลดวันต้องโทษจำคุก และในการพิจารณาพัก/ไม่พักการลงโทษจำคุกให้กับนักโทษเด็ดขาด แล้วแต่กรณี

5. บทสรุป

จากที่ได้ทำการศึกษาในบทความนี้ ผู้เขียนได้ข้อค้นพบจำแนกตามหัวข้อดังต่อไปนี้ **หัวข้อที่ 2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคม** หัวข้อย่อยที่ 2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมทั่ว ๆ ไป พบว่า ปัจจุบันสังคมเราจัดอยู่ในยุคสมัยใหม่ช่วงหลัง เป็นสังคมที่มีความก้าวหน้าอย่างเต็มที่ จำนวนและความร้ายแรงของความเสียหายได้ทวีขึ้นจากสังคมยุคก่อนหน้าเป็นอย่างมาก ประกอบกับมนุษย์ได้ตั้งข้อสังเกต ตระหนัก และให้ความสำคัญกับความเสียหายอย่างจริงจัง เนื่องจากมนุษย์มีความวิตกกังวลว่า ผลที่เป็นความทุกข์หรืออันตรายจากเหตุการณ์ต่าง ๆ จะเกิดขึ้นกับตนเองและ/หรือสังคม หากเป็นความเสี่ยงที่มนุษย์ (ในระดับปัจเจกบุคคล) สามารถที่จะบริหารจัดการด้วยตนเองได้ ย่อมไม่น่าเป็นห่วงเท่าใดนัก เพราะมนุษย์สามารถบริหารจัดการความเสี่ยงนั้นได้ด้วยตนเอง แต่หากเป็นความเสี่ยงที่มนุษย์ไม่สามารถที่จะบริหารจัดการด้วยตนเองได้ ย่อมค่อนข้างน่าเป็นห่วง เพราะมนุษย์ไม่สามารถบริหารจัดการความเสี่ยงนั้นได้ด้วยตนเอง เป็นความเสี่ยงที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสี่ยงสาธารณะที่หากผลเกิดขึ้นแล้วจะก่อให้เกิดความทุกข์หรืออันตราย

ข้อ 2 แนวทางในการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ ข้อย่อย 2 ประกอบกับข้อสังเกตอนุมาตรา (3) อนุมาตรา (5) อนุมาตรา (6) และอนุมาตรา (9); คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559 (ฉบับลงวันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2559) ข้อ 13 (2) และ (3).

⁶⁴ กล่าวถึงเฉพาะการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติในมาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุกเท่านั้น ไม่รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติในกรณีอื่นและในมาตรการอื่นด้วย.

แก่สังคมโดยรวม หรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม ย่อมน่าเป็นห่วงเป็นอย่างมาก เช่น ความเสี่ยงจากภาวะเงินเฟ้อขึ้นรุนแรง ความเสี่ยงจากภาวะการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรง และความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมร้ายแรง เป็นต้น ซึ่งรัฐจะต้องเข้ามาบริหารจัดการความเสี่ยงเช่นว่านี้เพื่อสร้างความปลอดภัยแก่สังคมตามหลักป้องกันสังคม โดยถือว่าเป็นพันธกิจหลักพันธกิจหนึ่งของรัฐในยุคสังคมสมัยใหม่ช่วงหลัง ไม่ว่ามนุษย์ในสังคมจะเรียกร้องให้รัฐเข้ามาบริหารจัดการความเสี่ยงเช่นว่านี้หรือไม่ก็ตาม **หัวข้อย่อยที่ 2.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมในกฎหมาย** พบว่า ความเสี่ยงเป็นแก่นแกนของความทันสมัย เมื่อสังคมเรา ณ ปัจจุบันจัดอยู่ในยุคสมัยใหม่ช่วงหลังที่มีความก้าวหน้าอย่างเต็มที่จึงอาจกล่าวได้ว่าสังคมเราเป็น “สังคมแห่งความเสี่ยง” ทั้งนี้ บ่อเกิดของความเสี่ยงมาจากทั้งปรากฏการณ์ทางธรรมชาติและการกระทำของมนุษย์ เมื่อเจาะจงไปที่การกระทำของมนุษย์ที่ก่อให้เกิดปัจจัยในกระบวนการสร้างสังคมแห่งความเสี่ยง “จากการประกอบอาชญากรรม” และกฎหมาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญา) ได้เข้ามา/ควรเข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคมตามหลักป้องกันสังคมแล้ว สามารถแบ่งความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์ในเรื่องนี้ออกเป็น 2 กรณีใหญ่ ๆ ได้แก่ กรณีที่ 1 ความเสี่ยงจากปัจจัยทั่ว ๆ ไป กล่าวคือ สังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมเกิดขึ้นจากความทันสมัยของปัจจัยด้านต่าง ๆ ที่มีผลต่อสังคม การที่มนุษย์สร้างและพัฒนาปัจจัยด้านใดด้านหนึ่งให้มีความทันสมัยหรือให้มีความทันสมัยมากยิ่งขึ้น ผลต่อสังคมมักจะมีลักษณะเป็นดาบสองคม แ่งหนึ่งสังคมจะได้รับประโยชน์จากความทันสมัยของปัจจัยด้านนั้น แต่อีกแ่งหนึ่งสังคมจะได้รับผลกระทบจากความทันสมัยของปัจจัยด้านนั้น ซึ่งผลกระทบในบริบทที่ผู้เขียนกำลังกล่าวถึงอยู่นี้คือ “ความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ” ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับปัจจัยด้านนั้น อนึ่ง สังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรมอาจเกิดขึ้นจากปัจจัยด้านอื่น ๆ ที่มีผลต่อสังคมโดยที่ปัจจัยด้านนั้น ๆ ไม่จำเป็นต้องมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์โดยตรงกับความทันสมัยแต่อย่างใด ในกรณีที่ 1 นี้กฎหมาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญา) ทั้งที่ปรากฏอยู่ในรูปของประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และกฎหมายลำดับรองต่างได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคมโดยการบัญญัติมาตรการต่าง ๆ รวมถึงบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ที่ประกอบอาชญากรรมต่าง ๆ ไว้ และกรณีที่ 2 ความเสี่ยงจากปัจจัยด้านกฎหมาย กล่าวคือ ส่วนใหญ่แล้วกฎหมายไม่ได้เป็นปัจจัยในการสร้างสังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรม ตรงกันข้าม กฎหมายได้ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคมดังที่ได้กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่กฎหมายเป็นปัจจัยในการสร้างสังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรม ซึ่งหากจะกล่าวในบริบทของบทความนี้ก็คือ “มาตรการไม่ควบคุมตัว” นั่นเอง เหตุที่มาตรการไม่ควบคุมตัวเป็นปัจจัยในการสร้างสังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรม เนื่องจากเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ต้องถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ ผู้กระทำ

ความผิย้อมมีโอกาส (มากยิ่งขึ้น) ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ๆ ในสังคม ตลอดจนมีโอกาส (มากยิ่งขึ้น) ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยการทำผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำ ทั้งนี้ กระบวนทัศน์หลักเกี่ยวกับการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัวในสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศซีกโลกตะวันตก อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ยุคใหญ่ ๆ ได้แก่ 1) ยุคดั้งเดิม เป็นยุคที่กระบวนกรยุติธรรมทางอาญาได้คำนึงถึง “ความสงบเรียบร้อยของสังคม” ประกอบกับ “ประโยชน์ของผู้เสียหาย” เป็นสำคัญ เมื่อเกิดการกระทำความผิดทางอาญาที่มีโทษจำคุกขึ้นโดยทั่วไปแล้วรัฐจะลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดสถานหนักและลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดจริงตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ 2) ยุครัฐสวัสดิการ เป็นยุคที่ “สิทธิ เสรีภาพ และโอกาสของผู้กระทำความผิด” ในกระบวนกรยุติธรรมทางอาญาได้ถือกำเนิดขึ้นและเฟื่องฟูเป็นอย่างมาก รัฐได้บัญญัติมาตรการไม่ควบคุมตัวใหม่ ๆ ขึ้นมาหลายมาตรการ และได้ปรับใช้มาตรการที่บัญญัติขึ้นมาเป็นทางเลือกแทนการลงโทษจำคุก อาทิ มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก และมาตรการพักการลงโทษจำคุก เป็นต้น และ 3) ยุคสังคมแห่งความเสี่ยง เป็นยุคที่กระบวนกรยุติธรรมทางอาญาได้คำนึงถึง “ความปลอดภัยของสังคม” เป็นสำคัญ กล่าวคือ วงการนิติศาสตร์ได้มีการตั้งข้อสังเกต ตระหนัก และให้ความสำคัญกับความเสี่ยงอันเป็นผลมาจากการมีอยู่และการปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวอย่างจริงจัง เนื่องจากนักนิติศาสตร์มีความวิตกกังวลว่าผลที่เป็นภัยอันตราย (การประกอบอาชญากรรม) จากการมีอยู่และการปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวจะเกิดขึ้นกับตนเอง ประชาชน และ/หรือสังคม ด้วยเหตุนี้ ยุคนี้จึงเกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญต่อการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัว ได้แก่ การปรากฏขึ้นเด่นชัดอีกครั้งของการลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดจริงตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ และการปรับปรุงรวมถึงปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวบนฐานความคิดของการป้องกันสังคมตามหลักป้องกันสังคมเป็นสำคัญ เพื่อจำกัด ควบคุม และป้องกันไม่ให้เกิดการประกอบอาชญากรรมขึ้นในอนาคต ในกรณีที่ 2 นี้เมื่อมาตรการไม่ควบคุมตัวเป็นปัจจัยในการสร้างสังคมแห่งความเสี่ยงจากการประกอบอาชญากรรม ประกอบกับกระบวนทัศน์หลักเกี่ยวกับการลงโทษจำคุกและมาตรการไม่ควบคุมตัวในระดับสากลโลก ณ ยุคปัจจุบันซึ่งเป็นยุคสังคมแห่งความเสี่ยงจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของสังคมเป็นสำคัญ เพราะฉะนั้น มาตรการไม่ควบคุมตัวจึงควรอย่างยิ่งที่จะต้องเข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างความปลอดภัยแก่สังคมตามหลักป้องกันสังคม

หัวข้อที่ 3 หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามมาตรฐานระหว่างประเทศ
หัวข้อย่อยที่ 3.1 หลักป้องกันสังคมในข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการไม่ควบคุมตัว (ข้อกำหนดโตเกียว) พบว่า ข้อกำหนดฉบับนี้เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศฉบับสำคัญเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุก มุ่งส่งเสริมและสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกสหประชาชาติ

กำหนดให้มีและปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัว ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมไว้ในภาคผนวก ส่วนที่ 1 หลักการทั่วไป ข้อ 1 จุดมุ่งหมายพื้นฐาน ข้อย่อย 1.4 ที่ว่า “ในการปฏิบัติตามข้อกำหนดฉบับนี้ ประเทศสมาชิกพึงใช้ความพยายามอย่างยิ่งยวดในการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้กระทำความผิด สิทธิของผู้เสียหาย และความปลอดภัยของสังคม รวมถึงการป้องกันอาชญากรรม” ข้อ 2 ขอบเขตของมาตรการไม่ควบคุมตัว ข้อย่อย 2.3 ที่ว่า “โดยคำนึงถึงความเหมาะสมกับสภาพและความร้ายแรงแห่งความผิด ลักษณะเฉพาะตัวและประวัติของผู้กระทำความผิด การป้องกันสังคม และการหลีกเลี่ยงการปรับใช้โทษจำคุกโดยไม่จำเป็น ระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรจัดให้มีมาตรการไม่ควบคุมตัวที่มีความหลากหลายและมีขอบเขตที่กว้างขวางตั้งแต่ขั้นตอนก่อนการฟ้องร้อง ไปจนถึงขั้นตอนหลังมีคำพิพากษาลงโทษแล้ว...” และส่วนที่ 3 ขั้นตอนการพิจารณาคดีและการกำหนดโทษ ข้อ 8 การกำหนดโทษ ข้อย่อย 8.1 ที่ว่า “ในการพิจารณาว่าจะปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวประเภทใดแก่ผู้กระทำความผิด ศาลพึงคำนึงถึงการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด การป้องกันสังคม และประโยชน์ของผู้เสียหาย โดยศาลควรที่จะสอบถามความเห็นของผู้เสียหายตามสมควรด้วย” หัวข้อย่อยที่ 3.2 หลักป้องกันสังคมในข้อมติสหประชาชาติว่าด้วยการส่งเสริมและสนับสนุนการปรับใช้มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกในฐานะส่วนหนึ่งของนโยบายป้องกันอาชญากรรม และกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (ข้อมติเวียนนา) พบว่า ข้อมติฉบับนี้เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกที่พัฒนาแนวทางการดำเนินการมาจากข้อกำหนดเดียวกัน มุ่งส่งเสริมและสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกสหประชาชาติปรับใช้มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกตามความเหมาะสม ตลอดจนให้มีการทบทวน เสริมสร้าง พัฒนา และปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ รวมถึงกระบวนการอื่น ๆ ให้มีประสิทธิภาพ (สามารถที่จะนำไปสู่ผลสำเร็จได้) ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมไว้ในอารัมภบทว่า “คำนึงถึงหลักการพื้นฐานของการปรับใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในเรื่องทางอาญา พิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์สามารถที่จะตอบสนองต่ออาชญากรรมได้อย่างเพียงพอ โดยการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้กระทำความผิด สิทธิของผู้เสียหาย และความปลอดภัยของสังคม รวมถึงการป้องกันอาชญากรรม”

สุดท้ายหัวข้อที่ 4 หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามกฎหมายไทย พบว่า หลักป้องกันสังคมในมาตรการไม่ควบคุมตัวตามกฎหมายไทยปรากฏอยู่ใน “มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก” “มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก” และ “มาตรการพักการลงโทษจำคุก” แต่ไม่ปรากฏอยู่ใน “มาตรการลงโทษกักขังแทนการลงโทษจำคุก” “มาตรการยกโทษจำคุก” และ “มาตรการพระราชทานอภัยโทษจำคุก” ทั้งนี้ หลักป้องกันสังคมที่ปรากฏนั้นมีทั้งที่ปรากฏในรูปแบบนิปราย (อย่างตรง) ได้แก่ “มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก” และ “มาตรการพักการลงโทษจำคุก”

และที่ปรากฏในรูปแบบปริยาย (อย่างอ้อม) ได้แก่ “มาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก” กรณีมาตรการลดวันต้องโทษจำคุก กล่าวคือ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 52 วรรคหนึ่ง (5) และ (6) ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การลดวันต้องโทษจำคุกไว้ และกฎกระทรวงกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกหรือการพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562 ข้อ 28 (3) ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมไว้ว่า “การพิจารณาปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดจากการลดวันต้องโทษจำคุก ให้นำเหตุปัจจัยดังต่อไปนี้มาพิจารณาด้วย...ผลกระทบด้านความปลอดภัยของสังคม” กรณีมาตรการพักการลงโทษจำคุก กล่าวคือ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 52 วรรคหนึ่ง (7) ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การพักการลงโทษจำคุกไว้ และกฎกระทรวงกำหนดประโยชน์ของนักโทษเด็ดขาด และเงื่อนไขที่นักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับการลดวันต้องโทษจำคุกหรือการพักการลงโทษและได้รับการปล่อยตัวต้องปฏิบัติ พ.ศ. 2562 ข้อ 44 (4) ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมไว้ว่า “การพิจารณาการพักการลงโทษให้กับนักโทษเด็ดขาด ให้นำเหตุปัจจัยดังต่อไปนี้มาพิจารณาด้วย...ผลกระทบด้านความปลอดภัยของสังคม” และกรณีมาตรการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษจำคุก กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษจำคุกไว้ และมาตรา 56 วรรคสอง ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักป้องกันสังคมผ่านการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤตินี้ไว้ โดยกำหนดไว้ว่า “เงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤตินี้ของผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ศาลอาจกำหนดข้อเดียวหรือหลายข้อตามควรแก่กรณีได้ ดังต่อไปนี้...” อนุมาตรา (3) “ให้ละเว้นการคบหาสมาคมหรือการประพฤติดังต่อไปนี้ไปสู่การกระทำความผิดในทำนองเดียวกันอีก” อนุมาตรา (5) “ให้เข้ารับการฝึกอบรม ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด” อนุมาตรา (6) “ห้ามออกนอกสถานที่อยู่อาศัย หรือห้ามเข้าในสถานที่ใดในระหว่างเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ จะใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรืออุปกรณ์อื่นใดที่สามารถใช้ตรวจสอบหรือจำกัดการเดินทางด้วยก็ได้” อนุมาตรา (9) “ให้ทำทัณฑ์บนโดยกำหนดจำนวนเงินตามที่ศาลเห็นสมควรว่าจะไม่ก่อเหตุร้าย หรือก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สิน” และอนุมาตรา (10) “เงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข พื้นฟู หรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีก...”

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2562.
- คณะกรรมการการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ. รายงาน เรื่อง การพัฒนามาตรการต่อผู้กระทำผิดอาญาแทนการควบคุมตัว (Non - custodial Measures) โดยการมีส่วนร่วมขององค์กรวิชาชีพและชุมชน. สำนักกรรมการ 2 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ วันที่ 29 มิถุนายน พ.ศ. 2560.
- เชษฐา พวงหัตถ์. “สภาวะสมัยใหม่และความเสี่ยง: มุมมองทางสังคมวิทยา.” วารสารวิชาการคณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ 12, 1 (มิถุนายน 2559): 16-35.
- ณรงค์ ใจหาญ. กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564.
- ปกรณ์ มณีปกรณ์. อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เอ็มที เพรส, 2553.
- ปรียาพร ศรีมงคล และรณกรณ์ บุญมี. สรุปลงโดย เฟลิตา ดันรังสรรค์. “พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการพระราชทานอภัยโทษ.” วารสารจลนิตี 6, 5 (ตุลาคม 2552): 68-71.
- ฝ่ายค้นคว้าและเปรียบเทียบกฎหมาย กองกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. แนวนโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับสกุลเงินดิจิทัล [Online]. Available URL: <https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/Digital%20Currency.pdf>, 2565 (เมษายน, 17).
- ศิริ ปะทะซึ้ง. “การอภัยโทษ: ศึกษาปัญหาทางกฎหมายในการอภัยโทษ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2550.
- สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย. ความยุติธรรมสมควร: แนวทางของประเทศไทย เพื่อนำไปสู่ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์. กรุงเทพมหานคร: สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, 2564.
- สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย. คำแปลอย่างไม่เป็นทางการ คู่มือว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ฉบับปรับปรุงครั้งที่สอง. กรุงเทพมหานคร: สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, 2564.

สมสุข หินวิมาน. “การสื่อสารกับสังคมแห่งความเสี่ยง.” **วารสารวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย** 5, 1 (มิถุนายน 2553): 37.

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. **พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554** [Online]. Available URL: <https://dictionary.orst.go.th>, 2565 (เมษายน, 5).

อริยพร โพธิ์ใส. “การหลบหนีเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายกับการแพร่ระบาดของเชื้อโควิด 19.” **วารสารจุลนิติ** 18, 1 (กุมภาพันธ์ 2564): 117-125.

_____. “หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขอพระราชทานอภัยโทษ.” **วารสารจุลนิติ** 6, 6 (ธันวาคม 2552): 143.

อัจฉริยา ชูตินันท์. **อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

อณณพ ชูบำรุง และอุนิษา เลิศโตมรสกุล. **อาชญากรรมและอาชญวิทยา**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.

Ashworth, Andrew and Zedner, Lucia. **Preventive Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Beck, Ulrich. **Risk Society: Towards a New Modernity**. London: Sage, 1992.

_____. **World Risk Society**. New York: Polity Press, 1999.

Cole, David. “The Difference Prevention Makes: Regulating Preventive Justice.” **Criminal Law and Philosophy** 9, 3 (September 2015): 501-519.

Garland, David. **The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Giddens, Anthony. “Risk and Responsibility.” **Modern Law Review** 62, 1 (January 1999): 1-10.

_____. **Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age**. Stanford: Stanford University Press, 1991.

_____. **The Consequences of Modernity**. Cambridge: Polity Press, 1990.

Hogg, Russel. “Crime Control in Late Modernity - David Garland’s *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, 2001, Oxford University Press.” **Current Issues in Criminal Justice** 14, 2 (November 2002): 225.

Keiler, Johannes and David Roef. “Principles of Criminalisation and the Limits of Criminal Law.” in **Comparative Concepts of Criminal Law**. Edited by Johannes Keiler and David Roef. 3rd ed. Cambridge: Intersentia, 2019.

Lupton, Deborah. **Risk**. London: Routledge, 1999.

Nova Bizz. **กระบวนทัศน์** [Online]. Available URL: <https://www.novabizz.com/NovaAce/Paradigm.htm>, 2565 (มิถุนายน, 11).

Peeters, Rik. **The Preventive Gaze: How Prevention Transforms Our Understanding of the State**. Hague: Eleven International Publishing, 2013.

Penal Reform International. **International Standards** [Online]. Available URL: <https://www.penalreform.org/issues/alternatives-to-imprisonment/international-standards/>, 2022 (August, 3).

Rosa, Eugene A. "Metatheoretical Foundations for Post-normal Risk." **Journal of Risk Research** 1, 1 (January 1998): 15-44.

Thailand Institute of Justice (TIJ). **TIJ เตรียมการเข้าร่วมการประชุม CCPCJ สมัยที่ 28** [Online]. Available URL: <https://www.tijthailand.org/th/highlight/detail/223>, 2565 (สิงหาคม, 8).

United Nations Economic and Social Council. **2002 Resolutions: Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters** [Online]. Available URL: <https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2002/resolution-2002-12.pdf>, 2022 (August, 15).

_____. **2017 Resolutions: Promoting and encouraging the implementation of alternatives to imprisonment as part of comprehensive crime prevention and criminal justice policies** [Online]. Available URL: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/RES/2017/19, 2022 (August, 9).

_____. **Commission on Crime Prevention and Criminal Justice: Report on the Twenty-sixth Session (2 December 2016 and 22-26 May 2017)**.

United Nations Office on Drugs and Crime. **Compendium of United Nations Standards and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice**.

United Nations Office on Drugs and Crime. **Handbook on Restorative Justice Programmes, Second Edition**. Vienna: United Nations, 2020.

ยุติธรรมชุมชน: เปลี่ยนความขัดแย้งสู่การสร้าง
ชุมชนเข้มแข็ง

นางลักษณ์ ยอดมงคล และคณะ

ยุติธรรมชุมชน : เปลี่ยนความขัดแย้งสู่การสร้างชุมชนเข้มแข็ง*

Community Justice: Conflict Transformation toward Strengthened Community

นงลักษณ์ ยอดมงคล** และคณะ

Nonglak Yodmongkol et al.,

บทคัดย่อ

บทความนี้นำเสนอการถอดบทเรียนประสบการณ์การดำเนินงานของพื้นที่ 14 ชุมชนกรณีศึกษาที่มีประสบการณ์นำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์และยุติธรรมชุมชนไปใช้ในการจัดการความขัดแย้งในชุมชนได้สำเร็จ รวมทั้งสามารถฟื้นฟูความสัมพันธ์ให้ชุมชนรักษาความเป็นชุมชนและอยู่ร่วมกันอย่างสมานฉันท์ นอกจากนี้ความรู้จากบทเรียนวิธีการและกลไกการแก้ไขความขัดแย้งของพื้นที่แล้ว ได้แสดงการนำไปสู่การจัดโครงสร้างความสัมพันธ์ภายในชุมชนแบบใหม่ในลักษณะการจัดโครงสร้างความสัมพันธ์ภายในชุมชนแบบใหม่หรือชุดใหม่ กลไกความร่วมมือในการจัดการ

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “การพัฒนากระบวนการยุติธรรมชุมชนเพื่อสังคมสุขภาวะ” โดยได้รับทุนอุดหนุนจากกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.) ประจำปี พ.ศ. 2565 โดยมีนายไพสิฐ พาณิชย์กุล เป็นหัวหน้าโครงการ ผู้ร่วมวิจัยประกอบด้วย นางสาวนงลักษณ์ ยอดมงคล, ดร.เชิษฐา เรืองสวัสดิ์, นางสาววรลักษณ์ นาคเสน, นายเขมชาติ ตนบุญ, รองศาสตราจารย์ ดร.วรรณชลี โนริยา, นางสาววิไลวรรณ สิริสุทธิ, นายชาญเชาวน์ ไชยานุกิจ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ทพ.วีระศักดิ์ พุทธาศรี.

This article is part of the research title “Development of Community Justice for Healthy Society.” This research is funded by The Thai Health Promotion Foundation. Mr.Paisit Panitkul is the project leader. Co-Researcher are Miss Nonglak Yodmongkol, Dr.Chernporn Ruengsawat, Miss Waralak naksen, Mr.Khemmachart tonboon, Associate Professor Dr.Wanchalee Noriya, Miss Wilaiwan Sirisut, Mr.Chanchao Chaiyanukij and Assistant Professor Dr.Weerasak Putthasri.

**ผู้เชี่ยวชาญ สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ; วท.บ. มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ; วท.ม. มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ. E-mail: Nonglak@nationalhealth.or.th

Expert at National Health Commission Officer; M.Sc. Srinakharinwirot University; B.Sc. Srinakharinwirot University.

วันที่รับบทความ (received) 17 มิถุนายน 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 2 พฤศจิกายน 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 23 พฤศจิกายน 2565.

ความขัดแย้งมีองค์ประกอบของแกนนำที่เป็นสมาชิกชุมชนร่วมกับตัวแทนของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง ผู้นำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นักพัฒนาเอกชน ซึ่งมีความสำคัญของการจัดความสัมพันธ์ภายในชุมชนแบบใหม่ที่จะนำไปสู่การเปลี่ยนแปลง และดึงให้สมาชิกในชุมชนช่วยกันสานฟื้นฟูความร่วมมือความสัมพันธ์ในด้านต่าง ๆ ที่นอกจากผลในการรวมหาทางออกของความขัดแย้งแล้ว ยังเป็นกระบวนการยกระดับสู่ความเข้มแข็งของชุมชนซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญของการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมก้าวสู่สังคมสุขภาวะของพื้นที่นั้นได้

คำสำคัญ: ระบบยุติธรรมชุมชน, การจัดการความขัดแย้ง, สังคมสุขภาวะ

Abstract

This paper aimed to document the learning experience of 14 selected communities where community justice concept has been adopted as a mechanism to solve internal conflicts successfully and revived desirable relationship of their community members. We found that methods and mechanisms implemented in those selected communities not only resolving the conflict, but also lead to the re-arrangement of new community relationship. The cooperation mechanisms for management of community conflicts consisted of community leaders, community members, and relevant government agencies were established. The evidence demonstrated the transformation from community conflict toward positive and strengthened community relationship. This conflict management tool and mechanism possibly enhanced community capacity toward the social well-being and sustainable development of the society in various aspects.

Keywords: community justice, conflict management, society well-being

1. บทนำ

แนวคิด “ยุติธรรมชุมชน (Community Justice)” ได้รับความสำคัญมากขึ้นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง แต่ในทางปฏิบัติก็ยังมีความท้าทายในหลายประเด็น อาทิ การรับรู้และความเข้าใจในการกิจและบทบาทของยุติธรรมชุมชน การสร้างยุติธรรมชุมชนให้มีความเป็นสถาบันเคียงคู่ยุติธรรมกระแสหลัก งานวิจัยหรือชุดความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาระบบยุติธรรมชุมชนในมิติต่าง ๆ รวมทั้งรูปธรรมการแก้ปัญหาจริงในพื้นที่ เช่น มาตรการในการจะไปสู่การปฏิรูปให้เป็นไปตามแผนของพื้นที่ รูปแบบการพัฒนาศักยภาพแกนนำขับเคลื่อนระดับพื้นที่ และการสื่อสารที่มีประสิทธิภาพให้ทุกภาคส่วนเคลื่อนไปยังเป้าหมายที่วางไว้ ระบบติดตามสนับสนุน รวมถึงข้อเสนอนโยบายที่จะนำไปสู่การปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม อีกทั้งต้องพึงกระแสของสังคม และเครื่องมือการสื่อสารในการประชาสัมพันธ์ให้เกิดการสร้างแรงสนับสนุนให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมชุมชนที่มากขึ้นได้

ยุติธรรมชุมชนสอดคล้องกับโอกาสแนวคิดการกระจายอำนาจสู่ชุมชนท้องถิ่นเพื่อให้สามารถตอบสนองต่อความต้องการ และบริบทที่แตกต่างกันหลากหลายของประชาชนในแต่ละพื้นที่ เพื่อให้ประชาชนในพื้นที่ ได้มีบริการสาธารณะที่ดีและมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นซึ่งรูปแบบวิธีการจัดการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตัดสินใจหรือความขัดแย้งที่มีความยืดหยุ่น จะถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นทั้งทางออกของปัญหาที่เกิดจากกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักและเป็นทางเลือกใหม่ให้กับคู่ความขัดแย้งเชิงสมานฉันท์ ที่จะมีการยอมรับและนำมาใช้ในการจัดการความขัดแย้งมากขึ้น ซึ่งปัจจุบันกระทรวงยุติธรรมได้กำหนดกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ และยุติธรรมชุมชนไว้ในยุทธศาสตร์กระทรวงยุติธรรม 20 ปี (พ.ศ. 2560 – พ.ศ. 2579) ในยุทธศาสตร์การสร้างความปลอดภัยและสมานฉันท์ซึ่งเป็นผลมาจากนโยบายของกระทรวงยุติธรรมตั้งแต่ พ.ศ. 2545 ที่กำหนดค่านิยมร่วมขององค์กรไว้ว่า “ยุติธรรมทั่วหน้า ประชาชนมีส่วนร่วม (Justice for all)”¹ ซึ่งสอดคล้องกับรากฐานทางวัฒนธรรมในการจัดการความขัดแย้งของสังคมไทยซึ่งเป็นกระบวนการหนึ่งในการเสริมสร้างความเข้มแข็งของชุมชนในอดีตไม่ให้เกิดแยกกลุ่มสลายลงเพราะเหตุของความขัดแย้งภายในชุมชน

จากการทบทวนวรรณกรรม ความสามารถในการจัดการความขัดแย้งในชุมชน และยกระดับการจัดการกับปัญหาไปสู่การพัฒนาความเป็นอยู่ของชุมชนที่ดีขึ้นหรือมีความเข้มแข็งมากขึ้นนั้น ต้องมีองค์ประกอบสำคัญ ๆ 5 ประการ คือ 1) มีการจัดทำระบบฐานข้อมูลเกี่ยวกับชุมชน เกี่ยวกับ

¹กระทรวงยุติธรรม, *ภารกิจกระทรวงยุติธรรม* [Online], available URL:<https://www.moj.go.th/view/7536,2565> (พฤษภาคม, 26).

สถานการณ์ปัญหาและความขัดแย้งของชุมชน และใช้ข้อมูลต่าง ๆ นั้นออกแบบกิจกรรมหรือกระบวนการที่นำไปสู่การจัดการความขัดแย้งของชุมชน 2) มีการพัฒนากลไกความร่วมมือในรูปแบบต่าง ๆ ที่ทำให้เกิดการแก้ปัญหาความขัดแย้ง การแสวงหาทางออกจากฝ่ายต่าง ๆ แบบค่อยเป็นค่อยไป จนเป็นกลไกที่เหมาะสมในการจัดการกับความขัดแย้งในแต่ละประเด็นหรือแต่ละช่วงเวลา 3) มีการดำเนินการจัดทำแผนปฏิบัติการต่าง ๆ ที่จะดำเนินการเพื่อนำไปสู่การจัดการความขัดแย้ง หรือมีกิจกรรม กระบวนการ หรือโครงการที่จะดำเนินการโดยการมีส่วนร่วมของประชาชนในอนาคต 4) ชุมชนหรือท้องถิ่นมีการพัฒนาเครื่องมือที่จะช่วยป้องกันปัญหาความขัดแย้งในระดับชุมชนในรูปแบบของ กฎ กติกา ระเบียบ ธรรมนูญ หรือข้อบัญญัติที่เหมาะสมกับบริบทพื้นที่ ทั้งในรูปแบบที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ และ 5) ภายหลังที่แต่ละชุมชนหรือท้องถิ่นสามารถที่จะจัดการกับความขัดแย้งได้ในระดับต่าง ๆ แล้ว ควรมีการพัฒนาแบบติดตาม สนับสนุน และเฝ้าระวัง ที่จะช่วยป้องกันปัญหาความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

ดังนั้น การศึกษาจากประสบการณ์พื้นที่จริงที่ได้ผ่านประสบการณ์การจัดการความขัดแย้งด้วยหลักการของยุติธรรมชุมชนจะเป็นประโยชน์ต่อการอธิบายการถ่ายทอดแนวคิดยุติธรรมชุมชนสู่การปฏิบัติได้จริง รวมทั้งช่วยอธิบายสาเหตุปัญหาทางนโยบายและกลไกนโยบายที่ส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรม ไม่มีประสิทธิภาพ การจัดการปัญหาของภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการจัดการความขัดแย้งในลักษณะต่าง ๆ เช่น ความขัดแย้งที่เกิดจากความยากจน/ความเหลื่อมล้ำความขัดแย้งในด้านความมั่นคงทางอาหาร ความขัดแย้งในด้านการจัดที่ดินทำกินและที่พักอาศัย ความขัดแย้งจากความไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการประกอบอาชีพ หรือความขัดแย้งจากการขาดโอกาสและการมีส่วนร่วมทางสังคม เป็นต้นสู่การสร้างเสริมความเข้มแข็งของชุมชน โดยองค์ความรู้ที่สามารถปรับไปใช้ในเชิงสถาบันทางกฎหมายที่เกี่ยวกับยุติธรรมชุมชน ยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในการจัดทำหลักสูตร การจัดการเรียนการสอน และการพัฒนาโจทย์วิจัยเกี่ยวกับระบบยุติธรรมชุมชนร่วมกับสถาบันการศึกษาที่จัดการเรียนการสอนทางนิติศาสตร์ รวมทั้งการจัดทำข้อเสนอทางนโยบายการพัฒนากระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์และยุติธรรมชุมชนต่อไป

การศึกษานี้มุ่งถอดบทเรียน ประสบการณ์การดำเนินงานของพื้นที่หรือชุมชนซึ่งเคยนำแนวคิดยุติธรรมชุมชนไปใช้ในการจัดการความขัดแย้งได้สำเร็จและสามารถที่จะฟื้นฟูความสัมพันธ์จนสามารถทำให้ชุมชนสามารถที่จะรักษาความเป็นชุมชนและอยู่ร่วมกันอย่างสมานฉันท์ผ่าน 14 กรณีศึกษา ที่มีประสบการณ์ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นด้านต่าง ๆ กัน ได้แก่ ความยากจนหรือความเหลื่อมล้ำ ความมั่นคงทางอาหาร การจัดที่ดินทำกินและที่พักอาศัย การประกอบอาชีพ และการขาดโอกาสและการมีส่วนร่วมทางสังคม

2. วิธีการศึกษา

1) ศึกษาเอกสารในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการจัดการความขัดแย้งของพื้นที่ รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ยุติธรรมชุมชนจากหน่วยงานภาครัฐ ภาคประชาชน และภาคเอกชน

2) ถอดบทเรียนกรณีศึกษาจากพื้นที่หรือชุมชนที่นำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ยุติธรรมชุมชนไปใช้จัดการความขัดแย้งได้สำเร็จและสามารถที่จะฟื้นฟูความสัมพันธ์จนสามารถทำให้ชุมชนสามารถที่จะรักษาความเป็นชุมชนและอยู่ร่วมกันอย่างสมานฉันท์ ดำเนินการโดยนักวิชาการ เครือข่ายนิติศาสตร์ในพื้นที่ จำนวน 14 กรณีศึกษา ประกอบด้วย

(1) กลุ่มชุมชนที่สามารถเผชิญกับปัญหาการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ความขัดแย้งที่เกิดจากความยากจน / ความเหลื่อมล้ำ, (มีทั้งหมด 4 กรณีศึกษา ได้แก่ การจัดที่ดินทำกิน และที่พักอาศัย ต.บ้านหลวง จ.เชียงใหม่, การจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ต.ทาเหนือ และ ต.แม่ทา จ.เชียงใหม่, การจัดการท่องเที่ยวเกาะพิทักษ์ ต.บางน้ำจืด จ.ชุมพร, การทำประมงพื้นบ้านของชุมชน บ้านตันหยงเปาว์ จ.ปัตตานี

(2) กลุ่มที่เผชิญความขัดแย้งในด้านความมั่นคงทางอาหาร (มีทั้งหมด 4 กรณี ได้แก่ การขับเคลื่อน ธรรมนูญกระต้อม ต.น้ำพุ จ.สุราษฎร์ธานี, การจัดการความขัดแย้งด้วยยุติธรรมชุมชน ต.เขาไม้แก้ว จ.ปราจีนบุรี, การเจรจาเพื่อไม่ให้ใช้สารเคมี บ้านดอนมะข่อม ต.โคกสำราญ จ.ยโสธร, ธรรมนูญชุมชนการ ลดใช้สารเคมี ต.โนนเปือย จ.ยโสธร

(3) กลุ่มชุมชนที่เผชิญกับความขัดแย้งจากความไม่เป็นธรรมในทางด้านเศรษฐกิจ เกี่ยวกับการประกอบอาชีพ และในด้านการจัดที่ดินทำกินและที่พักอาศัยซึ่งแม้จะเป็นกรณีที่กำลังอยู่ใน กระบวนการแก้ปัญหาของชุมชนหรือกลุ่มที่ยังไม่สามารถแก้ปัญหาได้ทั้งหมดแต่เป็นประโยชน์ ที่เป็นกรณีศึกษาที่ทำหน้าที่ชี้แนะหรือเตือนภัยให้สังคมได้รู้เท่าทัน เตรียมตัว และปรับตัวให้เข้ากับ พลวัตรของสังคม (มี 4 กรณีศึกษา ได้แก่ คนไร้บ้านในพื้นที่กรุงเทพมหานคร ศูนย์ฟื้นฟูและพัฒนา ศักยภาพคนไร้บ้าน บ้านเตี๋ยมฝั้น จ.เชียงใหม่ การมีส่วนร่วมในการจัดการความขัดแย้งเกี่ยวกับพื้นที่ทาง ประวัติศาสตร์ ต.เวียง จ.เชียงราย การจัดการความขัดแย้งจากระบบท่องเที่ยวกับชุมชน จ.เชียงใหม่)

(4) กลุ่มชุมชนที่เป็นตัวแทนของการเผชิญกับความขัดแย้งความเป็นธรรมในการใช้อำนาจในการปกครอง (มี 1 กรณีศึกษา ได้แก่ กรณีกระบวนการยุติธรรมเพื่อความมั่นคง ต.พาชี จ.ยะลา

(5) กลุ่มชุมชนกลุ่มที่เผชิญกับความขัดแย้งจากความไม่เป็นธรรมในเศรษฐกิจยุคเปลี่ยนผ่าน (มี 1 กรณีศึกษา ได้แก่ กรณีความไม่เป็นธรรมในการประกอบอาชีพในระบบดิจิทัล)

โดยวิเคราะห์ผลการเรียนรู้จากกรณีศึกษาทั้งหมด จำแนกตามองค์ประกอบสำคัญทั้ง 5 ประการ ได้แก่ 1) ระบบข้อมูลความรู้ต่าง ๆ เกี่ยวกับการจัดการความขัดแย้งในพื้นที่ (อดีต-ปัจจุบัน) 2) กลไก

ความร่วมมือ (บทบาทของแต่ละองค์กร หน่วยงานหรือบุคลากรที่เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในพื้นที่) 3) แผนปฏิบัติการ (พื้นที่ศึกษามีแผนการทำงาน/ปฏิบัติการ/กิจกรรมที่จะดำเนินการในอนาคต) 4) ระเบียบ/กติกา/ข้อบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่ศึกษา ในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้น และ 5) ระบบติดตาม/ระบบสนับสนุน การแก้ไขปัญหาความขัดแย้ง

3. แนวคิดที่ใช้ในการสังเคราะห์ถอดบทเรียน ประสบการณ์การดำเนินงานในพื้นที่ศึกษา

แนวคิดที่ใช้ในการสังเคราะห์ถอดบทเรียน ประสบการณ์การดำเนินงานในพื้นที่ศึกษา ได้ใช้แนวคิด การจัดการความขัดแย้งโดยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice: RJ) และกระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternative Justice System: AJS) ซึ่งแนวคิดทั้งสองตั้งอยู่บนหลักคิดที่ว่า เมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นทำให้เกิดบาดแผลทั้งต่อคู่กรณี และฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงต่อชุมชนและสังคมด้วย และผลจากความขัดแย้งดังกล่าวส่งผลกระทบเป็นระลอกคลื่นที่ไปทำให้ความสัมพันธ์ต่าง ๆ ในสังคมโดยเฉพาะอย่างยิ่งในระดับชุมชน กลุ่มต่าง ๆ ในระดับพื้นที่ หรือเครือข่ายเสียหายพังทลาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการบั่นทอนต้นทุนทางสังคมของชุมชนในภาพรวมให้ลดลง ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมที่ดีเมื่อจัดการกับปัญหาความขัดแย้งต่าง ๆ แล้ว ควรที่จะต้องทำหน้าที่ในการส่งเสริมให้เกิดการสรุปบทเรียนหรือการทำให้ชุมชนได้เกิดการเรียนรู้จากความขัดแย้ง และจะต้องหาทางป้องกันไม่ให้เกิดจากความขัดแย้งที่ซ้ำ ๆ กันรอยเดิม

ในกระบวนการจัดการความขัดแย้ง ชุมชนต้องมีการเรียนรู้ซึ่งอาจสั่งสมจากประสบการณ์ทางภาคปฏิบัติ การฝึกอบรมหรือทางอื่น ๆ จนเกิดเป็นองค์ความรู้ของชุมชนซึ่งจะมีประโยชน์อย่างมากต่อการส่งเสริมระบบยุติธรรมชุมชน และยังสอดคล้องกับหลักเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนด้วย อย่างไรก็ตาม การนำแนวคิดกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice: RJ) มาใช้ควบคู่ไปกับกระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternative Justice System: AJS) นั้น นอกจากจะมีคุณประโยชน์สำคัญในการแก้ไขความขัดแย้งและฟื้นฟูความสัมพันธ์แล้ว ยังเป็นกระบวนการที่ส่งเสริมการพัฒนาต้นทุนทางสังคม (Social Capital) ในเชิงของการพัฒนาศักยภาพทางความคิด และนอกจากนี้ ยังสอดคล้องกับเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (SDG 16 และ 17) ด้วย เพราะเมื่อศักยภาพของชุมชนดีขึ้น ก็ย่อมเป็นระบบนิเวศน์ที่ดีให้กับการสร้างเสริมความยุติธรรมและการพัฒนาในด้านต่าง ๆ ต่อไป

แนวทางในการจัดการกับข้อพิพาทที่ไม่ได้เป็นไปตามระบบกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักของประเทศ มีการใช้คำหรือชื่อที่ใช้เรียกกระบวนการยุติธรรมที่มีใช้ยุติธรรมกระแสหลักที่แตกต่างหลากหลาย จึงควรที่จะสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับคำหรือชื่อและลักษณะของกระบวนการยุติธรรมทางเลือก ดังนี้

3.1 กระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternative Justice System: AJS)

กระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternative Justice System: AJS) หมายถึง งานการสร้างความเป็นธรรมทางสังคม (Social Justice) ที่เปิดโอกาสให้หน่วยงาน ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ประชาชน ชุมชน ฯลฯ มีบทบาทและส่วนร่วมกำหนดแนวทาง หลักเกณฑ์กลไกวิธีการ และร่วมปฏิบัติงาน การป้องกันควบคุมอาชญากรรม จัดระเบียบชุมชน แก้ไขปัญหาความขัดแย้ง ปัญหาเด็กเยาวชน กระทำผิด และการกระทำผิดกฎหมายระดับที่ไม่ซับซ้อนรุนแรง เยียวยาเสริมพลังเหยื่ออาชญากรรม และแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดในชุมชน โดยดำเนินการร่วมกับกระบวนการยุติธรรมหลัก หรือส่งเสริมสนับสนุน การดำเนินการของกระบวนการยุติธรรมหลัก เพื่อมุ่งสู่ผลลัพธ์สุดท้ายร่วมกัน คือ ความปลอดภัยในชีวิต และทรัพย์สินของประชาชน ความสงบสุขสมานฉันท์ของสังคมและความมั่นคงของประเทศชาติเป็น สำคัญ²

3.2 กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justices, RJ)

กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justices, RJ) มีผู้ที่ให้ความหมาย ที่หลากหลาย เช่น ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ อธิบายว่า คำภาษาไทยที่เรียกว่า “ความยุติธรรม เชิงสมานฉันท์” ไม่ตรงกับคำว่า RJ หรือ Restoration Justice ในภาษาอังกฤษ ซึ่งแปลว่า กระบวนการยุติธรรมเชิงปฏิสังขรณ์ และถ้าใช้คำว่ากระบวนการอำนวยความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์น่าจะ สื่อความหมายได้ดีเพราะเป้าหมายสุดท้ายของ RJ นั่นคือ ต้องการทำให้ทุกฝ่ายที่ได้รับผลกระทบ กลับคืนสู่สภาพดีเช่นเดิม อันเป็นการสร้างความสมานฉันท์ในสังคม อย่างไรก็ดี กระบวนการยุติธรรม เชิงสมานฉันท์ อาจแยกอธิบายได้เป็น 2 ส่วน ดังนี้ คือ

1) กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ หมายถึง กระบวนการที่ไม่เป็นทางการ โดยให้ ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้มาพบกันในบรรยากาศที่ส่งเสริมให้เกิดความสมานฉันท์ปรองดอง ส่งเสริม ให้ผู้กระทำผิดได้สำนึก ได้ชดใช้ และส่งเสริมให้ชุมชนได้มีโอกาสเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง ซึ่งกระบวนการ ที่ใช้อยู่ในต่างประเทศมีหลายรูปแบบ ได้แก่ การประชุมกลุ่มครอบครัว ประชุมกลุ่มชุมชน หรือ เป็นการประชุมวงกลม เป็นต้น ไม่ว่าจะเป็นประชุมในรูปแบบใดก็ตาม ความสำคัญอยู่ที่การปรองดอง ของทุกฝ่ายที่เกิดขึ้น

²ตามแผนยุทธศาสตร์กระทรวงยุติธรรม พ.ศ. 2552 – 2555 อ้างถึงใน จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย และคณะ, การพัฒนารอบแนวทางการวิจัยชุดโครงการกระบวนการยุติธรรมทางเลือกในสังคมไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2553), หน้า 13-14.

2) ผลลัพธ์ที่จะก่อให้เกิดความสมานฉันท์ การแสดงความสำนึกผิด การยินยอมที่ปรับพฤติกรรม และการที่ผู้กระทำผิดพร้อมเยียวยา ชดใช้ให้กับผู้เสียหาย ซึ่งอาจไม่ใช่เรื่องเงินอย่างเดียว อาจเป็นการบำเพ็ญประโยชน์สาธารณะ หรืออื่นๆ แล้วแต่กรณี³

จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย ให้ความหมาย “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์” หมายถึง กระบวนการยุติธรรมทางเลือกรูปแบบหนึ่งที่มีลักษณะเด่นคือ เป็นทั้งปรัชญาแนวคิดและกระบวนการบริหารจัดการความขัดแย้ง พฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์ การกระทำผิดและอาชญากรรมด้วยการคำนึงถึงเหยื่อ อาชญากรรมและชุมชนผู้ที่ได้รับผลกระทบเป็นศูนย์กลาง โดยใช้กิจกรรมเชิงสมานฉันท์ที่ประกอบด้วย ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย ได้แก่ ผู้กระทำผิด เหยื่ออาชญากรรม ผู้แทนชุมชนและมีเจ้าหน้าที่ หรือคนกลาง ทำหน้าที่ประสานการประชุมโดยอาจมีผู้สนับสนุนของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย รวมทั้งผู้เกี่ยวข้องเข้าร่วมประชุม ด้วยก็ได้ การประชุมจะสร้างความตระหนักต่อความขัดแย้งหรือความเสียหายแก่ผู้กระทำผิดที่ไปสู่ การเยียวยาความเสียหายแก่เหยื่ออาชญากรรมทั้งทางร่างกาย ทรัพย์สิน ลดความสับสนั้ รวมทั้ง สร้างแผนความรับผิดชอบหรือสัญญาข้อตกลงที่เป็นไปได้ สำหรับผู้กระทำผิดหรือสำหรับทั้งสองฝ่าย ร่วมกัน อันนำไปสู่ผลลัพธ์แห่งความสมานฉันท์ของสังคม⁴

3.3 ยุติธรรมชุมชน (Community Justice: CJ)

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ได้ให้ความหมายยุติธรรมชุมชน หมายถึง การดำเนินกิจกรรมของชุมชนโดยชุมชนร่วมกันเองหรือร่วมกับภาครัฐในลักษณะของหุ้นส่วน โดยการนำทุนทางสังคม และศักยภาพของชุมชนมาใช้ เพื่อสร้างภูมิคุ้มกันและความปลอดภัยจากอาชญากรรม ความเป็นธรรม และความสงบสุขของชุมชน⁵

จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย ที่กล่าวว่ายุติธรรมชุมชน หมายถึง การดำเนินกิจกรรมของชุมชน โดยชุมชนกระทำร่วมกัน หรือระหว่างชุมชนและภาครัฐ โดยใช้ทุนทางสังคมในการสร้างภูมิคุ้มกัน และ

³กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, “ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์หลักการและแนวคิด,” ใน เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่องยุติธรรมชุมชน.....หนทางสู่สังคมแห่งความเป็นธรรม (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรมและโครงการพัฒนาระบบกฎหมาย, 2550), หน้า 86-87.

⁴จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, “ยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในศาลเยาวชนและครอบครัว: ก้าวสำคัญสู่การปฏิรูป ระบบยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนไทย,” ใน เอกสารประกอบการเสวนาทางวิชาการการนำหลักความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) มาใช้ในศาลเยาวชนและครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, 2549), หน้า 3.

⁵กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, “การพัฒนาระบบยุติธรรมชุมชนในไทย,” ใน ยุติธรรมชุมชน: บทบาทการอำนวยความยุติธรรมโดยชุมชนเพื่อชุมชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย, 2550), หน้า 22.

ความสงบสุขของชุมชนด้วยการส่งเสริมการป้องกันและการสร้างภูมิคุ้มกันจากปัญหาอาชญากรรม การเฝ้าระวัง ความเสียหายที่เกิดจากอาชญากรรมและการยุติความขัดแย้ง ทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมหลักได้มากขึ้น ซึ่งช่วยเพิ่มประสิทธิภาพและช่วยลดภาระของกระบวนการยุติธรรมหลัก และช่วยรักษาระบบนิเวศประเพณีและภูมิปัญญาท้องถิ่นให้คงอยู่⁶

3.4 กระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาลการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR)

กระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาลการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) หมายถึง การระงับข้อพิพาทนอกศาล ซึ่งเป็นกระบวนการยุติธรรมที่ไม่ต้องผ่านการตัดสินข้อพิพาทผ่านกระบวนการตัดสินของศาล เนื่องจากการขึ้นศาลต้องใช้เวลา มีขั้นตอนยุ่งยาก หลายคนต้องการให้ข้อพิพาทยุติโดยเร็วซึ่งรอกระบวนการของศาลไม่ได้ จึงต้องใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกที่รวดเร็วกว่าแทน การระงับข้อพิพาททางเลือกมีด้วยกันหลายวิธี สรุปคร่าว ๆ มีอยู่สามวิธี ได้แก่

3.4.1 การเจรจา (Negotiation) การเจรจา คือ การที่คู่กรณียินยอมที่จะหันหน้ามาเจรจากันเองโดยปราศจากบุคคลที่สามมาเกี่ยวข้อง ทำให้ประหยัดค่าใช้จ่ายและเวลา แต่หากการเจรจาไม่ลงตัวทำให้หาข้อสรุปไม่ได้ เกิดความล่าช้า หากจะตกลงทำการเจรจากันอาจต้องกำหนดเวลาให้แน่นอนว่าจะต้องเจรจากันให้เสร็จสิ้นเมื่อใด ซึ่งผลดีของการไม่มีบุคคลที่สามมาเกี่ยวข้องทำให้ความลับระหว่างคู่เจรจาไม่รั่วไหล⁷

3.4.2 การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) การประนอมข้อพิพาท หรือบางทีอาจจะเรียกว่า “การไกล่เกลี่ย (Mediation)” คือ กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยความตกลงยินยอมของคู่ความเอง โดยมีบุคคลที่สาม ซึ่งผู้ประนอมสามารถเป็นผู้พิพากษาในศาลต่าง ๆ ซึ่งไม่ใช่ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน รวมทั้งบุคคลหรือคณะบุคคลทั่วไปก็ได้ แต่หากมาใช้บริการจากสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งทางสถาบันจะมีผู้ประนอมที่ผ่านการอบรมหลักสูตรการประนอมและมีคุณสมบัติที่เหมาะสมให้กับคู่พิพาทเลือกทำหน้าที่ ซึ่งมีความเป็นกลาง แต่ผู้ประนอมไม่มีหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท⁸

⁶จุฬารัตน์ เอื้ออำนวย, ระบบยุติธรรมและยุติธรรมทางเลือกแนวการวิเคราะห์เชิงสังคมศาสตร์ (ม.ป.ท.: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 226.

⁷สถาบันอนุญาโตตุลาการ, Negotiation คืออะไร? มารู้จักกับคำนี้อย่างลึกซึ้งก่อนทำการระงับข้อพิพาททางเลือก [Online], available URL: <https://thac.or.th/th/>, 2565 (มิถุนายน, 7).

⁸อรัสมน พิเชฐวรกุล, การระงับข้อพิพาททางเลือก [Online], available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/blogs/columnist/122222>, 2565 (มิถุนายน, 7).

3.4.3 อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) คือ การระงับข้อพิพาททางเลือกนอกศาล เป็นกระบวนการที่คู่พิพาทตกลงกันให้บุคคลที่ 3 ซึ่งมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ และมีความรู้ ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทนั้นเป็นผู้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว โดยคู่พิพาทจะต้องยอมรับ คำวินิจฉัยชี้ขาดและผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นด้วย ซึ่งการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทต้องถอนฟ้องจากศาลเพื่อมาสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการแทน⁹

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าถ้าเป็นวิธีการในการจัดการความขัดแย้งนอกศาลจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ กระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาล, การระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) และหากวิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาลนั้น ยังมีกระบวนการที่จะนำไปสู่การเยียวยาฟื้นฟูความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีรวมไปจนถึงการฟื้นฟูความสัมพันธ์ในสังคม/ชุมชนด้วยแล้ว กระบวนการดังกล่าวก็จะเป็น กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (RJ) หรือที่ ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ เรียกว่า กระบวนการยุติธรรมเชิงปฏิสังขรณ์ แต่ถ้าหากเป็นกรณีของการที่ผู้เข้ามาดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความ เป็นธรรม ความยุติธรรม ในมิติต่าง ๆ (ที่มีใช่เรื่องเฉพาะการกระทำความผิดทางอาญาเท่านั้น) ที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่หรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับชุมชน กรณีดังกล่าวนี้ จึงเป็นขอบเขตของยุติธรรมชุมชน (CJ) ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาล การระงับข้อพิพาททางเลือก กระบวนการยุติธรรมทางเลือก กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ หรือยุติธรรมชุมชน ทั้งหมดล้วนอยู่ภายใต้ร่มใหญ่ของ **กระบวนการยุติธรรมทางเลือก (AJS)** ซึ่งในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะพัฒนาจากประเด็น ข้อพิพาท ความขัดแย้ง ความไม่ยุติธรรม ในมิติทางกฎหมายไปสู่มิติเรื่องความเป็นธรรมทางสังคม ซึ่งกระบวนการทางกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก ระบบการบริหารราชการแผ่นดิน และกระบวนการนิติบัญญัติในระดับชาติยังไม่สามารถที่จะปรับตัวรองรับกับการเปลี่ยนแปลงได้ทันสถานการณ์

4. ผลการศึกษา

บทเรียนและองค์ความรู้จากกรณีศึกษาทั้ง 14 กรณีศึกษา ได้แก่ กลุ่มที่ 1 ประเด็นการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม 4 กรณี กลุ่มที่ 2 ประเด็นความมั่นคงทางอาหาร 4 กรณี กลุ่มที่ 3 ประเด็นความไม่เป็นธรรมด้านเศรษฐกิจ 4 กรณี ส่วนอีกสองกลุ่มเป็นเรื่องการใช้อำนาจทางการเมืองและความขัดแย้งในระบบดิจิทัล อย่างละ 1 กรณี โดยสาเหตุของความขัดแย้ง (ทั้งความขัดแย้งแนวนอนและความขัดแย้งแนวตั้ง) จากทั้ง 14 กรณีนั้นมาจาก 1) ปัญหาความขาดแคลนจากการใช้ทรัพยากร

⁹สถาบันอนุญาโตตุลาการ, การอนุญาโตตุลาการคืออะไร? [Online], available URL: <https://thac.or.th/th/>, 2565 (มีนาคม, 1).

ภายในชุมชนด้วยตนเอง 2) ปัญหาความขัดแย้งที่เกิดจากภายในหรือเกิดจากบุคคลภายนอกที่มาแย่งทรัพยากรเนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติเป็นทรัพยากรสาธารณะ และกลไกของหน่วยงานของรัฐไม่ได้เข้ามาจัดระเบียบในการใช้ทรัพยากรอย่างจริงจัง 3) ปัญหาจากการใช้อำนาจของรัฐโดยนโยบาย/การบังคับใช้กฎหมาย/โดยการใช้ดุลยพินิจของหน่วยงานของรัฐ ที่จัดสรรให้คนบางกลุ่มให้มีสิทธิตามกฎหมาย ในขณะที่บางกลุ่มไม่ได้รับการจัดสรร ทั้งที่อยู่ใกล้ทรัพยากร และได้ช่วยดูแลรักษา แต่กลับไม่สามารถที่จะใช้ประโยชน์ได้ 4) ปัญหาจากระบบการผลิตของอุตสาหกรรมเกษตรและอาหารที่ใช้สารเคมีในพื้นที่ทำการเกษตรแต่สารเคมีดังกล่าวได้ปนเปื้อนออกไปสู่ที่ดินหรือไปกระทบต่อสุขภาพของสมาชิกในชุมชน 5) ปัญหาจากการทำโครงการขนาดใหญ่ของรัฐโดยไม่ได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนในทางกฎหมายที่ให้การคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบ หรือคุ้มครองแหล่งทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม 6) ปัญหาจากการออกกฎหมายห้ามและกำหนดโทษทางอาญาในการใช้พืชสมุนไพรตามวัฒนธรรมของประชาชนในภาคใต้ อันเป็นที่มาของความขัดแย้งระหว่างประชาชนกับเจ้าหน้าที่ปราบปรามยาเสพติด เจ้าพนักงานตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กำนันผู้ใหญ่บ้าน

สำหรับกรณีศึกษาในกลุ่มซึ่งเกี่ยวกับเรื่องการที่ชุมชนเผชิญกับความขัดแย้งจากความไม่เป็นธรรมทางด้านเศรษฐกิจ กลุ่มซึ่งเกี่ยวกับกรณีความไม่เป็นธรรมในการใช้อำนาจทางปกครอง และกลุ่มที่ประเด็นความขัดแย้งจากความไม่เป็นธรรมในเศรษฐกิจยุคเปลี่ยนผ่านนั้น หากพิจารณารายละเอียดของกรณีศึกษาเป็นรายกรณี ๆ ในบางกรณีศึกษานั้นก็ได้มีคู่พิพาทที่ชัดเจนแต่อย่างใด แต่เนื่องด้วยสถานการณ์บางอย่างซึ่งขึ้นอยู่กับบริบทของแต่ละเรื่อง ทำให้ชุมชนในกรณีศึกษาเรื่องนั้น ๆ เกิดความไม่มั่นใจในความเป็นธรรม หรือรู้สึกว่ามันควรได้รับความเป็นธรรมหรือความคุ้มครองมากกว่านี้ ซึ่งกรณีศึกษาที่ยกมานี้ แม้ไม่สามารถระบุตัวผู้พิพาทได้อย่างชัดเจน แต่ก็ถือเป็นกรณีศึกษาที่มีประโยชน์และความสำคัญยิ่ง กล่าวคือ เป็นกรณีศึกษาที่สะท้อนให้เห็นถึงสังคมแห่งความเป็นจริงว่า ในหลาย ๆ เรื่องผู้ประสบความเดือดร้อนเสียหายก็อาจจะไม่สามารถหาตัวคู่พิพาทได้ ทำให้เกิดความสับสนว่าควรไปเรียกร้องสิทธิจากใคร

จากกรณีศึกษาซึ่งคู่ความขัดแย้งมีทั้งที่เป็นคู่ความขัดแย้งที่อยู่ร่วมกันภายในชุมชน หรือที่เรียกว่าเป็นความขัดแย้งแนวนอน และคู่ความขัดแย้งที่มาจากภายนอกชุมชน ซึ่งอาจจะเป็นคู่ความขัดแย้งที่เป็นหน่วยงานของรัฐ ที่มีสาเหตุมาจากโครงสร้างทางการเมืองการปกครอง กฎหมาย การดำเนินโครงการต่าง ๆ ของรัฐ หรือจากโครงสร้างอำนาจของระบบเศรษฐกิจที่เข้าไปในพื้นที่ชุมชน ทั้งที่รัฐนำเข้าไปหรือที่กลไกตลาดเข้าไปดำเนินการในพื้นที่ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบความในลักษณะใด บทบาทภาครัฐก็ยังเป็นกลไกและเป็นปัจจัยสำคัญที่ชุมชนต้องการที่จะให้ภาครัฐเข้ามามีบทบาทไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่งในการช่วยคลี่คลายความขัดแย้ง ทั้งโดยวิธีการที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ

จากกรณีศึกษาทั้ง 14 กรณีศึกษา พบว่า แม้ภาครัฐจะเป็นคู่ความขัดแย้งหรือมีส่วนที่เป็นสาเหตุของความขัดแย้งก็ตาม ในการจัดการความขัดแย้งของชุมชนจากกรณีศึกษา พบว่า ชุมชนก็ยังมีความร่วมมือกับหน่วยงานของรัฐที่หลากหลายในทุก ๆ ระดับเพื่อแสวงหาทางเลือกและทางออกของความขัดแย้ง รวมถึงการสร้างมาตรการร่วมกับหน่วยงานของรัฐในการป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาทหรือความขัดแย้งกลับมาสร้างปัญหาให้กับชุมชนอีก

นอกจากประเด็นเรื่องข้อขัดแย้งแล้ว รายละเอียดของข้อมูลหรือองค์ความรู้ที่ชุมชนนำใช้ กลไกความร่วมมือ แผนปฏิบัติการ เครื่องมือ และกลไกสนับสนุนมีรูปแบบแตกต่างกันไปขึ้นกับบริบทของปัญหาและพื้นที่

ประเด็นการถอดบทเรียน					
กรณีศึกษา	ระบบข้อมูลความรู้	กลไกความร่วมมือ	แผนปฏิบัติการ	ระเบียบ / กติกา	ระบบติดตาม/ระบบสนับสนุน
กลุ่มที่ 1 ประเด็นการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม					
1.1 การจัดที่ดินทำกินและที่พักอาศัย ต.บ้านหลวง จ.เชียงใหม่	จัดทำระบบฐานข้อมูลแผนแม่บทการใช้ประโยชน์ที่ดิน	กลไกการขับเคลื่อนแก้ไขความขัดแย้งจากทุกภาคส่วน	เชื่อมโยงไปสู่ประเด็นสังคม อาชีพ การท่องเที่ยว นำไปสู่รูปธรรมจากการบริหารจัดการท้องถิ่นและยกระดับเป็นพื้นที่ในการเรียนรู้	พัฒนาระบบการศึกษาชุมชน	ยกระดับไปสู่การใช้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากร
1.2 การจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ต.ทาเหนือ และ ต.แม่ทา จ.เชียงใหม่	การจัดทำแผนที่เครือข่ายจัดการป่าแม่ลุ่มน้ำทา		- ตั้งคณะกรรมการหมู่บ้านทำนาที่ดูแลจัดการทรัพยากรป่าไม้และจัดตั้งองค์กรจัดการดูแลป่า - ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบลทาเหนือ	- ข้อตกลงกำหนดกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ - การกำหนดกฎระเบียบของชุมชน	คณะกรรมการป่าตำบลทำนาที่ติดตามดูแลปรับปรุงแผนการดำเนินการระดับตำบล ประสานงานกับ อบต. และหน่วยงานของรัฐ

ประเด็นการถอดบทเรียน					
กรณีศึกษา	ระบบข้อมูลความรู้	กลไกความร่วมมือ	แผนปฏิบัติการ	ระเบียบ / กติกา	ระบบติดตาม/ระบบสนับสนุน
กลุ่มที่ 1 ประเด็นการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม					
1.3 การจัดการท่องเที่ยวเกาะพิทักษ์ ต.บางน้ำจืด จ.ชุมพร	ทุกคนในหมู่บ้านต้องได้รับข้อมูล/องค์ความรู้เท่าเทียมกัน (รวมทั้งจากการประชุมต่าง ๆ) เพื่อการตัดสินใจ	สร้างเครือข่ายร่วมกัน โดยการถอดบทเรียนทำแผนยุทธศาสตร์ร่วมกันในการแก้ปัญหาและพัฒนา	- จัดทำผังชุมชนจึงเป็นแนวทางการพัฒนาการท่องเที่ยวอย่างยั่งยืน - ใช้กระบวนการประชุมรับฟังความคิดเห็นความต้องการของชุมชนและร่วมกันหาแนวทางร่วมกันในการแก้ปัญหา - จัดตั้งกลุ่มต่าง ๆ และวางแผนการดำเนินงานกิจกรรมแผนพัฒนาหมู่บ้าน ตลอดจนการวางแผนเชื่อมโยงการทำงานของกลุ่มต่าง ๆ	- ความตระหนักร่วมและสร้างคุณค่าร่วมกันของคนในชุมชน - สร้างข้อตกลงร่วมและประกาศข้อบัญญัติเป็นกฎระเบียบของเกาะ	ประชุมหมู่บ้าน ทุกวันที่ 8 ของทุกเดือนเพื่อหารือแลกเปลี่ยนความคิดเห็นการดำเนินงานกิจกรรม และทุกวันที่ 5 ของทุกเดือนจะเป็นการประชุมของคณะกรรมการหมู่บ้านเพื่อหารือแผนการทำงานที่ได้รับมาจากการประชุมของทุกคนในชุมชน

ประเด็นการถอดบทเรียน					
กรณีศึกษา	ระบบข้อมูลความรู้	กลไกความร่วมมือ	แผนปฏิบัติการ	ระเบียบ / กติกา	
ระบบติดตาม/ระบบสนับสนุน					
กลุ่มที่ 1 ประเด็นการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม					
1.4 การทำประมงพื้นบ้านของชุมชนบ้านต้นหยงเปาว์ จ.ปัตตานี	จัดลำดับความสัมพันธ์ระหว่างชุมชนกับท้องทะเลผ่านการส่งเสริมภูมิปัญญาความรู้เกี่ยวกับท้องทะเล ถูกลด ประเพณีและวงจรชีวิตสัตว์น้ำ	- ผู้อาวุโสซึ่งเป็นที่เคารพและยอมรับนับถือจากคนในชุมชนมาช่วยตัดสินใจรวมกลุ่มกันของชาวประมงพื้นบ้าน - จัดตั้งองค์การชุมชนในลักษณะที่เป็นทางการ	- กำหนดสิทธิการใช้ประโยชน์ที่จัดระเบียบกึ่งถาวร - สร้างชุดความรู้ของชุมชนและเผยแพร่ผ่านสื่อมวลชน การสร้างผู้นำที่สามารถร่วมเวทีวิชาการในที่ต่าง ๆ การเปิดชุมชนให้เป็นพื้นที่การเรียนรู้	- สร้างข้อตกลงร่วมของสมาชิก - ระบบจารีตท้องถิ่นและกฎเกณฑ์ของชุมชนในการจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำ	- ระบบคุณค่าหรือความเชื่อของชุมชนซึ่งมีพื้นฐานมาจากคำสอนทางศาสนาอิสลาม - กระทรวงเกษตร ออกรบะกาต กระทรวงให้มีการยกเลิกการใช้ฉนวนรุนในพื้นที่ - หน่วยงานภาครัฐเข้ามาทำหน้าที่เป็นตัวกลางเพื่อแก้ไขปัญหา

กรณีศึกษา	ประเด็นการตอบทเรียน				ระเบียบ / กติกา	ระบบติดตาม/ ระบบสนับสนุน
	ระบบข้อมูลความรู้	กลไกความร่วมมือ	แผนปฏิบัติการ			
กลุ่มที่ 2 ประเด็นความมั่นคงทางอาหาร (ธรรมชาติ)						
2.1 การขับเคลื่อนธรรมชาติ กระท่อม ต.น้ำพุ จ.สุราษฎร์ธานี	- อบรมใช้เครื่องมือและวิธีสำรวจพืชกระท่อม - สำรวจและจัดทำฐานข้อมูลพืชกระท่อม - ทำฐานข้อมูลด้านสุขภาพของผู้ใช้พืชกระท่อม	- หาทางออกที่สมดุลระหว่างการบังคับใช้กฎหมายและการใช้กระท่อมในวิถีวัฒนธรรมเพื่อลดช่องว่างในความเข้าใจและความขัดแย้งระหว่างชาวบ้านกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ - สร้างการมีส่วนร่วมและกฎประชาคมในการเข้าควบคุมพืชกระท่อมในชุมชน	- ขึ้นทะเบียนต้นกระท่อมมีคิวอาร์โค้ดติดไว้ทุกต้นตรวจสอบได้ทาง GPS และทำแอปพลิเคชันเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมจำนวนต้นกระท่อม - มีคณะกรรมการระดับหมู่บ้านตำบลอำเภอ	- ธรรมชาติใช้ตำบลในเรื่องการใช้กระท่อม	- พัฒนากลไกการติดตามและประเมินผลการใช้กระท่อมตำบล - สถาบันวิชาการศึกษาริยด้านผลกระทบต่อสุขภาพร่างกายและการแปรรูป - นโยบายปลดล็อกพืชกระท่อมออกจากยาเสพติด	

ประเด็นการถอดบทเรียน					
กรณีศึกษา	ระบบข้อมูลความรู้	กลไกความร่วมมือ	แผนปฏิบัติการ	ระเบียบ / กติกา	ระบบติดตาม/ ระบบสนับสนุน
2.2 การจัดการ ความขัดแย้งด้วย ยุติธรรมชุมชน ต.เขาไม้แก้ว จ.ปราจีนบุรี		- ปรึกษาหารือ ร่วมกันระหว่าง แกนนำ - จัดเวทีสร้างความ เข้าใจและรับฟัง ความคิดเห็น ความ ต้องการของทุกคน	- กิจกรรม/โครงการ ที่ตอบโจทย์ธรรมนูญ ในข้อต่าง ๆ - เวทีประชาคมเพื่อ ให้ข้อมูลอย่างเพียงพอ และผ่านมติของ คนในตำบล	ธรรมนูญสุขภาพ ตำบล	
2.3 การเจรจาเพื่อ ไม่ให้ใช้สารเคมี บ้านดอนมะข่อม ต.โคกสำราญ จ.ยโสธร	มีข่าวสารข้อมูล ความรู้เกี่ยวกับการใช้ สารเคมีผ่าน หอกระจายข่าว หมู่บ้าน	มติของคณะ กรรมการหมู่บ้าน เข้าสู่การประชาคม หมู่บ้าน	- กำหนดตัวชี้วัด ความสำเร็จการ ดำเนินงาน - สร้างการมีส่วนร่วม ประสานงานผู้เกี่ยวข้อง กำกับติดตาม	ข้อตกลงที่ได้รับ ความเห็นชอบจาก สมาชิกทุกหลังคาเรือน	หน่วยงานภายนอก (รพ.สต. อบต. อำเภอ) ร่วมส่งเสริมและ สนับสนุนการไม่ใช้ สารเคมีด้านบุคลากร และวิทยากร
2.4 ธรรมนูญ ชุมชนการลดใช้ สารเคมี ต.โนนเปือย จ.ยโสธร	จัดเก็บข้อมูลในตำบล	สภาองค์กรชุมชน และที่ประชุม บูรณาการ เป็นเวที ในการพูดคุยปรึกษา หารือ	แต่งตั้งคณะทำงาน จัดทำธรรมนูญ สุขภาพตำบล	ธรรมนูญส่งเสริม สุขภาพตำบล	การประเมินผล การใช้ธรรมนูญ ส่งเสริมสุขภาพ บุคคลและหน่วย งานภายนอกตำบล สนับสนุน

ประเด็นการถอดบทเรียน					
กรณีศึกษา	ระบบข้อมูลความรู้	กลไกความร่วมมือ	แผนปฏิบัติการ	ระเบียบ / กติกา	ระบบติดตาม/ระบบสนับสนุน
กลุ่มที่ 3 ประเด็นความไม่เป็นธรรมด้านเศรษฐกิจ					
3.1 คนไร้บ้านในพื้นที่กรุงเทพฯ	การสำรวจแรงงานคนไร้บ้าน	คณะกรรมการ จาก รัฐ ภาควิชาประชาสังคม (เครือข่ายคนไร้บ้านและมูลนิธิพัฒนาที่อยู่อาศัย)	แผนการทำงาน เชิงรุกกับกลุ่มเปราะบางต่อภาวะไร้บ้านร่วมกับเครือข่ายสลัมสี่ภาค	เกิดกลไกในการสร้างการมีส่วนร่วม ขับเคลื่อนมติ ครม. และบันทึกความร่วมมือน	ผ่านกลไกเชิงนโยบาย และการติดตามและแลกเปลี่ยนสถานการณ์ ความไม่เป็นธรรม
3.2 ศูนย์ฟื้นฟูและพัฒนาศักยภาพคนไร้บ้าน (บ้านเดิมฝัน) จ.เชียงใหม่	สำรวจรวบรวมจำนวนคนไร้บ้านในพื้นที่	รวมตัวของกลุ่มคนไร้บ้าน ผลักดันให้เกิดการสร้างศูนย์คนไร้บ้านจังหวัดที่มีบทบาทการทำงานร่วมกับหน่วยงานของรัฐบาลและคนไร้บ้านทำให้เกิดความไว้วางใจ	ประชุมทุกเดือนเปิดพื้นที่ให้แต่ละคนเสนอปัญหาในการอยู่อาศัยของตัวเอง และหาทางออกร่วมกัน	การใช้ระบบสังคม โดยออกกฎ กติกา ร่วมกัน	ได้รับการสนับสนุนจากสถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (พอช.) และการทวงถามสังคมและความมั่นคงของมนุษย์
3.3 การมีส่วนร่วมในการจัดความขัดแย้งเกี่ยวกับพื้นที่ทางประวัติศาสตร์ ต.เวียง จ.เชียงราย	สำรวจรวบรวมจำนวนคนไร้บ้านในพื้นที่	- ใช้การเจรจาเป็นหลัก - ให้องค์กรชุมชนมีสำนึก ร่วมกัน	ประชุมทุกเดือนเปิดพื้นที่ให้แต่ละคนเสนอปัญหาในการอยู่อาศัยของตัวเอง และหาทางออกร่วมกัน	ใช้กฎหมายและความร่วมมือของประชาชนในพื้นที่	

ประเด็นการถอดบทเรียน				
กรณีศึกษา	ระบบข้อมูลความรู้	กลไกความร่วมมือ	แผนปฏิบัติการ	ระเบียบ / กติกา
3.4 การจัดการ ความขัดแย้ง จากกระบวนการ เกี่ยวกับชุมชน จ.เชียงใหม่	- ข้อมูลเชิงคุณค่าของมรดกทางวัฒนธรรม (ชุมชนวัดเกต) - ระดมความคิดเห็นของคนในพื้นที่ (ชมรมชาวนิมนานเหมินท์)	- ใช้การท่องเที่ยวโดยชุมชนมาเป็นเครื่องมือในการพยายามจัดการปัญหา/ข้อพิพาท/ความขัดแย้ง (เชียงใหม่) - ความร่วมมือร่วมใจในการทำงาน และกำหนดทิศทางร่วมกัน (ชุมชนวัดเกต) - และเป็นกลุ่มรักษ์บ้านรักษ์เมือง - ก่อตั้งกลุ่มชาวบ้านเพื่อดูแลจัดการพื้นที่ของตนเอง (ม่อนแจ่ม) - กลุ่มวิสาหกิจชุมชนท่องเที่ยวเชิงเกษตร (ม่อนแจ่ม)	- เปิดพื้นที่เพื่อแลกเปลี่ยนความคิดเห็น (ชุมชนวัดเกต) - รวมกลุ่มจัดกิจกรรมประชุมแลกเปลี่ยนอย่างมีส่วนร่วม (บ้านแม่กำปอง) - จัดตั้งคณะกรรมการบริหารจัดการจัดการโฮมสเตย์โดยชุมชน (เชียงใหม่) - มีแผนการจัดการขยะ/ระบบจราจร/การกระจายรายได้ (ม่อนแจ่ม)	- บริหารจัดการโดยวิสาหกิจชุมชน (ชุมชนวัดเกต) - การออกใบอนุญาตจำหน่ายสุราเข้มงวดเป็นไปตามมติของชุมชน (ชุมชนลอยเคราะห์) - มีข้อตกลงเพื่อเป็นหลักปฏิบัติร่วมกัน แก้ไขปัญหาต่าง ๆ ผ่านการมีส่วนร่วม (บ้านแม่กำปอง) - มีมติและข้อตกลงร่วม (ม่อนแจ่ม)

ระบบติดตาม/
ระบบสนับสนุน

กรณีศึกษา	ประเด็นการถอดบทเรียน				ระบบติดตาม/ ระบบสนับสนุน
	ระบบข้อมูลความรู้	กลไกความร่วมมือ	แผนปฏิบัติการ	ระเบียบ / กติกา	
กลุ่มที่ 4 ประเด็นความเป็นธรรมในการใช้อำนาจในการปกครอง					
4.1 กรณีกระบวนการยุติธรรมเพื่อความมั่นคง ต.พาสี จ.ยะลา		- ปรับให้เข้ากับระบบความเชื่อทางศาสนาและวิถีวัฒนธรรมของชุมชน - ใช้การพูดคุยประนีประนอมสร้างความอดทนและใช้ผู้ชุมชนเคารพนับถือ ผู้นำศาสนาช่วยในการไกล่เกลี่ย	- คณะกรรมการประจำศูนย์ยุติธรรมชุมชนหรือดำเนินงาน - การจัดการให้เกิดความรู้สึกร่วมกันเพื่อประโยชน์สาธารณะ	ศูนย์ยุติธรรมชุมชน	

กรณีศึกษา	ประเด็นการถอดบทเรียน				ระบบติดตาม/ ระบบสนับสนุน
	ระบบข้อมูลความรู้	กลไกความร่วมมือ	แผนปฏิบัติการ	ระเบียบ / กติกา	
กลุ่มที่ 5 ประเด็นความขัดแย้งจากความไม่เป็นธรรมในเศรษฐกิจยุคเปลี่ยนผ่าน					
5.1 กรณีความไม่เป็นธรรมในการประกอบอาชีพใน Digital Platform		ชุมชนคนทำงาน แพลตฟอร์ม ได้เข้ามามีส่วนร่วม โดยการเป็นหุ้นส่วนกับภาครัฐในการป้องกัน ควบคุมการบริหารจัดการความขัดแย้ง	กระบวนการที่มุ่งเน้นให้ชุมชนดำเนินกลไกโดยอาศัยวัฒนธรรมวิถีปฏิบัติของชุมชนมาเป็นเครื่องมือจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นอิสระโดยไม่จำเป็นต้องอิงกับกรอบของกฎหมายรัฐ เพื่อให้มีความยืดหยุ่น ไม่ตายตัว	-	

จากตารางที่ 1 ประสพการณ์ในการจัดการความขัดแย้งตามแนวยุติธรรมชุมชนจาก 14 กรณีศึกษา พบว่า ในแต่ละกรณีศึกษาต่างมีระบบการจัดการภายใต้บริบทที่แตกต่างกัน จะเห็นได้ว่าในแต่ละกรณีที่สามารถจัดการกับความขัดแย้งและข้ามพ้นความขัดแย้งไปสู่การจัดการภายในชุมชนและกับภายนอกชุมชน เพราะมีการจัดทำระบบฐานข้อมูลเกี่ยวกับชุมชน เกี่ยวกับความขัดแย้ง และใช้ข้อมูลต่าง ๆ นั้น ในการจัดการความขัดแย้งของชุมชน รวมถึงกระบวนการต่าง ๆ ภายใต้ยุติธรรมทางเลือกที่นำมาใช้ในการแก้ไขความขัดแย้ง ทำให้ความจริงที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งในมิติต่าง ๆ ปรากฏด้วยระบบฐานข้อมูล และเมื่อปรากฏภาพความจริงด้วยระบบฐานข้อมูลจึงนำไปสู่ทางเลือก/ทางออกของปัญหาที่มีมากกว่าการชี้ว่าผิด/ถูก มีอำนาจ/ไม่มีอำนาจ

ทั้งนี้ ในแต่ละกรณีที่สามารถจัดการกับความขัดแย้งและนำไปสู่การจัดการภายในชุมชนและกับภายนอกชุมชนด้วยกระบวนการยุติธรรมทางเลือก การเกิดกลไกความร่วมมือในรูปแบบต่าง ๆ ที่ทำให้เกิดการจัดการความขัดแย้ง และการแสวงหาทางออกจากฝ่ายต่าง ๆ แบบค่อยเป็นค่อยไปจนเป็นกลไกที่เหมาะสมในการจัดการกับความขัดแย้งในแต่ละประเด็นหรือแต่ละช่วงเวลา

อย่างไรก็ตาม การสร้างพื้นที่กลางหรือพื้นที่ปลอดภัยขึ้นในชุมชนในขณะที่ชุมชนตกอยู่ในท่ามกลางกระแสของความขัดแย้ง เป็นองค์ประกอบที่สำคัญมากของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์หรือกระบวนการยุติธรรมชุมชนในการที่จะเผชิญกับกระแสของความขัดแย้งที่ทำให้เกิดการแบ่งฝักแบ่งฝ่ายขึ้นภายในชุมชนและรวมถึงกับเครือข่ายผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่อยู่ภายนอกชุมชน จากกรณีศึกษาส่วนใหญ่ต้องเริ่มต้นจากการทำให้สถานการณ์และสภาวะความขัดแย้งที่มีอยู่ในชุมชนมีพื้นที่ทั้งในเชิงของจังหวะเวลาและสถานที่ ในการเปลี่ยนโครงสร้างความสัมพันธ์ที่สร้างความขัดแย้งให้ไปสู่รูปแบบความสัมพันธ์ภายในชุมชนแบบใหม่ที่ค่อย ๆ พัฒนาให้คู่ความขัดแย้งค่อย ๆ เกิดความเข้าใจซึ่งกันและกัน เห็นอกเห็นใจซึ่งกันและกัน ผ่านทางโอกาสสำคัญ ๆ ของชุมชน เช่น ในงานพิธีการทางศาสนา งานตามประเพณีของชุมชน ผลจากการมีพื้นที่กลาง หรือพื้นที่ปลอดภัย ในการทำให้ฝ่ายที่มีความขัดแย้งกันได้ยุติหรือทำให้ความขัดแย้งค่อย ๆ ลดระดับความรุนแรงลงทำให้เกิดการฟื้นฟูความสัมพันธ์ที่เป็นบาดแผลที่เกิดขึ้นจากความขัดแย้งให้กลับมาสู่การเห็นประเด็นปัญหาที่เคยขัดแย้งกันมาเป็นการมองเห็นปัญหาหรือสาเหตุของความขัดแย้งร่วมกัน กระบวนการดังกล่าวนี้ต้องอาศัยระยะเวลา โอกาส จังหวะ และสภาพแวดล้อมในทางสังคมในระดับชุมชนที่ยาวนานไม่เหมือนกันในแต่ละกรณีของความขัดแย้ง ขึ้นอยู่กับสถานการณ์และความซับซ้อนของความขัดแย้งที่มีความแตกต่างกัน

เมื่อภายในชุมชนสามารถที่จะลดระดับความรุนแรงของความขัดแย้งลงได้พร้อม ๆ กันกับการที่สถานการณ์ความขัดแย้งภายในชุมชนเริ่มที่จะลดลง ก็จะไปสู่การจัดโครงสร้างความสัมพันธ์ภายในชุมชนแบบใหม่ในสองลักษณะและดำเนินการในการแก้ปัญหาความขัดแย้งในสองระดับ คือ

การจัดโครงสร้างความสัมพันธ์ภายในชุมชนแบบใหม่หรือชุดใหม่ และการจัดตั้งกลไกความร่วมมือในการจัดการสาเหตุของความขัดแย้งที่มีลักษณะเป็นการจัดการร่วม (Co-management) ซึ่งจะมีองค์ประกอบของแกนนำที่เป็นสมาชิกชุมชนร่วมกับตัวแทนของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง ผู้นำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นักพัฒนาเอกชน และอาจจะมียุติธรรมทางเลือกเข้ามาให้การสนับสนุนโครงสร้างความสัมพันธ์ภายในชุมชนแบบใหม่ทั้งสองลักษณะที่ดำเนินการในสองระดับดังกล่าวข้างต้นนี้ เป็นเงื่อนไขสำคัญอย่างมากของกระบวนการยุติธรรมทางเลือก โดยกลไกที่เกิดขึ้นการจัดความสัมพันธ์ภายในชุมชนแบบใหม่นี้จะทำหน้าที่ในการสร้างการเปลี่ยนแปลง (transform) และชักชวนให้สมาชิกภายในชุมชนช่วยกันสานฟื้นฟูความร่วมมือความสัมพันธ์ในด้านต่าง ๆ เพื่อหาทางออกของความขัดแย้งและนำไปสู่การยกระดับการจัดการต่าง ๆ ภายในชุมชนเพื่อไม่ให้ชุมชนต้องกลับไปสู่สภาพความขัดแย้งเหมือนที่เคยเผชิญมาก่อนหน้านี้ ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่า การจัดความสัมพันธ์แบบใหม่ภายในชุมชน เพื่อจัดการกับความขัดแย้งที่เกิดขึ้นภายในชุมชน ถือเป็นการพัฒนาในขั้นที่สองของยุติธรรมทางเลือก เพื่อที่จะทำหน้าที่ในการเปลี่ยนโฉมใหม่ของความขัดแย้ง (conflict transformation) เป็นการพัฒนาของยุติธรรมทางเลือก ซึ่งจะนำไปสู่การพัฒนาพื้นที่หรือประเด็นเฉพาะต่อไปในทางด้านเศรษฐกิจ ด้านความเข้มแข็งทางสังคม และสู่การพัฒนาสังคมสุขภาวะ

5. อภิปรายผล

การสังเคราะห์การจัดการความขัดแย้งตามแนวยุติธรรมชุมชนจาก 14 กรณีศึกษา เป็นกรณีการจัดการความขัดแย้งที่เกิดจากสาเหตุต่าง ๆ ด้วยวิธีการที่ชุมชนเข้ามาดำเนินการจัดการปัญหาของชุมชนซึ่งในแต่ละกรณีศึกษาต่างมี “ระบบการจัดการ” ที่ทำให้ชุมชนสามารถจัดการความขัดแย้งและยกระดับของการจัดการกับปัญหาไปสู่การพัฒนาความเป็นอยู่ของชุมชนที่ดีขึ้น โดยในแต่ละกรณีศึกษาจะมีกระบวนการที่มีการจัดทำระบบฐานข้อมูลในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลชุมชน ความขัดแย้งและใช้ข้อมูลที่มีอยู่ในระบบฐานข้อมูลมาใช้ในการจัดการความขัดแย้งของชุมชน ตลอดจนการสร้างกฎกติการ่วมกันของชุมชนเพื่อเป็นกรอบในการจัดการความขัดแย้ง และการมีส่วนร่วมของคนในชุมชนในการจัดการความขัดแย้งทั้งการจัดการภายในชุมชนและกับภายนอกชุมชนด้วยกระบวนการยุติธรรมทางเลือก อาทิ การมีเวทีพูดคุยหารือทางออกร่วมกัน การไกล่เกลี่ย การสื่อสารด้วยระบบข้อมูล หรือการร่วมกันตรวจสอบข้อเท็จจริงต่าง ๆ เป็นต้น

ดังนั้น ลักษณะกระบวนการหรือกิจกรรมของกระบวนการยุติธรรมชุมชน จากหลักการหรือปรัชญากระบวนการยุติธรรมชุมชนผ่าน 14 กรณีศึกษา จึงมีองค์ประกอบหลัก ๆ ที่เหมือนกัน คือ

การใช้ความเชื่อมั่นของคนในชุมชนที่มีความขัดแย้งโดยใช้ข้อมูลในพื้นที่ วางกลไก เครื่องมือ และ แผนปฏิบัติการแก้ไขความขัดแย้งนั้นอย่างมีส่วนร่วม โดยมีระบบสนับสนุนจากในชุมชนและ/หรือ หน่วยงานภายนอกด้วย จากข้อมูลและประสบการณ์นี้จะพ่วงจะจำแนกแนวคิดหรือกระบวนการยุติธรรม ชุมชนที่สำคัญ ได้แก่ ความเป็นประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม การเข้ามามีส่วนร่วมของภาคประชาชน การลดความขัดแย้งของชุมชนและประสานความเป็นหนึ่งเดียวของคนในชุมชน ผ่านการพูดคุยเจรจา และปรับความเข้าใจที่ส่งผลไปถึงการเสริมสร้างความสัมพันธ์ของชุมชน เป็นกระบวนการที่เน้นการ ถกแถลง พุดคุยเจรจาของคนในชุมชนเพื่อหาข้อตกลงร่วมกันต่อข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น ก่อนถึงกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก

ยุติธรรมชุมชนถูกนำมาใช้แก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุ สร้างพื้นที่พูดคุยถกเถียงกันระหว่างผู้มี ส่วนได้เสีย เพื่อเป็นการวางแนวทาง หรือแนวปฏิบัติร่วมกัน ในการป้องกันไม่ให้เกิดปัญหา หรือ ความเสียหายขึ้น รัฐเป็นเพียงตัวกลางในการอำนวยความสะดวกให้กระบวนการดังกล่าวเป็นไป อย่างราบรื่น ตามหลักความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ สนับสนุน ส่งเสริม เพิ่มศักยภาพในการต่อรอง ให้กับชุมชน โดยเป้าหมายของความยุติธรรมชุมชน จะคำนึงถึงผลลัพธ์ว่า จะยกระดับไปสู่การบริหาร จัดการตนเองของชุมชน เพื่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบ และการมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น กระตุ้นให้เกิดการ เรียนรู้ทางสังคม รับทราบปัญหาของกันและกัน มีรูปแบบการดำเนินการที่คำนึงถึงความหลากหลาย และความแตกต่างด้านวัฒนธรรมหรือระบบความสัมพันธ์ของแต่ละชุมชน รวมทั้งมีลักษณะยืดหยุ่น เพื่อให้สามารถปรับใช้กับบริบททางสังคมที่อาจเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา หาทางออกหรือแก้ไขปัญห าร่วมกัน และคอยติดตามดูแลให้ทุกฝ่ายปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ทำไว้ต่อกัน และท้ายสุดชุมชนเป็น หุ่นส่วนในกระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ การดำเนินกระบวนการยุติธรรม ชุมชนจะต้องเข้ามามี ส่วนร่วมอยู่เสมอ

การสังเคราะห์จากกรณีศึกษาชุมชนกับการจัดการความขัดแย้งด้วยกระบวนการยุติธรรม ชุมชนนี้ ชุมชนต้องมีการเรียนรู้ซึ่งอาจสั่งสมจากประสบการณ์ทางภาคปฏิบัติ การฝึกอบรม หรือทางอื่น ๆ จนเกิดเป็นองค์ความรู้ของชุมชนซึ่งจะมีประโยชน์อย่างมากต่อการส่งเสริมระบบยุติธรรมชุมชน และยังสอดคล้องกับหลักเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนด้วย โดยเมื่อชุมชนสามารถพัฒนาองค์ความรู้ เพื่อมาจัดการปัญหาของชุมชนได้ การนำแนวคิดกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ควบคู่ไปกับ กระบวนการยุติธรรมทางเลือกนั้น นอกจากจะมีคุณประโยชน์สำคัญในการแก้ไขความขัดแย้งและ พื้นฟูความสัมพันธ์แล้ว ยังเป็นกระบวนการที่ส่งเสริมการพัฒนาต้นทุนทางสังคม (Social Capital) ในเชิงของการพัฒนาศักยภาพทางความคิด และนอกจากนี้ ยังสอดคล้องกับพัฒนาสุขภาวะและเป้าหมาย การพัฒนาที่ยั่งยืนด้วย

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ยุทธธรรมชุมชนเป็นกระบวนการที่ชุมชนใช้ในการสร้างความเปลี่ยนแปลงภายในชุมชน (social transformation) และการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ความขัดแย้งไปสู่สถานการณ์ที่ความขัดแย้งสามารถที่คลี่คลายไปได้ และเริ่มความสัมพันธ์ภายในชุมชนใหม่ การสานพลังภายในชุมชนเป็นทุนทางสังคม ทุนทางวัฒนธรรม และทุนทางทรัพยากรธรรมชาติ สร้างชุมชนให้เข้มแข็งที่จะเป็นพื้นฐานในการพัฒนาชุมชนท้องถิ่นในด้านต่าง ๆ ต่อไป จากการถอดบทเรียนครั้งนี้ได้ “ความรู้จากปฏิบัติ” ที่ชุมชนต่าง ๆ ได้สร้างขึ้นจนสามารถที่จะจัดเป็นระบบในการจัดการความขัดแย้งและต่อยอดไปยังระบบการจัดการภายในชุมชนในมิติอื่น ๆ ขึ้นบนพื้นฐานสังคมไทยในพื้นที่ต่าง ๆ ที่แตกต่าง หลากหลาย ซึ่งจากกระบวนการดังกล่าวพอที่จะจัดเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญหรือที่ต้องมีสำหรับการที่ชุมชนจะนำไปใช้ในการจัดการความขัดแย้ง หรืออาจจะเรียกว่า “โมเดลการสานพลังรูปธรรมการขับเคลื่อนยุทธธรรมชุมชนเชิงพื้นที่/เชิงประเด็น” โดยมีองค์ประกอบที่สำคัญ ๆ ประกอบด้วย 1) ระบบฐานข้อมูลและองค์ความรู้ของชุมชน 2) การสร้างความสัมพันธ์ที่พัฒนาไปสู่การมีกลไกความร่วมมือในเชิงความสัมพันธ์กับภาคส่วนต่าง ๆ 3) การมีแผนปฏิบัติการของชุมชนในการจัดการชุมชนภายหลังจากที่ผ่านสถานการณ์ความขัดแย้งและเมื่อสถานการณ์ความขัดแย้งได้คลี่คลายไป การเริ่มความสัมพันธ์ภายในชุมชนใหม่ การสานพลังภายในชุมชนที่จะพัฒนาชุมชนท้องถิ่นบนระบบการจัดการของชุมชนแบบใหม่ ด้วยกรอบคิด กระบวนการ และเครื่องมือในการจัดการตนเองแบบใหม่ ๆ 4) การมีกฎระเบียบกติกาของชุมชนในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ เช่น ธรรมนูญชุมชน ข้อบัญญัติของท้องถิ่น และ 5) การมีระบบติดตามการดำเนินการให้เป็นไปตามแผน การปฏิบัติตามกฎระเบียบกติกาต่าง ๆ ตามที่ชุมชนกำหนด โดยใช้กลไกภายในของชุมชนและหรือระหว่างกลไกภายในของชุมชนร่วมกับหน่วยงานของรัฐ และรวมถึงการพัฒนาความร่วมมือเพื่อสร้างระบบสนับสนุนการดำเนินการของชุมชนในการจัดการ ป้องกัน แก้ไข พื้นฟู ความสัมพันธ์ภายในชุมชน ซึ่งองค์ประกอบทั้ง 5 นี้เป็นแนวทางการขยายผลหรือเพิ่มศักยภาพของความเป็นชุมชนเข้มแข็งในการดำเนินงานยุทธธรรมแนวสมานฉันท์นี้

7. ข้อเสนอแนะต่อการปฏิรูประบบยุทธธรรมชุมชนเพื่อการสร้างชุมชนเข้มแข็ง

1) สร้างระบบโครงสร้างกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเกี่ยวกับกระบวนการยุทธธรรมทางเลือกและยุทธธรรมชุมชน อาทิ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการกลไก การหันเหคดีจากกระบวนการยุทธธรรม เช่น พระราชบัญญัติมาตรการแทนการฟ้องคดีอาญา พ.ศ. 2554 พระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยคดีอาญา

ในชั้นพนักงานสอบสวน พ.ศ. 2554 ร่างพระราชบัญญัติชะลอการฟ้อง พ.ศ. พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ฉบับที่ 7 พ.ศ. 2550 ฯลฯ เพื่อจัดระบบสาระ/แนวทางปฏิบัติตามกฎหมายทั้งระบบ ตลอดจนแนวทางปฏิบัติ อาจเป็นคู่มือการปฏิบัติตามกฎหมาย ตามแนวทางกระบวนการยุติธรรมชุมชนเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพ ทั้งแนวคิดความเข้าใจตัวกฎหมาย แนวทางการปฏิบัติ และการบูรณาการร่วมกันของทุกภาคส่วน

2) สร้างเครือข่ายการขับเคลื่อนองค์ความรู้ แนวคิด แนวปฏิบัติกระบวนการยุติธรรมชุมชน โดยกำหนดขอบเขตภารกิจการดำเนินงาน การบริหารจัดการเครือข่าย รูปแบบของเครือข่าย และแนวทางการขับเคลื่อนนโยบายการพัฒนาระบบยุติธรรมชุมชนให้เกิดการขยายผลอย่างเป็นรูปธรรมในวงกว้าง

3) การขับเคลื่อนสังคมต่อการรับรู้ ยอมรับ และการขยายผลนำไปใช้ในการแก้ไขความขัดแย้ง ในพื้นที่ควรมีพื้นที่กลางและเครื่องมือปฏิบัติการในพื้นที่ (เช่น การมีธรรมนูญระดับพื้นที่) สำหรับการเรียนรู้ร่วมกันและสร้างความเห็นร่วมของการนำไปปฏิบัติในพื้นที่ต่าง ๆ

บรรณานุกรม

- กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. “การพัฒนาระบบยุติธรรมชุมชนในไทย.” ใน **ยุติธรรมชุมชน: บทบาทการอำนวยความสะดวกยุติธรรมโดยชุมชนเพื่อชุมชน**. หน้า 22. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย, 2550.
- _____. “ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์หลักการและแนวคิด.” ใน **เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่องยุติธรรมชุมชน.....หนทางสู่สังคมแห่งความเป็นธรรม**. หน้า 86-87. กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรมและโครงการพัฒนาระบบกฎหมาย, 2550.
- กระทรวงยุติธรรม. **ภารกิจกระทรวงยุติธรรม** [Online]. Available URL: <https://www.moj.go.th/view/7536,2565> (พฤษภาคม, 26).
- จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย และคณะ. **การพัฒนารอบแนวทางการวิจัยชุดโครงการกระบวนการยุติธรรมทางเลือกในสังคมไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2553.
- จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. “ยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในศาลเยาวชนและครอบครัว: ก้าวสำคัญสู่การปฏิรูประบบยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนไทย.” ใน **เอกสารประกอบการเสวนาทางวิชาการการนำหลักความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) มาใช้ในศาลเยาวชนและครอบครัว**. หน้า 3. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, 2549.
- _____. **ระบบยุติธรรมและยุติธรรมทางเลือกแนวการวิเคราะห์เชิงสังคมศาสตร์**. หน้า 226. ม.ป.ท.: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- ชญานันท์ ล้อมฉินพรรัตน์. “ยุติธรรมชุมชน: ศึกษากรณีการแก้ไขความขัดแย้งทางอาญาด้วยวิธีการเชิงสมานฉันท์ในระดับชุมชน.” **วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, 2553.
- บุญตา ส. ผาบัมชัย. “กระบวนการว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท: ศึกษาเปรียบเทียบตามกฎหมายไทยและสาธารณะประชาธิปไตยประชาชนลาว.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2547.
- สถาบันอนุญาโตตุลาการ. **การอนุญาโตตุลาการคืออะไร?** [Online]. Available URL: <https://thac.or.th/th/>, 2565 (มีนาคม, 1).
- สถาบันอนุญาโตตุลาการ. **Negotiation คืออะไร? มารู้จักกับคำนี้อย่างลึกซึ้งก่อนทำการระงับข้อพิพาททางเลือก** [Online]. Available URL: <https://thac.or.th/th/>, 2565 (มิถุนายน, 7).

- อรัชมน พิเชฐวรกุล. **การระงับข้อพิพาททางเลือก** [Online]. Available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/blogs/columnist/122222>, 2565 (มิถุนายน, 7).
- Bargen, Jenny. **Kids, Cops, Courts, Conferencing and Children’s Rights — A Note on Perspectives** [Online]. Available URL: <https://doi.org/10.1080/1323238X.1996.11910956>, 2022 (June, 22).
- Bazemore, Gordon. Mara Schiff. **Restorative Community Justice: Repairing Harm and Transforming Community**. Cincinnati: Anderson Publishing, 2001.
- Clear, Todd R. **Community Justice**. 2nd ed. New York: Routledge, 2011.
- Congress of the Philippines. **An Act Providing for a Local Government Code of 1991** [Online]. Available URL: http://www.lawphil.net/statutes/repacts/ra1991/ra_7160_1991.html, 2022 (January, 11).
- Cunneen, Chris. “Community conferencing and the fiction of indigenous control.” **Australian and New Zealand Journal of Criminology** 30, 3 (December 1997): 292-311.
- Daly, Kathleen and Russ Immarigeon. “The past, present, and future of restorative justice: some critical reflections.” **The Contemporary Justice Review** 1,1 (1998): 21-45.
- Daly, K. SAJJ. **Technical report no. 2: Research instruments in Year 2 (1999) and background notes**. Brisbane: School of Criminology and Criminal Justice, Griffith University, 2001.
- Glubwila, Sorat and others. “Community justice as a conflict management mechanism in Thailand, Indonesia, the Philippines, and Myanmar.” **Kasetsart Journal of Social Sciences** 42, 3 (July-September 2021): 688–693.
- Golub, Stephen. **Non-state Justice Systems in Bangladesh and the Philippines** [Online]. Available URL: <http://www.siteresources.worldbank.org/INTJUSFORPOOR/.../GolubNonStateJusticeSystems.pdf>, 2002 (January, 11).
- Lanni, Adriaan. The Future of Community Justice. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review** 40 (2005): 359-465.

การศึกษาวิจัยกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำ:
กรอบแนวคิดของกฎหมายน้ำญี่ปุ่นและ
ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายน้ำไทย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พีรพล เจตโรจนานนท์

การศึกษาวิจัยกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำ: กรอบแนวคิดของ
กฎหมายน้ำญี่ปุ่นและขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายน้ำไทย*
Legal Study on Water Allocation and Use: A Conceptual Framework of
Japanese Water Law and the Scope of Application of Thai Water Law

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พีรพล เจตโรจนานนท์**
Assistant Professor Dr. Peerapon Jaderojananont

บทคัดย่อ

การจัดสรรน้ำและการใช้น้ำถูกกำหนดขึ้นภายใต้กฎหมายทรัพยากรน้ำของประเทศไทย เนื่องจากทรัพยากรน้ำมีอยู่อย่างจำกัด รัฐจึงจำเป็นต้องสร้างกติกาในการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำ ขึ้นมาอย่างเป็นธรรม กฎหมายทรัพยากรน้ำของประเทศไทยเป็นกฎหมายใหม่ และจำเป็นต้องมีการ

*บทความวิจัยนี้ถูกศึกษาและพัฒนาขึ้นโดยผู้เขียน เป็นส่วนหนึ่งของ “โครงการศึกษาและยกร่างอนุบัญญัติที่ออกตามร่างพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. ... ในส่วนที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจ และภารกิจของกรมทรัพยากรน้ำ (หมวด 4 การจัดสรรน้ำและการใช้น้ำ)” โดยได้รับทุนอุดหนุนจาก กรมทรัพยากรน้ำ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ประจำปี 2564 ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ ผู้มอบโอกาสให้แก่ผู้เขียนได้เข้ามาศึกษาวิจัยในส่วนนี้ อีกทั้งยังเป็นครูผู้ถ่ายทอดความรู้แก่ผู้เขียนในเรื่องกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรธรรมชาติ.

This article is part of the research entitled “Drafting of Delegated Laws under Water Resources Act B.E. ... in Relation to Responsibilities, Power, and Missions of Department of Water Resources (Chapter 4 Water Allocation and Use).” This research is funded by Department of Water Resources, Ministry of Natural Resources and Environment, 2021. The author would really like to express the sincerest gratitude to Professor Narong Jaihar, providing the author an opportunity to do this research and teaching the author Natural Resources Law.

**อาจารย์ประจำคณะบริหารการพัฒนาสิ่งแวดล้อม สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.ม. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; LL.M. in International Environmental Law, Macquarie University; Ph.D. in Law, Macquarie University, Australia. E-mail: peerapon.j@nida.ac.th

Lecturer at Graduate School of Environmental Development Administration, National Institute of Development Administration; LL.B. Thammasat University; LL.M. Thammasat University; LL.M. in International Environmental Law, Macquarie University; Ph.D. in Law, Macquarie University, Australia.

วันที่รับบทความ (received) 25 เมษายน 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 8 สิงหาคม 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 14 กันยายน 2565.

พัฒนากฎหมายต่อไป โดยเฉพาะเรื่องการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ของประชาชน การศึกษาวิจัยชี้ให้เห็นว่า แนวคิดในการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำของกฎหมายญี่ปุ่นอยู่บนพื้นฐานของหลักการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำที่เป็นสากล มีมาตรการที่โดดเด่นอาจนำมาประยุกต์ใช้กับการพัฒนากฎหมายน้ำของไทยได้ ไม่ว่าจะเป็นการประยุกต์ใช้เป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับการยื่นขอใบอนุญาต และการพิจารณาออกใบอนุญาตใช้น้ำของกรมทรัพยากรน้ำได้ ทั้งนี้ การกำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายของกรมทรัพยากรน้ำจำเป็นต้องมีความชัดเจนด้วย กรมทรัพยากรน้ำมีขอบเขตในการพิจารณาจัดสรรน้ำและออกใบอนุญาตใช้น้ำอย่างจำกัดสำหรับเขตพื้นที่ซึ่งไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นเขตอนุรักษ์ตามกฎหมายเฉพาะเท่านั้น แม้ว่าภายในเขตพื้นที่อนุรักษ์ดังกล่าวจะมีแหล่งทรัพยากรน้ำสาธารณะที่อาจนำมาใช้สอยได้ ก็ไม่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำเสมอไป

คำสำคัญ: การจัดสรรน้ำและการใช้น้ำ, กฎหมายน้ำญี่ปุ่น, ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายน้ำไทย

Abstract

Water allocation and use are regulated under Thailand's water resources law based on the fact that water is precious and restricted to nourish economic and social activities, thus the State is required to adopt legal rules on water allocation and use for water justice. This law is quite new and needs for legal development dealing with water users' rights and responsibilities. This research found that Japan's water legal concepts would be interestingly based on global water management standards and would provide key ideas that could be applied to Thailand's water allocation and use, possibly in the form of best practice for a request and consideration of a water permit by the Department of Water Resources (DWR). Yet, its scope of application must be clear when the DWR has the authority to enforce the law of water allocation and use only confined to water areas that are not designated as protected areas under other laws.

Keywords: water allocation and use, Japanese water law, the scope of application of Thai water law

1. บทนำ

หลังจากที่พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 มีผลใช้บังคับในประเทศไทยส่งผลให้เกิดการสร้างความตระหนักต่อประชาชนทุกคนว่า ทรัพยากรน้ำสาธารณะนั้นไม่ใช่ทรัพยากรธรรมชาติที่จะถูกใช้สอยอย่างอิสระเสรีและไม่มีข้อจำกัดในการใช้อีกต่อไป เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวได้สร้างมาตรฐานความคิดเกี่ยวกับการใช้สอยทรัพยากรธรรมชาติประเภทนี้ขึ้นมาใหม่ว่า ทรัพยากรน้ำเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่ฟรี และมีอยู่อย่างจำกัด

ในอดีต ทรัพยากรน้ำสาธารณะถูกมองว่าเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่มากมายและอุดมสมบูรณ์ ประชาชนทุกคนมีสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำสาธารณะและนำไปใช้ประโยชน์แก่ที่ดินของตนเองโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายให้แก่ภาครัฐ อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาเมื่อสภาพเศรษฐกิจและสังคมเจริญเติบโตมากขึ้น มีการขยายตัวของกิจกรรมทางเศรษฐกิจมากยิ่งขึ้น ทรัพยากรน้ำได้กลายเป็นวัตถุดิบที่สำคัญในแทบจะทุกกระบวนการผลิตทั้งในภาคเกษตรกรรม ภาคอุตสาหกรรม ภาคพาณิชย์กรรม หรือแม้แต่ภาคการท่องเที่ยว ความต้องการในการใช้ทรัพยากรน้ำจึงมีมากขึ้นอย่างมหาศาล แหล่งน้ำที่สำคัญหลายแหล่งไม่มีน้ำเพียงพอต่อการหล่อเลี้ยงความต้องการที่เพิ่มมากขึ้นอีกต่อไป ภาครัฐจึงจำเป็นต้องสร้างกฎกติกาในการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำขึ้นอย่างเป็นระบบ โดยยึดโยงกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ด้วย เพื่อให้มีการชำระค่าใช้น้ำ และกำหนดเงื่อนไขในการใช้น้ำโดยสอดคล้องกับหลักการสากล แนวคิดในการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำจึงปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ซึ่งได้กำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์และวิธีการเอาไว้ สำหรับการนำทรัพยากรน้ำไปใช้การสร้างระบบตรวจสอบและการขออนุญาต การกำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่หน่วยงานผู้รับผิดชอบบริหารจัดการน้ำ ตลอดจนการวางแผนแนวทางในการชำระค่าใช้น้ำ เป็นต้น

ในการศึกษาวิจัยนี้ มีวัตถุประสงค์สำคัญและตั้งอยู่บนคำถามวิจัยว่า แนวคิดในการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำภายใต้กฎหมายต่างประเทศที่ผู้วิจัยสำรวจแล้วว่า มีแนวทางที่น่าสนใจและอาจนำมาใช้เป็นแบบอย่างแก่การพัฒนากฎหมายของประเทศไทยได้มีหลักคิด แนวทาง และมาตรการในการควบคุมการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำอย่างไรบ้าง นอกจากนี้ เมื่อทราบถึงแนวทางของกฎหมายต่างประเทศที่อาจเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยแล้ว ผู้วิจัยจะค้นหว่า ขอบเขตในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้น้ำในประเทศไทยว่าอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของใครและมีขอบเขตการใช้อำนาจตามกฎหมายในการควบคุมการใช้น้ำอย่างไรบ้าง โดยการศึกษาวิจัยนี้ จะใช้วิธีการศึกษาวิจัยกฎหมาย (Doctrinal Legal Research) ซึ่งเป็นการศึกษาจากเอกสารกฎหมาย รวมถึงข้อมูลเอกสารอื่นประกอบ โดยเริ่มต้นนำเสนอจากการสร้างความเข้าใจในหลักการพื้นฐานในการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำซึ่งจะ

นำไปสู่แนวทางการคิดค่าใช้น้ำ จากนั้นจะศึกษาถึงแนวทางดังกล่าวของกฎหมายต่างประเทศเพื่อกำหนดประเด็นที่อาจเป็นประโยชน์ต่อการนำมาใช้กำหนดมาตรการในการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำของประเทศไทย และท้ายที่สุด จะทำการศึกษาว่า หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าวจะมีขอบเขตอำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบอย่างไรบ้าง

2. ผลการศึกษาวิจัย

จากการศึกษา พบว่า หลักการพื้นฐานในการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำซึ่งได้รับการแนะนำโดยสหประชาชาติ (United Nations) ได้กลายเป็นมาตรฐานสากลในการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำ แต่ละประเทศได้นำไปดำเนินการตามบริบทที่เหมาะสมของแต่ละประเทศ โดยจะเห็นแนวทางดังกล่าวในกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรน้ำของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งจะถูกยกขึ้นมาเป็นแบบอย่างในการศึกษา เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นนั้นมีระบบกฎหมายคล้ายคลึงกับประเทศไทย คือ ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) ซึ่งมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรน้ำอย่างเป็นระบบโดยครอบคลุมตั้งแต่เรื่องกำหนดแผนและนโยบาย ทิศทางในการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำในภาพรวม รวมถึงการกำหนดสิทธิการใช้น้ำ การออกใบอนุญาตการใช้น้ำ เงื่อนไขการใช้ประโยชน์จากแหล่งน้ำสาธารณะ และการควบคุมคุณภาพของแหล่งน้ำให้มีคุณภาพดีอยู่เสมอ¹ อีกทั้ง ลักษณะทางกายภาพของแหล่งน้ำภายในประเทศที่มีแม่น้ำหลายสายที่แตกกิ่งก้านสาขา² ภายในประเทศ ทั้งที่มีความยาวและแคบสั้นและสูงชันคล้ายคลึงกับแม่น้ำในประเทศไทย³ ทำให้ง่ายต่อการเทียบเคียงและนำไปประยุกต์ใช้กับประเทศไทย อีกทั้ง เนื่องจากกฎหมายน้ำของประเทศไทยยังคงเป็นกฎหมายที่ใหม่ การที่จะพัฒนากฎหมายต่อไปในอนาคตสามารถเรียนรู้จากแนวคิดในการใช้น้ำและการจัดสรรน้ำที่กำหนดในกฎหมายญี่ปุ่นได้ เพื่อเห็นถึงจุดเด่นและจุดด้อยของกฎหมาย และนำมาปรับใช้กับการพัฒนา

¹Environment and Social Development East Asia and Pacific Region, The World Bank, **Water Resources Management in Japan: Policy, Institutional and Legal Issues** (Washington D.C.: World Bank, 2006), p. 10.

²Mitsuo Takezawa and Hiroshi Gotoh, **Measures for Mitigation of Flood Hazards in Japan** [Online], available URL: <https://www.witpress.com/Secure/elibrary/papers/9781845645601/9781845645601004FU1.pdf>, 2020 (November, 14).

³Infrastructure Development Institute-Japan, **Rivers in Japan** (Japan: Infrastructure Development Institute-Japan and Japan River Association, 2006), p. 6.

กฎหมายน้ำไทย ในการนี้ ผู้วิจัยจะนำเสนอเป็นประเด็นตามลำดับเพื่อประโยชน์ต่อการพัฒนากฎหมายการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำของประเทศไทย

2.1 หลักการพื้นฐานของสหประชาชาติในการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำ

ในปี 2010 ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติได้มีมติที่ 64/292 (United Nations General Assembly Resolution 64/292) ที่ว่าด้วยเรื่องสิทธิในการใช้น้ำ โดยสหประชาชาติได้เน้นย้ำถึงความสำคัญในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากน้ำในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชนประการหนึ่ง ซึ่งมติดังกล่าวได้วางหลักการว่าสหประชาชาติรับรองอย่างชัดแจ้งในสิทธิมนุษยชนที่มีต่อน้ำและการสุขาภิบาล (Human Rights to Water and Sanitation) และยอมรับว่าน้ำดื่มสะอาดและการสุขาภิบาลนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการตระหนักถึงสิทธิมนุษยชนข้อนี้ได้ขอเรียกร้องให้รัฐต่างๆ และองค์กรระหว่างประเทศดำเนินการจัดหาทรัพยากรทางการเงิน การส่งเสริมช่วยสร้างขีดความสามารถและถ่ายทอดเทคโนโลยีเพื่อช่วยเหลือประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาเพื่อจัดหา น้ำดื่มและสุขาภิบาลที่ปลอดภัย สะอาด เข้าถึงได้ และราคาไม่แพงสำหรับมนุษย์ทุกคน⁴

จากข้อมติที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติดังกล่าว นำมาสู่สาระสำคัญของการวางหลักการพื้นฐานในการจัดสรรน้ำและใช้น้ำโดยรัฐ ซึ่งรัฐจะเป็นผู้ดำเนินการรับรองแก่ประชาชนให้เข้าถึงน้ำดื่มที่สะอาดเพื่อการอุปโภคบริโภคเนื่องจากเป็นสิทธิมนุษยชน ส่วนการนำน้ำไปใช้ประโยชน์ในกิจกรรมอื่น ๆ รัฐสามารถกำหนดค่าใช้น้ำได้ เนื่องจากน้ำเป็นทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดและเป็นของส่วนรวม โดยการกำหนดค่าใช้น้ำอาจไม่จำเป็นต้องมีอัตราเดียวกันทั้งหมด โดยจะขึ้นอยู่กับประเภทของกิจกรรมและปริมาณการใช้น้ำ นอกจากนี้ รัฐจำเป็นต้องกำหนดว่าปัจจัยใดบ้างที่นำมาใช้เพื่อคิดคำนวณอัตราค่าน้ำ รวมถึงรูปแบบของการจัดเก็บค่าน้ำ องค์กรใดที่จะเป็นผู้กำหนดค่าใช้น้ำ ซึ่งรัฐจะต้องกำหนดอำนาจหน้าที่อย่างชัดเจนและต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญในการบริหารจัดการน้ำ และท้ายที่สุดการกำหนดค่าใช้น้ำจำเป็นจะต้องคำนึงรายได้ประชาชาติของแต่ละประเทศด้วย เพราะบริบททางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันจะเป็นตัวกำหนดค่าใช้น้ำที่เหมาะสมกับประเทศนั้น⁵

⁴United Nations General Assembly Resolution 64/292 The Human Rights to Water and Sanitation (July 2010).

⁵Salmon M.A. Salmon and Daniel D. Bradlow, **Regulatory Frameworks for Water Resources Management** [Online], available URL: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7054/362160rev0Regulatory0water01PUBLIC1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 2020 (June, 18).

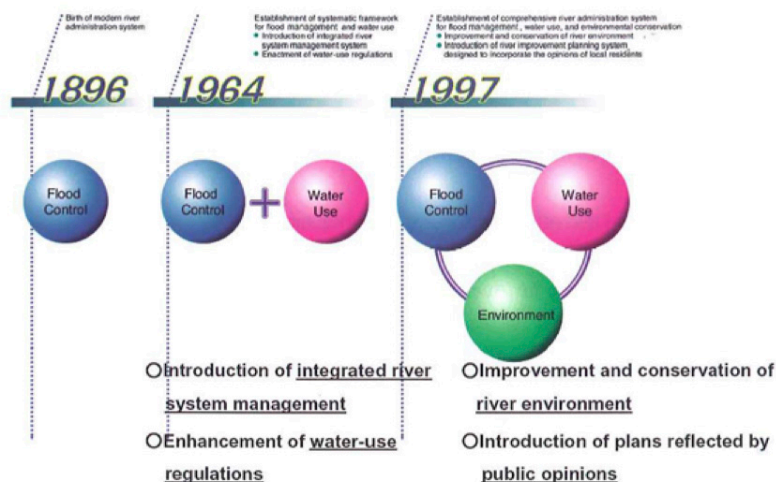
เมื่อพิจารณาข้อดีที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติในบริบทของหลักการพัฒนายั่งยืน (Sustainable Development) และเป้าหมายการพัฒนายั่งยืนของสหประชาชาติ (Sustainable Development Goals: SDGs) จะพบว่า การวางหลักการพื้นฐานในการจัดสรรน้ำและใช้น้ำโดยรัฐ นำมาสู่การสร้างสมดุลทั้งด้านการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม กล่าวคือ ในการผลิตในภาคอุตสาหกรรม เกษตรกรรม และพาณิชยกรรม จำเป็นต้องใช้น้ำในการประกอบกิจกรรมทั้งสิ้น การควบคุมการใช้น้ำ และการจัดสรรน้ำอย่างเป็นระบบจะช่วยให้มีน้ำเพียงพอต่อความต้องการ และนำไปหล่อเลี้ยงระบบเศรษฐกิจได้ อีกทั้ง ในแง่ของสังคมนั้นประชาชนได้รับประโยชน์จากการใช้น้ำ โดยเฉพาะการใช้น้ำประเภทที่หนึ่ง ซึ่งกำหนดให้ประชาชนสามารถเข้าถึงได้โดยไม่สร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชน นอกจากนี้ ในแง่ของสิ่งแวดล้อม การนำน้ำจากแหล่งน้ำสาธารณะมาใช้สอย โดยขาดการบำรุงรักษาย่อมกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การกำหนดให้มีเงื่อนไขในการใช้น้ำและจัดสรรน้ำอย่างชาญฉลาดจะช่วยให้สมดุลน้ำเกิดความยั่งยืน ซึ่งหลักการของสหประชาชาติได้สอดคล้องกับแนวทางการพัฒนายั่งยืน และตอบสนองเป้าหมายของ SDGs ในหลายด้าน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการได้รับและเข้าถึงน้ำสะอาดและสุขอนามัยที่ดี การลดความเหลื่อมล้ำภายใต้ระบบการจัดสรรน้ำอย่างเป็นธรรม เป็นต้น

2.2 แนวทางการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำของประเทศญี่ปุ่น

การจัดการทรัพยากรน้ำอย่างชาญฉลาดจึงเป็นสิ่งสำคัญที่รัฐบาลญี่ปุ่นตระหนัก โดยกรอบกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องน้ำ ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลักสองฉบับ ได้แก่ The Basic Environment Law (Law No.91 of 1993) และ The River Law (Law No.167 of 1964) กฎหมาย The Basic Environment Law จะว่าด้วยเรื่อง คุณภาพสิ่งแวดล้อมหลายประเภท ได้แก่ อากาศ เสียง ความสั่นสะเทือน น้ำ เป็นต้น โดยกฎหมายจะกำหนดให้มีการสร้างแผนยุทธศาสตร์ด้านคุณภาพน้ำ การกำหนดมาตรฐานคุณภาพน้ำ การควบคุมมลพิษทางน้ำ⁶ จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ กล่าวถึงการจัดการคุณภาพน้ำเท่านั้น ไม่ได้กล่าวถึงการจัดการน้ำในฐานะที่เป็นทรัพยากร ซึ่งการจัดการทรัพยากรน้ำตามนัยของทรัพยากรธรรมชาติจะถูกบัญญัติรวบรวมไว้ในกฎหมายอีกฉบับที่ชื่อ The River Law กฎหมายฉบับนี้ มีโครงสร้างที่ใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำแห่งชาติ พ.ศ. 2561 กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ระบุการกำหนดแผนบริหารจัดการน้ำ และกำหนดสิทธิในการใช้น้ำ

⁶Ministry of the Environment, Government of Japan, **The Basic Environment Law and Basic Environment Plan** [Online], available URL: https://www.env.go.jp/en/laws/policy/basic_lp.html, 2019 (September, 4).

แม้ว่ากฎหมายจะถูกบัญญัติขึ้นครั้งแรกเมื่อ ปี 1896 เพื่อใช้จัดการน้ำในลุ่มน้ำ หลังจากนั้น ในปี 1964 ได้ถูกแทนที่ด้วยกฎหมายฉบับใหม่ ซึ่งถูกแก้ไขปรับปรุงหลายครั้งจนเป็นฉบับที่ใช้ในปัจจุบัน⁷ ในการปรับปรุงแต่ละครั้ง ได้เพิ่มแนวคิดใหม่เข้าไป ดังจะเห็นได้จากแผนภาพด้านล่าง



แผนภาพที่ 1: วิวัฒนาการของ The River Law

ที่มา: River Bureau, Ministry of Land, Infrastructure and Transportation

จากแผนภาพดังกล่าว จะเห็นได้ว่า เดิมทีนั้น The River Law ได้บัญญัติขึ้นโดยมีแนวคิดเพื่อควบคุมน้ำท่วม ซึ่งเป็นปัญหาที่ประเทศญี่ปุ่นประสบมาโดยตลอดเท่านั้น แต่เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นในปี 1964 แนวคิดในการจัดการทรัพยากรน้ำได้ถูกขยายให้กว้างขึ้น เพื่อครอบคลุมการใช้น้ำผ่านกลไกการใช้น้ำ และในการแก้ไขครั้งล่าสุด นอกเหนือไปจากแนวคิดเดิมในการควบคุมน้ำท่วมแล้ว กฎหมายก็ได้ให้ความสำคัญกับทรัพยากรน้ำในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของสิ่งแวดล้อมด้วย โดยการใช้จะต้องเป็นไปเพื่อความยั่งยืน⁸ กรอบแนวคิดทั้งสามประการต้องสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน กลายเป็นแก่นความคิดของกฎหมายฉบับนี้

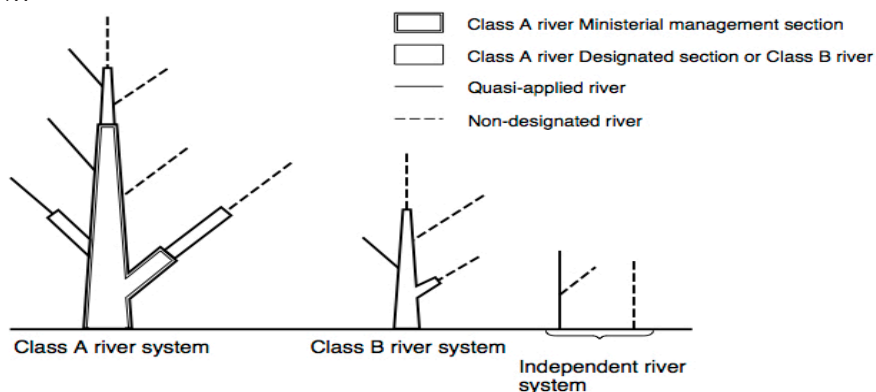
กฎหมาย The River Law กำหนดว่าการบริหารจัดการแหล่งน้ำให้มีการแบ่งประเภทลุ่มน้ำเป็น ลุ่มน้ำชั้น A และ B⁹ โดยการกำหนดว่า ลุ่มน้ำใดเป็นลุ่มน้ำชั้น A หรือ B นั้น จะกำหนดโดย

⁷Infrastructure Development Institute-Japan, op. cit, p. 3.

⁸River Bureau of Ministry of Land, Infrastructure and Transportation, **Flood Management in Japan** (Japan: River Bureau of Ministry of Land, Infrastructure and Transportation, n.d.), p. 14.

⁹The River Law (Law No.167 of 1964), article 7.

ใช้ปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่¹⁰ จำนวนของระบบแม่น้ำ (No. of River Systems) จำนวนของแม่น้ำสาขา (No. of Rivers) ความยาวของกลุ่มน้ำ (Length) พื้นที่กักเก็บน้ำ (Catchment Area) พื้นที่ที่กลุ่มน้ำครอบคลุมถึง (Occupancy Within) ปัจจัยเหล่านี้จะทำให้เห็นสภาพทางภูมิศาสตร์ของกลุ่มน้ำในประเทศดังในแผนภาพ



แผนภาพที่ 2: ลักษณะของกลุ่มแม่น้ำ Class A และ B
ที่มา: Infrastructure Development Institute-Japan

จะเห็นได้ว่า กลุ่มน้ำชั้น A จะมีลักษณะที่ใหญ่กว่า มีความซับซ้อนกว่า และมีแม่น้ำสาขาย่อยมากกว่ากลุ่มน้ำชั้น B นอกจากนี้ กลุ่มน้ำชั้น A สามารถทับซ้อนกับ กลุ่มน้ำชั้น B ได้ กล่าวคือ กลุ่มน้ำชั้น B บางกลุ่มน้ำอาจเป็นส่วนหนึ่งของ กลุ่มน้ำชั้น A ก็ได้ ทั้งนี้ ปัจจัยดังกล่าวข้างต้นจะนำมาผนวกกับข้อพิจารณาด้านความสำคัญต่อการอนุรักษ์ที่ดิน และผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการก่อสร้างจะเป็นผู้พิจารณากำหนดว่ากลุ่มน้ำใดเป็นกลุ่มน้ำชั้น A โดยก่อนการกำหนดกลุ่มแม่น้ำชั้น A นั้น จะต้องผ่านความเห็นของคณะกรรมการกลุ่มแม่น้ำ (River Council) และรัฐบาลท้องถิ่นที่ลุ่มน้ำนั้นตั้งอยู่ในเขตปกครองด้วย เมื่อผ่านความเห็นของผู้เกี่ยวข้องแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการก่อสร้างจะต้องขอคำปรึกษาต่อองค์กร Administrative Agencies ที่ประกอบไปด้วยกระทรวงที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ ได้แก่ กระทรวงการต่างประเทศและอุตสาหกรรม กระทรวงเกษตร ป่าไม้ และการประมง และกระทรวงสาธารณสุขและสวัสดิการ¹¹ ทำให้เกิดการแลกเปลี่ยน บูรณาการระหว่างกระทรวงที่เกี่ยวข้อง ส่วนการกำหนดกลุ่มน้ำชั้น B นั้น จะเป็นอำนาจโดยตรงของผู้ว่าราชการ

¹⁰Toshikatsu Omachi, *The River Law with Commentary by Article: Legal Framework for River and Water Management in Japan* (Japan: Infrastructure Development Institute-Japan IDI Water Series No.4, 1998), p. E5.

¹¹The River Law (Law No.167 of 1964), article 4.

จังหวัดที่ปกครองพื้นที่ซึ่งลุ่มแม่น้ำนั้นตั้งอยู่โดยจะต้องปรึกษาหารือกับผู้ว่าราชการจังหวัดใกล้เคียงด้วย หากว่าเป็นกรณีทีลุ่มน้ำที่ถูกกำหนดให้เป็นชั้น B นั้น มีอาณาบริเวณคาบเกี่ยวกับจังหวัดใกล้เคียง และต้องรับฟังความเห็นจากผู้ปกครองในส่วนการปกครองย่อยต่าง ๆ (Head of the cities, towns or villages concerned) ด้วย¹²

2.2.1 สิทธิในการใช้น้ำ

แนวคิดเรื่องสิทธิในทรัพยากรน้ำของประเทศญี่ปุ่น ถูกกำหนดอยู่ในกฎหมายที่มีชื่อว่า River Law และใน Article 2 ของกฎหมายฉบับนี้ ระบุเอาไว้ชัดเจนว่า ทรัพยากรน้ำ เป็นสมบัติสาธารณะของประชาชนชาวญี่ปุ่น กล่าวคือ เป็นสมบัติของรัฐ (public property) ไม่ใช่สิทธิของเอกชน ดังนั้น การใช้ประโยชน์ การจัดสรรและการใช้น้ำ ตลอดจนการควบคุมการใช้น้ำจะต้องกระทำโดยรัฐ¹³ นับดังกล่าวจึงสะท้อนว่าเป็นภาระหน้าที่ของรัฐโดยตรงด้วยในการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำในประเทศ แนวคิดที่กำหนดให้น้ำเป็นสาธารณะสมบัตินี้ได้สอดคล้องกับ มาตรา 7 พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ของประเทศไทยด้วย

การอนุญาตให้มีสิทธิใช้น้ำจะเป็นอำนาจของ Ministry of Land Infrastructure, Transport and Tourism (MLIT) ภายใต้ River Law ซึ่งจะถือหลักว่า ผู้ถือสิทธิในน้ำ (water right holders) จะสามารถใช้น้ำได้ในปริมาณที่กำหนดแน่นอน และใช้น้ำเพื่อวัตถุประสงค์ที่ได้รับการอนุญาตจากหน่วยงานรัฐ (river administrator) เท่านั้น และเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในการใช้น้ำ จึงต้องมีการขอรับการพิจารณาอนุญาตจากรัฐ¹⁴ โดยจะยกเว้นกรณีการใช้น้ำจารีตประเพณี (customary water right) ที่ไม่ต้องขออนุญาต¹⁵ ดังนั้น ประเภทของสิทธิในการใช้น้ำจึงแบ่งเป็นสองกรณี ได้แก่ การใช้น้ำปกติที่จะถูกควบคุมและอนุญาตโดยรัฐ และการใช้น้ำตามจารีตประเพณีที่ไม่มีการควบคุมแต่จะเป็นไปตามปกติประเพณีของท้องถิ่น

2.2.2 ผู้อนุญาตให้ใช้น้ำ

เมื่อทรัพยากรน้ำในประเทศญี่ปุ่นเป็นสมบัติของรัฐ ดังนั้น กฎหมายจะกำหนดให้มีหน่วยงานรัฐที่ถูกมอบหมายให้เป็นผู้พิจารณาอนุญาตในการใช้น้ำ อย่างไรก็ตาม ดังที่กล่าวไปก่อนหน้านี้แล้วว่า แหล่งน้ำในประเทศญี่ปุ่นนั้นถูกแบ่งออกเป็นประเภท ได้แก่ ลุ่มน้ำ A และ ลุ่มน้ำ B

¹²The River Law (Law No.167 of 1964), article 5.

¹³The River Law (Law No.167 of 1964), article 2.

¹⁴กฎหมายใช้คำว่า “permitted water right.”

¹⁵Michitaro Nakai, *Introduction of Water Right System in Japan* (Japan: NARBO Associate-Asian Development Bank Institute, n.d.), p. 2.

ภายใต้ Article 23 ของ River Law ผู้พิจารณาอนุญาตให้ใช้น้ำจะแตกต่างกันไปตามประเภทของกลุ่มน้ำ ถ้าเป็นการใช้น้ำจากแหล่งน้ำ Class A ผู้พิจารณาอนุญาตให้ใช้น้ำ คือ MLIT แต่ถ้าเป็นการใช้น้ำจากแหล่งน้ำ Class B ผู้พิจารณาอนุญาตให้ใช้น้ำ คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่แหล่งน้ำดังกล่าวตั้งอยู่¹⁶

2.2.3 หลักการขออนุญาตใช้น้ำ

โดยหลักแล้ว ผู้ที่ต้องการขออนุญาตใช้น้ำจะต้องทราบความต้องการของตนเอง ก่อนว่า จะใช้น้ำเพื่อวัตถุประสงค์อะไร และดำเนินการร้องขอต่อหน่วยงานที่พิจารณาอนุญาตซึ่งจะนำ ข้อมูลการขอใช้น้ำมาพิจารณาเพื่อจัดสรรน้ำให้เหมาะสม ซึ่งการใช้น้ำจะถูกแบ่งตามวัตถุประสงค์ ได้แก่ เพื่อการชลประทาน เพื่อการผลิตพลังงาน เพื่อการใช้ในครัวเรือน เพื่อกิจกรรมอุตสาหกรรม และเพื่อการอื่น เช่น ใช้น้ำเพื่อทำความสะอาดหรือละลายหิมะ เพื่อการประมง¹⁷ ส่วนเนื้อหาของสิทธิ ในการใช้น้ำ จะกำหนดเรื่องต่าง ๆ เอาไว้ ได้แก่ วัตถุประสงค์ที่ใช้น้ำ สถานที่ที่ให้นำน้ำมาใช้ วิธีการนำน้ำ มาใช้ ปริมาณน้ำที่ใช้ ปริมาณน้ำสำรองที่เก็บกักไว้ และระยะเวลาที่อนุญาตให้ใช้น้ำ¹⁸ ในใบอนุญาต ใช้น้ำจะมีส่วนประกอบของเนื้อหาและประเภทของสิทธิระบุอยู่ในนั้น

ผู้ร้องขอใบอนุญาตการใช้น้ำจะต้องยื่นเอกสารตามแบบฟอร์มที่กฎหมายกำหนด โดย MLIT ตรากฎหมายลำดับรองมารองรับ (MLIT Ordinance) ซึ่งผู้ร้องขอใบอนุญาตจะต้องดำเนินการส่งหลักฐานหรือเอกสารที่ต้องยื่นมาพร้อมใบคำร้อง ดังต่อไปนี้¹⁹

- 1) คำโครงการร่างของแผนสำหรับกิจกรรมที่ต้องใช้น้ำ
- 2) การประมาณการใช้น้ำเบื้องต้น
- 3) การประมาณการที่บ่งบอกถึงความสัมพันธ์ของปริมาณน้ำที่เหลือทิ้งและ ปริมาณน้ำที่นำไปใช้สอยอันเนื่องมาจากกิจกรรมของผู้ร้องขอ
- 4) ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการใช้น้ำของผู้ร้องขอ พร้อมทั้งมาตรการที่จะนำมา ใช้บรรเทาผลกระทบดังกล่าว

เอกสารที่ต้องยื่นมาพร้อมใบคำร้องสามารถยื่นได้ที่สำนักงานจังหวัดของ MLIT ที่ตั้งอยู่ทั่วประเทศ หรือยื่นได้ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในพื้นที่ที่ผู้ร้องขอต้องการใช้น้ำ เมื่อหน่วยงาน ผู้รับผิดชอบ ไม่ว่าจะเป็น MLIT หรือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แล้วแต่ประเภทของกลุ่มน้ำ ได้รับ เอกสารพร้อมแบบฟอร์มคำร้องจากผู้ร้องขอแล้ว จะดำเนินการตรวจสอบและพิจารณาเอกสารเหล่านั้น

¹⁶The River Law (Law No.167 of 1964), article 23.

¹⁷Michitaro Nakai, op. cit, p. 5.

¹⁸Ibid.

¹⁹Ministry of Land Infrastructure, Transport and Tourism (MLIT) Ordinance, article 11 para 2.

โดยมีหลักเกณฑ์ (criteria) ในการพิจารณาซึ่งจะได้กล่าวต่อไป ซึ่งจะนำมาสู่การสั่งอนุญาตหรือไม่ อนุญาตในการขอใช้น้ำในท้ายที่สุด

2.2.4 หลักการพิจารณาอนุญาตใช้น้ำ

ดังที่กล่าวในข้างต้น การใช้น้ำในประเทศญี่ปุ่นนั้นจะเกี่ยวข้องกับกิจกรรมหลากหลายประเภท ไม่ว่าจะเป็นการใช้น้ำเพื่อการชลประทาน เพื่อการผลิตพลังงาน เพื่อการใช้ในครัวเรือน เพื่อกิจกรรมอุตสาหกรรม และเพื่อการอื่น แม้ว่า MLIT จะเป็นหน่วยงานกลางในการบริหารจัดการการใช้น้ำ กำหนดอัตราค่าใช้น้ำ และการพิจารณาออกใบอนุญาตใช้น้ำ แต่ก็ไม่สามารถที่จะตรวจสอบหรือพิจารณาในเรื่องที่ต้องอาศัยความรู้เฉพาะด้านได้ ดังนั้น บทบาทอีกประการของ MLIT จึงเป็นบทบาทในการประสานความร่วมมือกับหน่วยงานอื่นที่มีความรู้เฉพาะด้านที่เกี่ยวกับกิจกรรมการใช้น้ำที่มีผู้ร้องขอ เพื่อให้การพิจารณาออกใบอนุญาตการใช้น้ำเป็นไปอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม โดยวิธีการประสานความร่วมมือเช่นว่านั้น กฎหมาย River Law กำหนดให้สร้างระบบการขอปรึกษาหารือ (consultation) โดย MLIT จะขอความเห็นเชิงวิชาการจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาใช้เป็นข้อพิจารณาในการอนุญาตออกใบอนุญาตใช้น้ำ

ยกตัวอย่างเช่น การขอใช้น้ำที่เชื่อมโยงกับการผลิตพลังงานไฟฟ้า หรือการใช้น้ำในกิจกรรมอุตสาหกรรม ซึ่งโดยหลักแล้วจะอยู่ในการควบคุมดูแลของกระทรวงเศรษฐกิจ การค้า และอุตสาหกรรม หรือ การขอใช้น้ำที่เชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการชลประทาน ซึ่งจะอยู่ในการควบคุมดูแลของกระทรวงเกษตร ป่าไม้ และการประมง เป็นต้น จะเห็นได้ว่า การขอใช้น้ำในลักษณะนี้จะเกี่ยวข้องกับการใช้น้ำซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจของกระทรวงมากกว่าหนึ่งกระทรวงขึ้นไป ซึ่งกฎหมาย River Law กำหนดให้ MLIT ต้องขอความเห็นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องประกอบการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ (criteria) ก่อนที่จะออกใบอนุญาตใช้น้ำให้ผู้ร้องขอ²⁰ ในขณะเดียวกัน ถ้าหากว่าแหล่งน้ำที่จะถูกนำมาใช้นั้นตั้งอยู่ในพื้นที่คาบเกี่ยวกับท้องถิ่นหลายท้องถิ่น ต้องปรึกษารื้อกับผู้แทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องซึ่งทำหน้าที่ปกครองดูแลพื้นที่ซึ่งแหล่งน้ำนั้นตั้งอยู่ด้วย

หลักเกณฑ์ (criteria) ในการพิจารณาอนุญาตการใช้น้ำ MLIT จะต้องพิจารณาในเรื่องดังต่อไปนี้

1) วัตถุประสงค์ (purpose) ของแผนการใช้น้ำที่ผู้ร้องขอยื่นเสนอมา โดย MLIT จะพิจารณาว่าแผนการใช้น้ำมีเหตุผลหรือไม่ และมีความสอดคล้องกับนโยบายสวัสดิการสังคมของรัฐหรือไม่ โดยแผนการใช้น้ำจำเป็นจะต้องเป็นไปเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ยกกระดับชีวิตของความเป็นอยู่ของผู้คนโดยรวม

²⁰The River Law (Law No.167 of 1964), article 35.

2) ความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ (practicability) ของแผนการใช้น้ำ ซึ่ง MLIT จะประเมินปัจจัย ได้แก่ ความเหมาะสมของแผนการใช้น้ำที่ยื่นเสนอมา ความสามารถของผู้ร้องขอ ใช้น้ำในการที่จะดำเนินการตามแผนการใช้น้ำนั้น การประมาณการถึงปริมาณน้ำที่จำเป็นต้องถูกใช้ และความสอดคล้องกันระหว่างการใช้น้ำตามแผนดังกล่าวและการใช้น้ำอื่น

3) ความมั่นคงของน้ำที่ใช้ (water security) กล่าวคือ เมื่อจัดสรรน้ำไปแล้ว ยังคงเหลือปริมาณน้ำเพียงพอไว้ใช้ในกรณีฉุกเฉินหรือไม่ ยังคงเกิดความสมดุลในแหล่งน้ำอยู่หรือไม่ โดย MLIT จะคำนวณปริมาณน้ำในแหล่งน้ำที่มีอยู่ก่อนว่ามีอยู่เท่าไร จากนั้นจึงนำไปคิดตามสูตรทางวิทยาศาสตร์ที่กำหนดขึ้น

4) คำนึงถึงความเสี่ยงต่อสาธารณะ กล่าวคือ เมื่อจัดสรรน้ำไปแล้ว ต้องชั่งน้ำหนักว่าประโยชน์สาธารณะจะเสียไปหรือไม่ เช่น เวลาเกิดภาวะน้ำท่วม หรือเกิดภัยอันตรายอื่นที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น²¹

2.3 แนวทางที่เป็นประโยชน์แก่การจัดสรรน้ำและการใช้น้ำของประเทศไทย

จากการศึกษาแนวทางในการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำภายใต้กฎหมายทรัพยากรน้ำของ ประเทศญี่ปุ่น พบว่า มีประเด็นที่น่าสนใจและนำมาวิเคราะห์เพื่อสร้างข้อเสนอแนะทางวิชาการ ในการพัฒนากฎหมายทรัพยากรน้ำของประเทศไทยได้ เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีว่า พระราชบัญญัติ ทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 เป็นกฎหมายที่เพิ่งบังคับใช้ได้ไม่นาน กลไกหรือมาตรการในกฎหมายฉบับนี้ โดยเฉพาะเรื่องของการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำจำเป็นที่จะต้องถูกกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยเป็น กฎหมายลำดับรอง ซึ่งแนวทางการศึกษานี้อาจเป็นประโยชน์แก่การพัฒนากฎหมาย ในการนี้ผู้วิจัย ได้ถอดสาระสำคัญอันเป็นแนวทางที่โดดเด่นของกฎหมายน้ำญี่ปุ่นที่ได้นำเสนอไปในหัวข้อก่อนหน้านี้ โดยนำมาเปรียบเทียบกับมาตรการของกฎหมายไทย เพื่อสรุปในส่วนท้ายของแต่ละประเด็นด้วยการ วิเคราะห์ว่ามีความเป็นไปได้หรือควรมีข้อสังเกตใดบ้างหากจะมีการพัฒนากฎหมายไทยในอนาคต

2.3.1 ประเด็นเรื่องสิทธิในการใช้น้ำ

ในความเป็นจริงแล้ว ประเด็นเรื่องสิทธิในการใช้น้ำอาจจะไม่ใช่ประเด็นที่ซับซ้อน มากนัก เนื่องจากพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ได้ระบุชัดเจนให้ทรัพยากรน้ำเป็นของส่วนรวม บุคคลมีสิทธิกักเก็บได้เท่าที่จำเป็นแก่ประโยชน์ของกิจกรรมหรือในที่ดินตน ซึ่งการกักเก็บไว้ใช้เท่าที่จำเป็นนั้น รวมถึงกรณีเป็นเจ้าของที่ดินที่มีทางน้ำไหลผ่านตามธรรมชาติ²² ถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้เขียนชัดเจน

²¹Michitaro Nakai, op. cit, pp.12-14.

²²พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561, มาตรา 7.

เท่ากับกฎหมายญี่ปุ่นที่ว่าทรัพยากรน้ำเป็นสมบัติของรัฐ การใช้ประโยชน์ การจัดสรรและการใช้น้ำ ตลอดจนการควบคุมการใช้น้ำจะต้องกระทำโดยรัฐ แต่ก็อนุมานได้ว่า รัฐจะเป็นผู้จัดสรรและให้สิทธิในการใช้น้ำแก่ประชาชนโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งจะเห็นได้จากถ้อยคำที่ว่า ทั้งนี้ เว้นแต่กฎหมายนี้หรือกฎหมายลำดับรองบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ก็กำหนดให้มีการขออนุญาตในการใช้น้ำนั่นเอง

อย่างไรก็ดี หลักการของกฎหมายไทยมีความสอดคล้องกับหลักการสิทธิของเจ้าของที่ดินที่ทางน้ำไหลผ่านในกฎหมายจารีตประเพณีภายใต้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี หรือระบบคอมมอน ลอว์ (Common Law System) มีตัวอย่างที่ชัดเจน คือ กฎหมายทรัพยากรน้ำของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งได้ผสมผสานหลักกฎหมายจารีตประเพณีเข้ากับการตรากฎหมายในการบริหารจัดการน้ำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยทรัพยากรน้ำถือเป็นทรัพยากรที่มีอยู่อย่างอุดมสมบูรณ์และสามารถใช้สอยได้อย่างอิสระ เป็นสิทธิอันชอบธรรมของผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่อยู่ติดกับแหล่งน้ำ (Doctrine of Riparian Right) แต่เมื่อหลักกฎหมายนี้ถูกนำมาปรับใช้ที่ออสเตรเลียแล้วกลับพบว่าไม่สอดคล้องกับสภาพภูมิประเทศและสภาพภูมิอากาศที่แห้งแล้งแปรปรวน²³

ดังนั้น พัฒนาการของกฎหมายทรัพยากรน้ำของออสเตรเลียจึงผสมผสานการใช้หลักกฎหมายจารีตประเพณีมากกับการตราเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรผ่านรัฐสภาแทน (Statutory Law) โดยกฎหมายเช่นนั้นจะมีลักษณะเป็นการรับรองสิทธิ และให้อำนาจแก่รัฐบาลของแต่ละมลรัฐได้เข้ามาบริหารจัดการ ควบคุม และเข้าถึงการใช้น้ำ โดยมีวัตถุประสงค์เดียวกัน คือ เพื่อสร้างความยั่งยืนเพื่อปกป้องคุ้มครอง และเพื่อให้ระบบนิเวศฟื้นตัว²⁴ ในปัจจุบันจะพบได้ว่า หลายต่อหลายประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้กำหนดกฎหมายให้การบริหารจัดการน้ำและการใช้น้ำกลายเป็นสิ่งที่รัฐสามารถเข้าไปควบคุมและกำหนดกฎเกณฑ์ในการจัดสรรและการใช้สอยได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ใช้น้ำ ประชาชนและสังคมส่วนรวม อีกทั้ง เพื่อให้มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ของสังคมปัจจุบันที่ซับซ้อนและมีกิจกรรมการใช้น้ำที่หลากหลายมากขึ้น

²³Kate Stoeckel and others, **Australian Water Law** (Pyrmont, N.S.W. : Thomson Reuters, 2012), pp. 2-4.

²⁴Gerry Bates, **Environmental Law in Australia**, 7th ed. (Australia: Butterworths, 2010), p. 388.

2.3.2 ประเด็นเรื่องผู้อนุญาตให้ใช้น้ำ

กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นได้แบ่งลุ่มน้ำออกเป็นประเภทต่าง ๆ ซึ่งสอดคล้องกับประเทศไทยในแง่ของการแบ่งการบริหารจัดการลุ่มน้ำออกเป็น 22 ลุ่ม²⁵ โดยกำหนดหน่วยงานผู้พิจารณาจัดสรรน้ำและอนุญาตให้มีการใช้น้ำจากแหล่งน้ำสาธารณะ เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 จะพบว่า กฎหมายได้กำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจสองรูปแบบ ได้แก่ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เชิงนโยบาย และกำกับดูแลการบริหารจัดการน้ำ คือ สำนักงานทรัพยากรน้ำแห่งชาติ (สทนช.) ซึ่งทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของคณะกรรมการทรัพยากรน้ำแห่งชาติ (กนช.) และคณะกรรมการลุ่มน้ำที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้²⁶ และกรมทรัพยากรน้ำ ซึ่งเป็นหน่วยงานปฏิบัติที่มีภารกิจในการปฏิบัติตามมาตรการที่กฎหมายฉบับนี้กำหนด รวมถึงการอนุญาตให้น้ำด้วย การแบ่งบทบาทของหน่วยงานในลักษณะนี้แตกต่างจากกฎหมายญี่ปุ่นซึ่งกำหนดให้ทั้งหน่วยงานกำหนดนโยบายและหน่วยงานปฏิบัติเป็นหน่วยงานเดียวกัน

ในประเด็นของการพิจารณาอนุญาตใช้น้ำ พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 กำหนดให้คณะกรรมการลุ่มน้ำพิจารณาปริมาณการใช้น้ำ การจัดสรรน้ำตามแนวทางที่ กนช. กำหนด²⁷ ซึ่งจะทำให้คณะกรรมการลุ่มน้ำแต่ละลุ่มทราบถึงปริมาณน้ำที่จะสามารถจัดสรรให้ใช้ได้ ส่วนการพิจารณาออกใบอนุญาตใช้น้ำจะเป็นอำนาจหน้าที่ของกรมชลประทาน กรมทรัพยากรน้ำ หรือกรมทรัพยากรน้ำบาดาล แล้วแต่กรณีว่าการขอใช้น้ำอยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานใด²⁸ การพิจารณาอนุญาตนั้นจะต้องขอความเห็นชอบของคณะกรรมการลุ่มน้ำที่บริหารจัดการแหล่งน้ำที่ต้องการใช้น้ำนั้นตั้งอยู่ด้วยหรือโดยกนช. หากเป็นการใช้น้ำเพื่อกิจการขนาดใหญ่ที่ใช้น้ำปริมาณมาก จะเห็นได้ว่าการกำหนดกลไกในลักษณะนี้ทำให้เกิดการคัดกรองที่ดี เนื่องจากคณะกรรมการลุ่มน้ำจะเป็นผู้ทราบถึงปริมาณน้ำที่จะสามารถจัดสรรได้ ทำให้ทราบได้ว่าหากอนุญาตให้มีการใช้น้ำไปแล้วจะกระทบถึงปริมาณน้ำในภาพรวมของลุ่มน้ำหรือไม่

2.3.3 ประเด็นเรื่องการขออนุญาตใช้น้ำ

พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 กำหนดว่า การใช้ทรัพยากรน้ำสาธารณะแบ่งเป็นสามประเภท คือ การใช้น้ำประเภทที่หนึ่ง ได้แก่ การใช้ทรัพยากรน้ำสาธารณะเพื่อการดำรงชีพ

²⁵โปรดดูพระราชกฤษฎีกากำหนดลุ่มน้ำ พ.ศ. 2564.

²⁶พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561, มาตรา 37.

²⁷พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561, มาตรา 35 (3).

²⁸ในการศึกษาวิจัยนี้ได้กำหนดขอบเขตการศึกษาที่การจัดสรรน้ำและการใช้น้ำผิวดินที่อยู่นอกเขตชลประทานเท่านั้น ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำ โดยประเด็นเรื่องขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการอนุญาตใช้น้ำ ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงในส่วนถัดไป.

การอุปโภคบริโภคในครัวเรือน การเกษตรหรือการเลี้ยงสัตว์เพื่อยังชีพ การอุตสาหกรรมในครัวเรือน การรักษาระบบนิเวศ จารัตประเพณี การบรรเทาสาธารณภัย การคมนาคม และการใช้น้ำในปริมาณเล็กน้อย การใช้น้ำประเภทที่สอง ได้แก่ การใช้ทรัพยากรน้ำสาธารณะเพื่อการอุตสาหกรรม อุตสาหกรรมการท่องเที่ยว การผลิตพลังงานไฟฟ้า การประปาและกิจการอื่น และการใช้น้ำประเภทที่สาม ได้แก่ การใช้ทรัพยากรน้ำสาธารณะเพื่อกิจการขนาดใหญ่ที่ใช้น้ำปริมาณมาก หรืออาจก่อให้เกิดผลกระทบข้ามลุ่มน้ำ หรือครอบคลุมพื้นที่อย่างกว้างขวาง ลักษณะหรือรายละเอียดการใช้น้ำแต่ละประเภทจะถูกกำหนดเป็นกฎกระทรวง²⁹ โดยการใช้ประเภทที่หนึ่ง กฎหมายกำหนดว่าไม่ต้องขอใบอนุญาตและชำระค่าน้ำ³⁰ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของสหประชาชาติ เนื่องจากการเข้าถึงน้ำสะอาดเพื่อการอุปโภคบริโภค หรือใช้น้ำเพื่อดำรงชีพ ถือเป็นสิทธิมนุษยชนพื้นฐานที่ทุกคนพึงสมควรจะได้รับ

ในการใช้น้ำประเภทที่สองและสาม จะถูกกำหนดให้ต้องขอรับใบอนุญาตและชำระค่าน้ำ ซึ่งต้องขออนุญาตจากกรมทรัพยากรน้ำ และโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการลุ่มน้ำหรือ กนช. แล้วแต่กรณี³¹ ซึ่งการยื่นขอรับใบอนุญาตใช้น้ำจะต้องยื่นแผนการบริหารจัดการน้ำโดยมีรายการตามที่กฎหมายกำหนดมาพร้อมกับคำร้องขอใช้น้ำ³² ถ้าหากพิจารณาจากรายการที่อยู่ในแผนการบริหารจัดการเช่นว่านั้นจะพบว่า คล้ายคลึงกับกฎหมายญี่ปุ่นที่กำหนดให้ระบุวัตถุประสงค์แผนการใช้น้ำ วิธีการใช้ สถานที่ การประมาณการปริมาณน้ำที่จะใช้ประโยชน์

อย่างไรก็ดี จุดเด่นของกฎหมายไทยที่ถูกพัฒนาขึ้นตามบริบทของประเทศไทยเอง คือ การระบุแผนการใช้น้ำในเวลาที่เกิดภาวะน้ำท่วมและน้ำแล้งด้วย เนื่องจากประเทศไทยต้องประสบกับปัญหาดังกล่าวทุกปี ซึ่งประเด็นนี้ไม่พบในกฎหมายญี่ปุ่น นอกจากนี้ แนวทางของกฎหมายญี่ปุ่นที่อาจพิจารณาเพิ่มเติมเข้าไปในแผนการบริหารจัดการน้ำเพื่อให้ผู้อนุญาตพิจารณาอนุญาตใช้น้ำอย่างรอบด้าน คือ การคาดการณ์ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการใช้น้ำของผู้ร้องขอ พร้อมทั้งมาตรการที่จะนำมาใช้บรรเทาผลกระทบดังกล่าว ซึ่งผู้ใช้น้ำอาจวิเคราะห์และประเมินผลกระทบที่จะเกิดจากการใช้น้ำในกิจกรรมของตนเอง ประเด็นนี้มีความคล้ายคลึงกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมจากโครงการหรือกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม ตามกฎหมายส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมนั่นเอง ซึ่งตามกฎหมายแล้ว การกำหนดประเด็นดังกล่าวสามารถทำได้ เนื่องจาก

²⁹พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561, มาตรา 41.

³⁰พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561, มาตรา 42.

³¹พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561, มาตรา 43 และ มาตรา 44.

³²พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561, มาตรา 47.

กฎหมายไม่ได้ระบุว่าแผนการบริหารจัดการน้ำจะต้องมีรายการตามที่ระบุในกฎหมายเท่านั้น แต่กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “อย่างน้อยต้องมีรายการ” ตามที่ระบุ ซึ่งในทางปฏิบัติผู้พิจารณาอนุญาตอาจขอให้ผู้ร้องขอเพิ่มเติมข้อมูลดังกล่าวเข้าไปในแผนการได้

2.3.4 ประเด็นเรื่องการพิจารณาอนุญาตใช้น้ำ

จากหลักการพื้นฐานของสหประชาชาติที่กำหนดว่าค่าใช้น้ำอาจไม่จำเป็นต้องมีอัตราเดียวกันทั้งหมด โดยจะขึ้นอยู่กับประเภทของกิจกรรมและปริมาณการใช้น้ำ จะพบว่า ทั้งกฎหมายไทยและญี่ปุ่นได้วางหลักการดังกล่าวในการกำหนดอัตราค่าใช้น้ำ ซึ่งการกำหนดอัตราค่าน้ำนั้นกฎหมายญี่ปุ่นได้ให้ MLIT เป็นผู้กำหนดและยังเป็นผู้อนุญาตให้ใช้น้ำด้วย ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทย แม้ว่ารัฐมนตรีกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจะเป็นผู้กำหนดอัตราค่าใช้น้ำประเภทที่สองและสามที่ไม่ใช้น้ำจากทางน้ำชลประทานและไม่ใช้น้ำบาดาล³³ แต่การกำหนดอัตราดังกล่าวถูกล้อมกรอบโดยกฎกระทรวงที่ออกโดยนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของ กนช. ที่กำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าใช้น้ำสำหรับการใช้น้ำประเภทที่สองและการใช้น้ำประเภทที่สาม³⁴

กล่าวคือ รัฐมนตรีไม่สามารถกำหนดอัตราค่าใช้น้ำตามที่เห็นสมควรได้เอง แต่จะต้องกำหนดโดยใช้หลักเกณฑ์ที่นายกรัฐมนตรีกำหนดเป็นกรอบให้ จะเห็นได้ว่า การกำหนดอัตราค่าใช้น้ำไม่ได้เกิดจากองค์กรเดียวเหมือนญี่ปุ่น ซึ่งในแง่ดีทำให้อัตราค่าใช้น้ำถูกสร้างขึ้นภายในกรอบที่ชัดเจนและมีเอกภาพ ในขณะเดียวกันกรอบดังกล่าวอาจไม่มีความยืดหยุ่นเนื่องจากค่าใช้น้ำอาจมีอัตราที่แตกต่างกันไปได้ขึ้นอยู่กับประเภทของกิจกรรมและปริมาณการใช้น้ำ การวางกรอบหลักเกณฑ์เช่นนั้น ทำให้อัตราค่าใช้น้ำต้องอ้างอิงกับกรอบที่ตายตัว ซึ่งน่าจะคิดว่าจะมีความยืดหยุ่นเหมาะสมกับกิจกรรมการใช้น้ำประเภทต่าง ๆ หรือไม่ ดังนั้น จึงตั้งเป็นข้อสังเกตในการตรากฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าใช้น้ำดังกล่าว

ในการพิจารณาอนุญาตใช้น้ำประเภทที่สองและสาม กรมทรัพยากรน้ำซึ่งเป็นหน่วยงานพิจารณาออกใบอนุญาตจะต้องเสนอความเห็นเพื่อขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการลุ่มน้ำ หรือ กนช. แล้วแต่กรณีว่าเป็นการใช้น้ำประเภทที่สองหรือสาม ซึ่งปัจจัยประกอบการพิจารณานั้นไม่ได้ระบุไว้ในกฎหมายอย่างละเอียด กำหนดแต่เพียงว่าให้คำนึงถึงคุณสมบัติของน้ำในทรัพยากรน้ำสาธารณะ รวมทั้งลุ่มน้ำที่เกี่ยวข้องเพื่อมิให้ส่งผลกระทบต่อภาพรวมความสมดุลของ ลุ่มน้ำ³⁵ หมายความว่าหน่วยงานจำเป็นต้องมีข้อมูลสมดุลน้ำในภาพรวม เพื่อที่จะได้ทำความเข้าใจว่าสมควรจัดสรรน้ำให้ผู้ร้องขอ

³³พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561, มาตรา 50.

³⁴พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561, มาตรา 49 (1).

³⁵พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561, มาตรา 46.

ใช้น้ำอย่างไรแก่คณะกรรมการลุ่มน้ำ หรือ กนช. ทั้งนี้ แนวทางของกฎหมายญี่ปุ่นอาจนำมาปรับใช้ในทางปฏิบัติของกรมทรัพยากรน้ำได้ เพื่อช่วยให้การพิจารณาเรื่องสมมูลน้ำง่ายขึ้น เนื่องจากข้อพิจารณาเรื่องวัตถุประสงค์ของแผนการใช้น้ำที่ผู้ร้องขอยื่นเสนอมา ความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติของแผนการใช้น้ำเช่นว่านั้น ความมั่นคงของน้ำที่ใช้ และการคำนึงถึงความเสี่ยงภัยต่อสาธารณะ ข้อพิจารณาเหล่านี้จะช่วยให้วิเคราะห์ได้ว่า หากมีการอนุญาตให้ใช้น้ำจากแหล่งน้ำสาธารณะแล้ว จะก่อให้เกิดผลกระทบหรือทำให้สมมูลน้ำที่มีอยู่เสียไปหรือไม่ ข้อพิจารณาตามแนวทางกฎหมายญี่ปุ่นอาจนำมากำหนดเป็นคู่มือ หรือแนวทางในการพิจารณาสมมูลน้ำได้

3. ขอบเขตอำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำ

การกำหนดขอบเขตอำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบให้ชัดเจนเป็นประเด็นที่สำคัญเพื่อให้ทราบว่เขตพื้นที่ใดบ้างที่อยู่ภายใต้อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบในการพิจารณาออกใบอนุญาตใช้น้ำ ซึ่งผู้วิจัยพบว่า เขตพื้นที่ที่มีกฎหมายเฉพาะถูกกำหนดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะเรื่องตามความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจ ถึงแม้ว่าภายในเขตพื้นที่ดังกล่าวจะมีแหล่งทรัพยากรน้ำสาธารณะที่อาจนำมาใช้สอยได้ก็ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตการขออนุญาตใช้น้ำประเภทที่สองและสาม ตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 และไม่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำด้วย เนื่องจากทรัพยากรน้ำภายในพื้นที่เช่นว่านั้นจะถูกใช้ประโยชน์ อนุรักษ์ และบริหารจัดการตามวัตถุประสงค์เฉพาะด้านที่กฎหมายเฉพาะนั้นได้กำหนดขึ้น โดยจะมีหน่วยงานเฉพาะที่กฎหมายนั้นกำหนดให้อำนาจหน้าที่รับผิดชอบการจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ภายในเขตพื้นที่ดังกล่าว

3.1 เขตป่าสงวนแห่งชาติ

พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมีอำนาจพิจารณาว่า ป่าใดสมควรเป็นป่าสงวนแห่งชาติ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาสภาพป่าไม้ของป่า หรือทรัพยากรธรรมชาติอื่นโดยออกเป็นกฎกระทรวงและมีแผนที่แสดงแนวเขตป่าที่กำหนดเป็นป่าสงวนแห่งชาติแนบท้าย³⁶ เมื่อได้กำหนดให้ป่าใดเป็นป่าสงวนแห่งชาติแล้ว มาตรการเฉพาะสำหรับการอนุรักษ์ป่าสงวนแห่งชาติจะถูกนำมาใช้บังคับ เช่น ห้ามมิให้บุคคลใดตัดถ่อนครอบครองทำประโยชน์ หรืออยู่อาศัยในที่ดิน ก่อสร้าง แผ้วถาง เผาป่า ทำไม้ เก็บหาของป่า หรือกระทำการด้วยประการใดอันเป็นการเสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาติ³⁷ จะเห็นได้ว่า พื้นที่ป่า

³⁶พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507, มาตรา 6.

³⁷พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507, มาตรา 14.

สงวนแห่งชาติเป็นเขตพื้นที่ตามกฎหมายเฉพาะที่มีความเข้มงวดอย่างยิ่ง ถึงแม้ว่าภายในเขตพื้นที่ดังกล่าว จะมีแหล่งทรัพยากรน้ำสาธารณะที่อาจนำมาใช้สอยได้ ก็ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตการขออนุญาตใช้น้ำ ประเภทที่สองและสาม ตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 และไม่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำ เพราะไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการกำหนดพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ ที่ต้องการจะป้องกันการถูกบุกรุก การทำลายทรัพยากรธรรมชาติบริเวณต้นน้ำลำธาร เพื่อไม่ให้แหล่งน้ำ พื้นดินพังทลาย ลำน้ำตื้นเขิน เป็นต้น

3.2 เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า

เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าถูกกำหนดขึ้นตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 กฎหมายได้ให้อำนาจกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช โดยความเห็นชอบจากคณะกรรมการ สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า เสนอให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบเพื่อจัดตั้งเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า โดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งเงื่อนไขในการกำหนดเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า ได้แก่ เป็นบริเวณ พื้นที่ที่มีสภาพธรรมชาติสมควรต้องอนุรักษ์ไว้ให้เป็นแหล่งที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่าอย่างปลอดภัย และรักษาไว้ซึ่งพันธุ์สัตว์ป่า ตลอดจนคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมหรือระบบนิเวศ ให้คงเดิม และต้องไม่ใช่เขตที่ดินที่มีหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองของเอกชน³⁸ เมื่อมีการกำหนดพื้นที่ใดเป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าแล้ว จะต้องกำหนดมาตรการเฉพาะเข้าไปบังคับใช้กับ พื้นที่นั้น ซึ่งแต่ละเขตจะต้องจัดให้มีแผนการอนุรักษ์และคุ้มครองเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าเสนอต่ออธิบดี และกำหนดมาตรการห้ามหลายอย่าง เช่น ห้ามไม่ให้ผู้ใดเข้าไปในเขตฯ ห้ามไม่ให้ล่า เก็บ ทำอันตราย หรือล่อสัตว์ป่าออกไปจากเขตฯ ห้ามการเข้าไปถือครองที่ดิน เปลี่ยนแปลงทางน้ำ เป็นต้น³⁹ ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าภายในเขตพื้นที่เช่นว่านั้นจะมีแหล่งทรัพยากรน้ำสาธารณะ แต่การใช้ทรัพยากรน้ำในเขตพื้นที่ ดังกล่าวเป็นไปเพื่อหล่อเลี้ยงระบบนิเวศและทรัพยากรสัตว์ป่า ไม่ใช่การใช้น้ำตามวัตถุประสงค์ของ พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561

3.3 เขตอุทยานแห่งชาติ

พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ซึ่งกำหนดให้กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช เสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ และตราเป็นพระราชกฤษฎีกา กำหนด ให้เขตพื้นที่ใดเป็นเขตอุทยานแห่งชาติ⁴⁰ เมื่อมีการกำหนดพื้นที่ใดเป็นเขตอุทยานแห่งชาติแล้ว กฎหมาย

³⁸พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562, มาตรา 47-48.

³⁹พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562, มาตรา 53-55.

⁴⁰พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562, มาตรา 6.

จะกำหนดมาตรการใช้บังคับภายในเขตพื้นที่อุทยานแห่งชาติซึ่งมีความแตกต่างจากเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าที่กำหนดการเข้าไปใช้ประโยชน์อย่างเข้มงวด ในขณะที่เขตอุทยานแห่งชาตินั้นเปิดโอกาสให้บุคคลเข้าไปในเขตอุทยานได้เพื่อการท่องเที่ยว โดยจะห้ามมิให้บุคคลใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่ต้องห้ามตามกฎหมาย⁴¹ ดังนั้น การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำภายในเขตอุทยานแห่งชาติมีลักษณะของการส่งเสริมความหลากหลายทางชีวภาพภายในเขตพื้นที่ เพื่อวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์และเป็นแหล่งเรียนรู้ทางธรรมชาติหรือการนันทนาการของประชาชน โดยกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช เป็นหน่วยงานเฉพาะที่ดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำในเขตพื้นที่ดังกล่าวจึงไม่ได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 และไม่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำ

3.4 เขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม

ในการพิจารณาขอบเขตความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ที่มีต่อเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าสมควรจะต้องแยกการพิจารณาออกเป็นสองกรณี ได้แก่

กรณีแรก⁴² โดยปกติแล้วเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมจะถูกกำหนดขึ้นตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยคำแนะนำของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดให้พื้นที่ที่มีลักษณะเป็นพื้นที่ต้นน้ำลำธาร หรือมีระบบนิเวศตามธรรมชาติที่แตกต่างจากพื้นที่อื่นโดยทั่วไป หรือมีระบบนิเวศที่อาจถูกทำลายหรืออาจได้รับผลกระทบกระเทือนจากกิจกรรมของมนุษย์โดยง่าย หรือเป็นพื้นที่ที่มีคุณค่าทางธรรมชาติ หรือศิลปกรรมอันควรแก่การอนุรักษ์ และพื้นที่นั้นยังมิได้ถูกประกาศเป็นพื้นที่อนุรักษ์ เป็นพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม⁴³ ซึ่งในการออกกฎกระทรวงนี้ให้กำหนดมาตรการคุ้มครองอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างไว้ด้วย เช่น กำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อรักษาสภาพธรรมชาติไม่ให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อระบบนิเวศตามธรรมชาติหรือคุณค่าของสิ่งแวดล้อม ศิลปกรรม ห้ามกระทำการหรือทำกิจกรรมที่อาจเป็นอันตราย หรือก่อให้เกิดผลกระทบในทางเปลี่ยนแปลงระบบนิเวศของพื้นที่นั้นจากลักษณะทางธรรมชาติ กำหนดประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจกรรมให้มีหน้าที่ต้องเสนอรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

⁴¹พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562, มาตรา 19.

⁴²พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535, มาตรา 43 และมาตรา 44.

⁴³พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535, มาตรา 43.

จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการกำหนดเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมไม่ได้เป็นไปเพื่อการบริหารจัดการน้ำที่อยู่ในพื้นที่ดังกล่าวโดยตรง เนื่องจากการกำหนดมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมมีลักษณะของการใช้ประโยชน์ในที่ดิน การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมจากโครงการหรือกิจกรรมที่จะเกิดขึ้นในพื้นที่ ตลอดจนการจำกัดกิจกรรมซึ่งไม่ได้เจาะจงไปที่การบริหารจัดการหรือการควบคุมการใช้น้ำสาธารณะในพื้นที่นั้น

ดังนั้น เหตุผลที่นำมาสนับสนุนให้กรมทรัพยากรน้ำสามารถดำเนินการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำที่อยู่ในเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม ตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 มาจากความมุ่งหมายของมาตรการที่ถูกกำหนดขึ้นในเขตพื้นที่ดังกล่าวที่ไม่ได้กำหนดหน่วยงานรับผิดชอบในการบริหารจัดการ ควบคุม หรือห้ามปรามการใช้ประโยชน์และอนุรักษ์ทรัพยากรน้ำในเขตนี้อย่างชัดเจน กรมทรัพยากรน้ำในฐานะหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญและมีอำนาจตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 จึงมีขอบเขตอำนาจในการเข้ามาบริหารจัดการ ควบคุม หรือห้ามปรามการใช้ประโยชน์และอนุรักษ์ทรัพยากรน้ำในเขตนี้นอกจากนี้ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เองก็ได้เปิดช่องไว้ด้วยว่าในเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมอาจกำหนดขอบเขตหน้าที่และความรับผิดชอบของส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเพื่อรักษาสภาพธรรมชาติหรือระบบนิเวศ⁴⁴ ซึ่งกรมทรัพยากรน้ำอาจได้รับการกำหนดให้มีความรับผิดชอบในการบริหารจัดการน้ำในเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ จึงมีข้อสังเกตว่ากรมทรัพยากรน้ำอาจมีขอบเขตความรับผิดชอบในการบริหารจัดการน้ำในพื้นที่ดังกล่าวได้ตามวัตถุประสงค์ในพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 เพื่อป้องกันไม่ให้มีการใช้น้ำภายในพื้นที่อย่างไม่มีขอบเขตซึ่งนำมาสู่ความเสื่อมโทรมของระบบนิเวศ

กรณีที่สอง⁴⁵ กรณีนี้จะมีความแตกต่างไปจากกรณีแรก เนื่องจากพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดให้เขตพื้นที่ใดที่กำหนดให้เป็นเขตอนุรักษ์แล้วไม่ว่าจะเป็นเขตป่าสงวนแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า หรือเขตอุทยานแห่งชาติ เป็นต้น แต่ปรากฏว่ามีสภาพปัญหาคุณภาพสิ่งแวดล้อมรุนแรงเข้าขั้นวิกฤต จำเป็นต้องได้รับการแก้ไขโดยทันที และส่วนราชการที่เกี่ยวข้องไม่มีอำนาจตามกฎหมาย หรือไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาได้ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยคำแนะนำของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติเสนอต่อคณะรัฐมนตรีขออนุมัติเข้าดำเนินการนำมาตรการคุ้มครองอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างที่ใช้ในเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมมาใช้กับเขตอนุรักษ์ดังกล่าวได้ตามความจำเป็นและเหมาะสมเพื่อควบคุมและแก้ไขปัญหา

⁴⁴พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535, มาตรา 44 (4).

⁴⁵พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535, มาตรา 45.

ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีที่สองจะเป็นเพียงแค่การที่กฎหมายให้นำมาตรการคุ้มครองพื้นที่สิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ไปใช้ตามความจำเป็นและเหมาะสมกับเขตพื้นที่อนุรักษ์ เพื่อวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะ ไม่ได้มีการประกาศเขตทับกัน กล่าวคือ ไม่ได้กำหนดให้เขตอนุรักษ์เช่นว่านั้นกลายเป็นเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด แม้ว่าจะมีการนำมาตรการที่ใช้ในเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมมาใช้กับเขตอนุรักษ์ ซึ่งผลทางกฎหมายทำให้เขตอนุรักษ์ดังกล่าวเป็นเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมซึ่งมีมาตรการป้องกันการทำลายทรัพยากรธรรมชาติในเขตอนุรักษ์นั้นเพิ่มขึ้น แต่กฎหมายที่เข้ามาบังคับเพื่อป้องกันการก่อให้เกิดอันตรายแก่ทรัพยากรธรรมชาติเข้มงวดมากขึ้นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่กำหนดในมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และต้องมีมาตรการคุ้มครองตามกฎหมายที่เขตอนุรักษ์นั้นได้รับการประกาศเป็นเขตพื้นที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะอยู่ และอยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของหน่วยงานเฉพาะเป็นหลักตามที่ระบุอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการนั้น เพียงแต่มีมาตรการในการเพิ่มการคุ้มครองในบางเรื่องตามกฎกระทรวงที่กำหนดตามมาตรา 44 เพื่อคุ้มครองการดำเนินการมิให้มีการทำลายเขตอนุรักษ์ที่กำหนดไว้โดยเฉพาะแล้วเท่านั้น

ยกตัวอย่างเช่น เขตพื้นที่ซึ่งถูกประกาศเป็นป่าสงวนแห่งชาติก็ยังคงอยู่ในอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของกรมป่าไม้ เขตพื้นที่ซึ่งประกาศเป็นเขตอุทยานแห่งชาติก็ยังคงอยู่ในอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช เป็นต้น ซึ่งการขอใช้พื้นที่หรือการห้ามมิให้เข้าไปในพื้นที่จะกระทำไม่ได้จนกว่าจะได้รับอนุมัติจากกรมป่าไม้หรือกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืชดังกล่าว แม้ว่าการทรัพยากรน้ำจะเห็นชอบให้เข้าไปบริหารจัดการทรัพยากรน้ำตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ภายในเขตอนุรักษ์นั้นได้ ดังนั้น กรณีนี้จึงไม่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำที่จะเข้าไปบริหารจัดการน้ำในเขตพื้นที่เช่นว่านั้น

3.5 เขตพื้นที่ป่าชายเลนอนุรักษ์⁴⁶ และเขตพื้นที่คุ้มครองทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง⁴⁷

พระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. 2558 กำหนดเขตพื้นที่ทั้งสองประเภทนี้โดยให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายและแผนการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งแห่งชาติ ทั้งสองเขตพื้นที่เช่นว่านั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อคุ้มครองทรัพยากรทางทะเล

⁴⁶พระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. 2558, มาตรา 18.

⁴⁷พระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. 2558, มาตรา 20.

และชายฝั่ง เพื่อไม่ให้เสื่อมโทรมหรือถูกบุกรุก ถูกทำลาย เปลี่ยนแปลงสภาพพื้นที่ไปจากเดิม ซึ่งกฎหมายได้ให้อำนาจแก่กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งดำเนินการให้บรรลุผลตามที่กฎหมายได้กำหนดมาตรการเฉพาะเอาไว้ในการบริหารจัดการ บำรุงรักษา พื้นฟู และอนุรักษ์ทรัพยากรทางทะเล รวมถึงป้องกันการกัดเซาะชายฝั่งในเขตพื้นที่ดังกล่าว ดังนั้น แม้ว่าภายในเขตพื้นที่เช่นว่านั้นจะมีแหล่งทรัพยากรน้ำสาธารณะ แต่ทรัพยากรน้ำเหล่านั้นถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการหล่อเลี้ยงทรัพยากรป่าชายเลน และทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง ไม่ว่าจะเป็น สิ่งมีชีวิตหรือพันธุ์พืชหลายชนิดที่มีถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติในบริเวณพื้นที่นั้น ดังนั้น การจัดสรรน้ำและการใช้น้ำในพื้นที่ดังกล่าวตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 อาจกระทบต่อระบบนิเวศ และการดำรงอยู่ของสิ่งมีชีวิต และอาจเกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อม กรณีนี้จึงไม่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำที่จะเข้าไปบริหารจัดการน้ำในเขตพื้นที่เช่นว่านั้น

3.6 เขตพื้นที่รักษาพันธุ์สัตว์น้ำ

ถูกกำหนดขึ้นโดยพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดจับสัตว์น้ำในเขตพื้นที่รักษาพันธุ์สัตว์น้ำตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ หรือคณะกรรมการประมงประจำจังหวัดโดยอนุมัติรัฐมนตรีประกาศกำหนด เว้นแต่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการหรือเพื่อการบำรุงรักษาสัตว์น้ำและได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากอธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย⁴⁸ ซึ่งเขตพื้นที่รักษาพันธุ์สัตว์น้ำเกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์และบริหารจัดการให้เกิดความสมดุลทางธรรมชาติ และรักษาทรัพยากรสัตว์น้ำและระบบนิเวศไว้อย่างยั่งยืน นอกจากนี้ แหล่งน้ำอันเป็นแหล่งอาศัยตามธรรมชาติของบรรดาสัตว์น้ำต้องได้รับการอนุรักษ์คุ้มครองให้เอื้อต่อการดำรงชีวิตและการเจริญเติบโต จะเห็นได้ว่าเขตรักษาพันธุ์สัตว์น้ำจึงเป็นเขตพื้นที่ที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขึ้นและไม่อยู่ในวัตถุประสงค์ของการใช้น้ำตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ถึงแม้ว่าในพื้นที่ดังกล่าวจะมีทรัพยากรน้ำสาธารณะก็ตาม แต่ทรัพยากรน้ำที่มีอยู่นั้นเพื่อประโยชน์ในการดำรงชีวิตของพันธุ์สัตว์น้ำนานาชนิด หากมีการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำในพื้นที่ดังกล่าวอาจกระทบต่อการเปลี่ยนแปลงทรัพยากรน้ำทั้งในแง่คุณภาพและปริมาณ กรณีนี้จึงไม่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำ

⁴⁸พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558, มาตรา 56.

3.7 เขตพื้นที่ชลประทาน

พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2485 ได้กำหนดว่า “การชลประทาน” คือ กิจการที่กรมชลประทานจัดทำขึ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งน้ำหรือเพื่อกักเก็บ รักษา ควบคุม ส่ง ระบาย หรือแบ่งน้ำเพื่อเกษตรกรรม การพลังงาน การสาธารณสุขโรค หรือการอุตสาหกรรม และหมายความรวมถึงการป้องกันความเสียหายอันเกิดจากน้ำกับรวมถึงการคมนาคมทางน้ำซึ่งอยู่ในเขตชลประทาน⁴⁹ โดยทางน้ำชลประทาน แบ่งออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ ประเภท 1 คือ ทางน้ำที่ใช้ในการส่ง ระบาย กัก หรือกั้นน้ำเพื่อการชลประทาน ประเภท 2 คือ ทางน้ำที่ใช้ในการคมนาคมแต่มีการชลประทานร่วมอยู่ด้วยเฉพาะภายในเขตที่ได้รับประโยชน์จากการชลประทาน ประเภท 3 คือ ทางน้ำที่สงวนไว้ใช้ในการชลประทาน และประเภท 4 คือ ทางน้ำอันเป็นอุปกรณ์แก่การชลประทาน โดยทางน้ำชลประทานดังกล่าวจะถูกประกาศโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์⁵⁰ หากทรัพยากรน้ำสาธารณะในเขตพื้นที่ใดที่ถูกประกาศให้เป็นทางน้ำชลประทานก็จะอยู่ในความรับผิดชอบของกรมชลประทาน รวมไปถึงการพิจารณาอนุญาตใช้น้ำและการจัดสรรน้ำในเขตพื้นที่ดังกล่าวตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ด้วย ซึ่งจะไม่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำ ในทางกลับกันถ้าหากทรัพยากรน้ำสาธารณะในเขตพื้นที่ดังกล่าว ยังไม่ได้มีการประกาศให้เป็นทางน้ำชลประทาน กรมทรัพยากรน้ำยังคงมีขอบเขตความรับผิดชอบในเขตพื้นที่นั้นต่อไป

อย่างไรก็ตาม หากมีการเปลี่ยนแปลงพื้นที่รับผิดชอบควบคุมดูแลทรัพยากรน้ำสาธารณะระหว่างกรมชลประทานกับกรมทรัพยากรน้ำ ภายหลังจากที่ได้มีการออกใบอนุญาตการใช้น้ำให้แก่ผู้รับใบอนุญาตในพื้นที่นั้นไปแล้ว ผู้ขอใช้น้ำจำเป็นต้องยื่นขออนุญาตใหม่หรือไม่ ต้องพิจารณาว่าหากแผนการบริหารจัดการน้ำของผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ผู้ขออนุญาตใช้น้ำจำเป็นต้องยื่นขออนุญาตใหม่ อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่าควรหารือกรมชลประทานในประเด็นดังกล่าว เพราะหากให้ยื่นใหม่จะต้องใช้เวลานาน และต้องดำเนินการอีกหลายขั้นตอน ด้วยเหตุนี้ หากหลักฐานและเงื่อนไขในการยื่นขอของกรมชลประทานไม่แตกต่างจากกรมทรัพยากรน้ำมากนัก ควรแก้ไขในประเด็นนี้เพียงแค่ให้เพิ่มเติมหลักฐานที่จำเป็นในการยื่นขอต่อกรมชลประทาน แล้วให้อธิบดีกรมชลประทานออกใบอนุญาตภายใต้ความเห็นชอบจากคณะกรรมการลุ่มน้ำ หรือ กนช. แล้วแต่กรณีก็เพียงพอแล้ว

⁴⁹พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2485, มาตรา 4.

⁵⁰พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2485, มาตรา 5.

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัย ผู้วิจัยพบว่าแนวทางการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำของกฎหมายญี่ปุ่นมีรายละเอียดที่คล้ายคลึงกันกับกฎหมายไทยพอสมควร โดยมีความแตกต่างกันในรายละเอียดบางประการเท่านั้น ซึ่งหากประเทศไทยจะมีการพัฒนากฎหมายลำดับรองเพื่อระบุนายละเอียดเกี่ยวกับการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำ ภายใต้พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ในอนาคต ก็อาจนำเอาแนวทางของกฎหมายญี่ปุ่นมาพิจารณากำหนดรายละเอียดเป็นแนวทางปฏิบัติได้ หรืออาจนำมาประยุกต์ใช้เป็นคู่มือสำหรับการยื่นขอใบอนุญาต และการพิจารณาออกใบอนุญาตใช้น้ำของกรมทรัพยากรน้ำได้

นอกจากนี้ การจัดสรรน้ำและการใช้น้ำนั้นเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของกรมทรัพยากรน้ำ ซึ่งจะมีขอบเขตในการพิจารณาจัดสรรน้ำและออกใบอนุญาตใช้น้ำสำหรับเขตพื้นที่ซึ่งไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นเขตอนุรักษ์ตามกฎหมายเฉพาะเท่านั้น ถึงแม้ว่าภายในเขตพื้นที่อนุรักษ์ดังกล่าวจะมีแหล่งทรัพยากรน้ำสาธารณะที่อาจนำมาใช้สอยได้ ก็ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตการขออนุญาตใช้น้ำตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 และไม่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำด้วย เนื่องจากทรัพยากรน้ำภายในพื้นที่เช่นนั้นจะถูกใช้ประโยชน์ อนุรักษ์ และบริหารจัดการตามวัตถุประสงค์เฉพาะด้านที่กฎหมายเฉพาะนั้นได้กำหนดขึ้น โดยจะมีหน่วยงานเฉพาะที่กฎหมายนั้นกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบการจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ภายในเขตพื้นที่ดังกล่าวแล้วนั่นเอง

บรรณานุกรม

- Bates, Gerry. **Environmental Law in Australia**. 7th ed. Australia: Butterworths, 2010.
- Environment and Social Development East Asia and Pacific Region. The World Bank. **Water Resources Management in Japan: Policy, Institutional and Legal Issues**. Washington D.C.: World Bank, 2006.
- Infrastructure Development Institute-Japan. **Rivers in Japan**. Japan: Infrastructure Development Institute-Japan and Japan River Association, 2006.
- Ministry of the Environment. Government of Japan. **The Basic Environment Law and Basic Environment Plan** [Online]. Available URL: https://www.env.go.jp/en/laws/policy/basic_lp.html, 2019 (September, 4).
- Nakai, Michitaro. **Introduction of Water Right System in Japan**. Japan: NARBO Associate-Asian Development Bank Institute, n.d.
- Omachi, Toshikatsu. **The River Law with Commentary by Article: Legal Framework for River and Water Management in Japan**. Japan: Infrastructure Development Institute-Japan IDI Water Series No.4, 1998.
- River Bureau of Ministry of Land. Infrastructure and Transportation. **Flood Management in Japan**. Japan: River Bureau of Ministry of Land, Infrastructure and Transportation, n.d.
- Salmon, Salmon M.A. and Daniel D. Bradlow. **Regulatory Frameworks for Water Resources Management** [Online]. Available URL: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7054/362160rev0Regulatory0water01PUBLIC1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 2020 (June, 18).
- Stoeckel, Kate and others. **Australian Water Law**. Pyrmont, N.S.W. :Thomson Reuters, 2012.
- Takezawa, Mitsuo and Hiroshi Gotoh. **Measures for Mitigation of Flood Hazards in Japan** [Online]. Available URL: <https://www.witpress.com/Secure/elibrary/papers/9781845645601/9781845645601004FU1.pdf>, 2020 (November, 14).
- The River Law (Law No.167 of 1964).
- United Nations General Assembly Resolution 64/292 The Human Rights to Water and Sanitation (July 2010).

พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2485.

พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561.

พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507.

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562.

พระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. 2558.

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562.

พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558.

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: เหตุผลที่หายไปพร้อมกับ
ความชอบธรรมของคำชี้ขาด

เชิดเกียรติ อินทเสมอ

มณฑล อรรถบดินทร์

คำพิพากษากฎีกาที่น่าสนใจ: เหตุผลที่หายไปพร้อมกับความชอบธรรมของคำชี้ขาด

เชิดเกียรติ อินทเสม*

Cherdkiat Inthasam

มณฑล อรรถบิลยกุล**

Monthol Uttabolyukol

กระบวนการอนุญาโตตุลาการแม้เป็นรูปแบบของการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) ประเภทหนึ่ง แต่ถือว่าเป็นกระบวนการที่มีลักษณะความเป็นทางการ (Formal) และมีกระบวนการคล้ายคลึงกับการดำเนินการในชั้นศาล (Court-Like Procedure) ซึ่งเป็นหลักประกันว่าข้อพิพาทจะได้รับการพิจารณาอย่างเท่าเทียมและมีสิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ และถือได้ว่าเป็นการดำเนินการตามหลักคุณนิติกระบวนการ (Due Process) ภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ อันเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับคู่ความและสังคมว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นคำชี้ขาดที่ชอบธรรม

*อัยการจังหวัดประจำสำนักงานอัยการสูงสุด รักษาการในตำแหน่งผู้ช่วยเลขาธิการอัยการสูงสุด; น.บ.จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; LL.M. in International Business Law, American University (Washington College of Law); LL.M. in Taxation, University of Washington, USA. E-mail: roseblack118@hotmail.com

Provisional Public Prosecutor Attached to the Office of the Attorney General acting Assistant Secretary General of the Office of the Attorney General; LL.B. Chulalongkorn University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. in International Business Law, American University (Washington College of Law); LL.M. in Taxation, University of Washington, USA.

**ผู้ช่วยเลขานุการรองอัยการสูงสุดและที่ปรึกษากฎหมาย กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม; น.บ.มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. มหาวิทยาลัยศรีปทุม; LL.M. in International Commercial Arbitration, Bucerius Law School, Germany. E-mail: monthol.uttabolyukol@law-school.de

Assistant Secretary to the Deputy Attorney General 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. in International Commercial Arbitration, Bucerius Law School, Germany.

หลักศุนิติกระบวนการที่สำคัญ จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นหัวใจของกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล คือ การให้เหตุผลประกอบการคำสั่งหรือคำพิพากษา ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการด้วย โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการที่ต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือคำชี้ขาด แต่เมื่อคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช่คำพิพากษาของศาล ประเด็นปัญหาอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้น คือ หากมีการฝ่าฝืนหรือไม่มีการให้เหตุผลประกอบคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นคำชี้ขาดที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และสามารถบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้หรือไม่

บทความนี้ได้วิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาที่ 7128/2540 เทียบเคียงกับคำพิพากษาของศาลสหพันธรัฐมาเลเซีย อันแสดงถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษากฎีกาฉบับดังกล่าว รวมถึงวิเคราะห์ถึงแนวทางการดำเนินการตามความเห็นของผู้เขียน

คำพิพากษากฎีกาที่ 7128/2540 (ย่อยาว)

(คำฟ้องโจทก์)

โจทก์ฟ้องว่า... จำเลยที่ 1 โดยจำเลยที่ 2 ในฐานะหุ้นส่วนผู้จัดการ ได้ทำสัญญาขายแร่ชนิดหนึ่งให้กับโจทก์ ซึ่งต่อมาโจทก์ได้ชำระราคาให้แก่จำเลยที่ 1 แล้ว แต่จำเลยผิดสัญญา โดยส่งมอบแร่ที่มีคุณสมบัติไม่ตรงกับที่ได้ตกลงกันไว้ ต่อมาโจทก์จึงได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษตามสัญญา และอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดว่าจำเลยที่ 1 เป็นฝ่ายผิดสัญญา ให้ชดใช้เงิน 213,392.41 ดอลลาร์สหรัฐ และค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการจำนวน 3,393 ปอนด์สเตอร์ลิง แต่จำเลยที่ 1 ไม่ชำระ โจทก์ขอให้บังคับจำเลยทั้งสองร่วมกันชำระเงิน 213,392.41 ดอลลาร์สหรัฐ และ 3,393 ปอนด์สเตอร์ลิง พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของเงินแต่ละจำนวน นับจากวันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์

(คำให้การจำเลยทั้งสอง)

จำเลยทั้งสองให้การว่า... คำชี้ขาดดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะขัดต่อข้อบังคับและระเบียบของตลาดโลหะกรุงลอนดอนเนื่องจากไม่ได้ให้เหตุผลแห่งการชี้ขาด... ขอให้ยกฟ้อง

(คำพิพากษาศาลชั้นต้น)

ศาลชั้นต้นพิพากษา ให้จำเลยทั้งสองร่วมกันชำระเงิน 213,392.41 ดอลลาร์สหรัฐ และ 3,393 ปอนด์สเตอร์ลิง พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีของต้นเงิน 180,817.57 ดอลลาร์สหรัฐ และ 3,393 ปอนด์สเตอร์ลิง นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์ โดยคิดเป็นเงินไทยตามอัตราแลกเปลี่ยนโดยเฉลี่ยของธนาคารพาณิชย์ในกรุงเทพมหานคร ในวันที่ศาลพิพากษา แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกิน 25.45 บาท ต่อดอลลาร์สหรัฐ และ 36.98 บาท ต่อปอนด์สเตอร์ลิง

(คำพิพากษาศาลอุทธรณ์)

จำเลยทั้งสองอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

(คำพิพากษาศาลฎีกา)

จำเลยทั้งสองฎีกา

ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงรับฟังเป็นยุติว่า ประเทศไทยและประเทศอังกฤษต่างเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ลงวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2501 (ค.ศ.1958)

...โจทก์จึงเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการให้พิจารณาตามข้อตกลง

...อนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วมีคำชี้ขาดให้จำเลยที่ 1 ชำระค่าเสียหายและใช้คำอนุญาโตตุลาการแก้ไขข้อพิพาท แต่จำเลยที่ 1 ไม่ปฏิบัติตาม

และศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ จึงได้วินิจฉัยในประเด็นว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามฟ้องมีผลผูกพันจำเลยที่ 1 หรือไม่

ศาลฎีกา เห็นว่า ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติไว้ในมาตรา 35 ว่า “ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 34 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่า คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยทางอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายไทยหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ” และเนื่องจากคดีนี้โจทก์ฟ้องขอให้บังคับจำเลยทั้งสองตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ จึงต้องใช้หลักกฎหมายดังกล่าวปรับแก้คดี ซึ่งคดีนี้จำเลยทั้งสองให้การตามคำให้การข้อ 4 ว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้อง เพราะไม่ได้ให้เหตุผลในการชี้ขาด จึงเห็นได้ว่าคำให้การของจำเลยทั้งสองดังกล่าวมิได้อ้างเหตุต่าง ๆ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 และ 35 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเลย

ดังนั้น ศาลจึงไม่มีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

...¹

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

1. อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ลงวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2501 (ค.ศ. 1958) (“อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก”)

¹หมายเหตุ ใส่หัวข้อ, ตัดทอน, ใส่หมายเลขและทำตัวหนาโดยผู้เขียน.

2. พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 20, 34 และ 35

มาตรา 20 “คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด...โดยระบุเหตุผลแห่งข้อวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้งด้วย...”

มาตรา 34 “การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ลงวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2501 (ค.ศ. 1958) นั้น ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธเสียได้ ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(1) คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(2) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้นในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(3) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับนั้นไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(4) คำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งข้อตกลงนั้นให้ก็ได้

(5) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด หรือวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ มิได้เป็นไปตามที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่มิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพันเป็นยุติ หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียแล้วโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดแต่ถ้าเพียงแต่มีการยื่นเรื่องราวขอให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำการเพิกถอน หรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาดนั้น ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และหากคู่ความฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่ความฝ่ายที่จะถูกบังคับหาประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้”

มาตรา 35 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 34 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยทางอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายไทย หรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ

3. พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 37 วรรคสอง, 43 และ 44

มาตรา 37 วรรคสอง “คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง...”

มาตรา 43 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า

(1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(2) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(3) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(4) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

(5) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

มาตรา 44 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 43 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ข้อพิจารณา

1. หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กฎหมายฉบับปัจจุบัน) แนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะมีการเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่

ผู้เขียนขอเปรียบเทียบตัวบทที่เกี่ยวข้องในประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 (เดิม)	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (ใหม่)
มาตรา 20 “คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการ...โดยระบุเหตุผลแห่งข้อวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้งด้วย...”	มาตรา 37 วรรคสอง “คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง...”
มาตรา 34 “การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ลงวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2501 (ค.ศ. 1958) นั้น ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธเสียได้...”	มาตรา 43 “ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะทำได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า...”
มาตรา 35 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 34 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยทางอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายไทย หรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อ... หลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ	มาตรา 44 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 43 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

แม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการให้เหตุผลประกอบคำชี้ขาด และการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดตามกฎหมายใหม่นั้นยังคงมีหลักการที่ไม่ต่างจากกฎหมายเดิม โดยเฉพาะ

มาตรา 20 (เดิม) กับมาตรา 37 วรรคสอง (ใหม่) ซึ่งมีข้อความในทำนองเดียวกัน คือ การวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องให้เหตุผลประกอบโดยชัดแจ้ง

นอกจากนั้น มาตรา 34 (เดิม) กับมาตรา 43 (ใหม่) มีหลักการเหมือนกัน คือ ศาล (ไทย) มีอำนาจปฏิเสธคำขอบังคับตามคำชี้ขาดได้ โดยกฎหมายบัญญัติเหตุไว้โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว ศาลไม่อาจยกเหตุผลอื่นนอกจากเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติไว้มาเป็นเหตุในการปฏิเสธคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดได้

ส่วนความแตกต่างตามประเด็นที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นระหว่างกฎหมายเดิมกับกฎหมายใหม่ มีเพียงประการเดียว คือ การบังคับตามคำชี้ขาดต้องคำนึงถึงอนุสัญญากรุงนิววยอร์กประกอบด้วย (กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง คือ คำชี้ขาดอาจแบ่งแยกได้สามประเภท คือ คำชี้ขาดที่ทำในประเทศไทย, คำชี้ขาดที่ทำในประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญากรุงนิววยอร์กและคำชี้ขาดที่ทำลงในประเทศที่มีได้เป็นภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก) ในขณะที่ตามกฎหมายใหม่ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างคำชี้ขาดภายในประเทศออกจากคำชี้ขาดต่างประเทศ และตามกฎหมายใหม่ไม่ต้องพิจารณาว่าประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้นเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญากรุงนิววยอร์กหรือไม่

ส่วนกรณีตามมาตรา 35 (เดิม) กับมาตรา 44 (ใหม่) นั้น มีหลักการทำนองเดียวกัน แตกต่างกันตรงที่ตามกฎหมายเดิม ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าข้อพิพาทนั้นไม่อาจจะจับได้โดยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย และต้องคำนึงถึงหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศด้วย ในขณะที่ตามกฎหมายใหม่ไม่คำนึงถึงหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศเลย และในส่วนของข้อพิพาทนั้น กฎหมายกำหนดเพียงว่าต้องสามารถจับได้โดยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการได้ (โดยไม่ได้ระบุว่าต้องเป็นไปตามกฎหมายไทยเท่านั้น)

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายเดิมและกฎหมายใหม่แล้ว ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีผิดสัญญาซื้อขาย อันเป็นข้อพิพาทที่สามารถจับได้ด้วยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ซึ่งทั้งประเทศไทยและสหราชอาณาจักร ต่างเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก โดยจากการศึกษาไม่ปรากฏว่า การไม่ให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยเป็นเหตุที่ศาลสามารถมีคำสั่งปฏิเสธคำขอบังคับตามคำชี้ขาดได้

แม้คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับที่หมายเหตุนี้ได้มีการวินิจฉัยไว้ในปี พ.ศ. 2540 อันเป็นระยะเวลายาวนานกว่า 25 ปีแล้ว แต่หลังจากนั้นมา ยังไม่พบว่ามีคดีที่มีข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาอีก นอกจากนี้ ยังไม่พบคดีลักษณะดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักการภายใต้คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7128/2540 ยังคงกลายเป็นบรรทัดฐานอยู่ในปัจจุบัน

ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนเชื่อว่า หากมีคดีที่ปรากฏข้อเท็จจริงทำนองเดียวกันขึ้นสู่การพิจารณาของศาล (รวมถึงกรณีของศาลปกครองด้วย) ศาลคงยึดถือตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ต่อไป

2. แนวบรรทัดฐานนี้ผิดหรือคลาดเคลื่อนหรือไม่

หากพิจารณาตามกฎหมายโดยเคร่งครัดแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การวินิจฉัยของศาลฎีกาฯ เป็นการวินิจฉัยถูกต้องตามหลักกฎหมายแล้ว

กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงเหตุต่าง ๆ ที่คู่กรณีสามารถยกขึ้นอ้างเพื่อขอให้ปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดทั้งหกประการ (มาตรา 34 (เดิม) และมาตรา 43 (ใหม่)) และเหตุที่ศาลยกขึ้นปฏิเสธการขอบังคับเองได้ (มาตรา 35 (เดิม) และมาตรา 44 (ใหม่)) มีข้อความสอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ซึ่งไม่ปรากฏว่าการที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยแล้วจะกลายเป็นเหตุในการที่ศาลจะสามารถปฏิเสธคำชี้ขาดได้แต่อย่างใด

ยิ่งไปกว่านั้น คำชี้ขาดข้อพิพาทในคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ยังเป็นคำชี้ขาดที่ทาลงในต่างประเทศ (ซึ่งเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก) และศาลไทย (ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก) มีพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์กที่จะต้องบังคับให้บังคับตามคำชี้ขาดเป็นหลักที่ศาลจะทำคำสั่งปฏิเสธคำขอบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศได้นั้น จะต้องปรากฏเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดเท่าที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กเปิดช่องให้เท่านั้น (หลักการ *Pro Enforcement*) ถ้าหากไม่ต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ ตามที่อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก คำชี้ขาดต่างประเทศนั้นย่อมมีผลผูกพันและสามารถบังคับได้ ดังนั้น กรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยไว้ จึงไม่ใช่เหตุอย่างหนึ่งอย่างใดที่อนุสัญญากรุงนิวยอร์กได้กำหนดไว้ศาลสามารถปฏิเสธคำขอบังคับตามคำชี้ขาดได้แต่อย่างใด

ดังนั้น การที่ศาลฎีกามีคำสั่งให้บังคับตามคำชี้ขาดที่ทาลงในต่างประเทศ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นการพิจารณาที่ถูกต้องตามกฎหมายไทยและอนุสัญญากรุงนิวยอร์กซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกและมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามแล้ว

3. ศาลต่างประเทศมีแนวคำพิพากษาอย่างไร

ในประเทศมาเลเซีย มีคดี *Tanjung Langsat Port SB v. Trafigura Pte Ltd.* [2016]² ซึ่งศาลได้มีคำวินิจฉัยทำนองเดียวกันว่า การที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยในคำชี้ขาด ไม่ใช่เหตุอย่างหนึ่งอย่างใดที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดได้

คำชี้ขาดพิพาทในคดีดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดที่ทำในประเทศมาเลเซีย จึงไม่ใช่คำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign Arbitral Award) ในคดีดังกล่าวศาลแห่งประเทศมาเลเซียจึงไม่มีพันธกรณีตามอนุสัญญา

²Sundra Rajoo, *Law, Practice and Procedure of Arbitration*, 2nd ed. (USA: LexisNexis, 2017), p. 592.

กรุงนิวยอร์กตามหลัก Pro-Enforcement แต่อย่างไร การที่ศาลจะมีคำสั่งบังคับตามหรือเพิกถอน คำชี้ขาดจึงต้องพิจารณากฎหมายภายในของมาเลเซียต่อไป

ตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของมาเลเซีย มาตรา 39 ไม่ได้แบ่งแยกระหว่างคำชี้ขาด ที่ทำลงในมาเลเซียและคำชี้ขาดที่ทำลงในต่างประเทศแต่อย่างไร ดังนั้น ศาลของประเทศมาเลเซีย จะต้องใช้มาตรฐานหรือหลักเกณฑ์อย่างเดียวกันในการพิจารณาว่าจะบังคับตามคำชี้ขาดของคณะ อนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะกระทำลงในประเทศมาเลเซียหรือไม่ก็ตาม

ผู้เขียนเชื่อว่า แม้ข้อเท็จจริงในคดี *Tanjung Langsat Port SB* นี้เปลี่ยนเป็นว่าคำชี้ขาด พิพากเป็นคำชี้ขาดที่กระทำลงในต่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายภายในของประเทศมาเลเซียมิได้ แบ่งแยกระหว่างคำชี้ขาดในประเทศและต่างประเทศ ศาลของประเทศมาเลเซียซึ่งจะต้องใช้หลักเกณฑ์ เดียวกันในการพิจารณาว่าจะบังคับตามคำชี้ขาดหรือไม่ก็คงจะมีคำสั่งให้บังคับตามคำชี้ขาดฉบับนี้ เช่นเดิม ซึ่งก็เป็นไปตามพันธกรณีของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กประกอบกับกฎหมายภายในของประเทศ มาเลเซียนั่นเอง

4. คำชี้ขาดที่ไม่ให้เหตุผลประกอบเช่นนี้ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ประเด็นปัญหาที่ว่าคำชี้ขาดชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น เป็นคนละประเด็นกับการที่ศาลจะมี คำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดหรือไม่ เนื่องจากการพิจารณาของศาลว่าจะบังคับตามคำชี้ขาดหรือไม่ ศาลไม่สามารถพิจารณาในเนื้อหาแห่งคดีได้ ด้วยเหตุที่ว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการมีสภาพ เด็ดขาดในทางกฎหมาย (*Res Judicata*) และต้องไม่มีการรื้อรื้อฟ้องซ้ำอีกในประเด็นปัญหา ดังกล่าว รวมทั้งสามารถขอให้ศาลบังคับตามได้ การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่อศาล โดยการร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดหรือการขอให้ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด จะต้องไม่เป็นการพิจารณา ในเนื้อหาของคำชี้ขาดนั้นซ้ำอีก กล่าวในอีกแง่หนึ่ง คณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ศาลชั้นต้น และศาลเอง ก็ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่เป็นศาลที่พิจารณาอุทธรณ์ (Reviewing Court) ในกรณีเช่นนี้

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้วจะพบว่า กฎหมายได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าคำชี้ขาดต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย ทั้งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของมาเลเซีย มาตรา 33 (3) ก็บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งด้วยเช่นกันว่า “คำชี้ขาด จะต้องให้เหตุผลประกอบที่อาศัยในการวินิจฉัย”³

ดังนั้น คำชี้ขาดพิพากทั้งในคำพิพากษาฎีกาที่ 7128/2540 และในคดี *Tanjung Langsat Port SB* ต่างเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น กลับไม่

³Laws of Malaysia ACT 646, Article 33 (3) “An award shall state the reasons upon which

อาจเป็นเหตุที่จะทำให้สามารถเพิกถอนหรือปฏิเสธคำขอบังคับตามคำชี้ขาดได้ตามกฎหมายว่าด้วย อนุญาโตตุลาการที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น

5. ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นและผลกระทบของแนวคำพิพากษาฎีกา

ผู้เขียนเห็นว่า ในอนาคตอาจเกิดกรณีที่ว่า หากคณะอนุญาโตตุลาการเผชิญกับข้อกฎหมาย หรือข้อเท็จจริงที่ยุ่งยากและซับซ้อนคณะอนุญาโตตุลาการอาจหลีกเลี่ยงโดยการทำคำวินิจฉัยชี้ขาด โดยไม่ให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัย ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 7128/2540 ดังกล่าว

ซึ่งการให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยผู้เขียนเห็นว่า เป็นสิ่งที่สามารถสร้างความมั่นใจให้กับ คู่ความได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการมิได้ชี้ขาดข้อพิพาทตามอำเภอใจหรือมีอคติแต่ได้วินิจฉัยไปตาม หลักการและพยานหลักฐานต่าง ๆ ซึ่งหลักการและหลักฐานต่าง ๆ เหล่านั้นจะถูกแสดงสะท้อนออกมา ผ่านการให้เหตุผลของคณะอนุญาโตตุลาการนั่นเอง

หากแนวคำพิพากษาฎีกานี้ถูกนำไปใช้เป็นบรรทัดฐานต่อไป คณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณา โดยให้เหตุผลประกอบสั้นลงเรื่อย ๆ เนื่องจากยิ่งให้เหตุผลมาก ก็ยิ่งอาจเกิดมีข้อโต้แย้งได้มากขึ้น จนท้ายที่สุด อาจจะเป็นแนวทางปฏิบัติว่าคำชี้ขาดไม่จำเป็นต้องมีการให้เหตุผลประกอบหรือ อาจให้เหตุผลประกอบ แต่เป็นเหตุผลที่สั้น เพื่อมิให้เกิดการโต้แย้งคำชี้ขาดต่อไปได้

6. ข้อเสนอแนะ

ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกาและศาลแห่งประเทศมาเลเซีย ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยว่า การที่ คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดโดยไม่ได้ให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยไม่เป็นเหตุแห่งการศาล จะสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดหรือปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดได้ แต่อย่างไรก็ตาม ก่อนที่ศาลจะ มีคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดนั้น คำชี้ขาดดังกล่าวควรจะต้องมีความชอบธรรมทั้งในด้านรูปแบบและเนื้อหา เสียก่อน ซึ่งการให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยเป็นของการแสดงความชอบธรรมในคำชี้ขาดอย่างหนึ่ง ซึ่งกฎหมายได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง นอกจากนั้น ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย เกือบทุกแห่งได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งเช่นกันว่า คำชี้ขาดจะต้องให้เหตุผลประกอบ จึงไม่มีเหตุผล เพียงพอที่คณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายและข้อบังคับกำหนดไว้ ซึ่งการ ให้เหตุผลถือว่าเป็นหัวใจของการทำคำชี้ขาดที่ทำให้คู่พิพาทเกิดความมั่นใจได้ว่า คำชี้ขาดนั้นกระทำลง ด้วยความชอบธรรม ไม่เป็นการชี้ขาดตามอำเภอใจ และวินิจฉัยชี้ขาดลงโดยปราศจากอคติและ ความลำเอียง อย่างชอบธรรม

ผู้เขียนเห็นว่า แม้คำชี้ขาดที่ปราศจากเหตุผลประกอบจะสามารถบังคับตามคำชี้ขาดได้ เนื่องจาก มีใช้กรณีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งที่ศาลจะปฏิเสธการขอบังคับได้ก็ตาม แต่เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ศาลยังคงมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 วรรคสี่ (ตรงกับกฎหมายต้นแบบ มาตรา 34 (4)) ดังนั้น ศาลควรเลื่อนการพิจารณาออกไปก่อน แล้วสั่งให้คณะอนุญาตตุลาการพิจารณาอีกครั้งหนึ่งหรือดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด หมายถึง ควรสั่งให้ทำคำชี้ขาดโดยมีเหตุผลประกอบ แต่การทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมเพื่อให้เหตุผลประกอบนี้จะต้องไม่เป็นการเปลี่ยนกลับหรือแก้ไขคำชี้ขาด (เดิม) ให้มีผลเปลี่ยนแปลงไป เมื่อคณะอนุญาตตุลาการทำการคำชี้ขาดเพิ่มเติม (ในรูปแบบของการให้เหตุผล) แล้ว ศาลจึงจะพิจารณาต่อไปว่า ศาลจะมีคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดนั้นหรือไม่

7. บทสรุป

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษากฎีกาฉบับที่หมายเหตุนี้ ศาลได้พิจารณาตัดสินถูกต้องตามตัวบทกฎหมายในขณะนั้นแล้ว และเมื่อยังไม่ปรากฏว่า คำพิพากษากฎีกาฉบับอื่นมาเปลี่ยนแปลงแนวการวินิจฉัย ดังนั้น คำพิพากษากฎีกาฉบับนี้จึงยังคงเป็นบรรทัดฐานอยู่ต่อไป

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยเป็นสาระสำคัญทั้งในทางรูปแบบตามที่กฎหมายกำหนดไว้และเพื่อเป็นเครื่องกำกับการใช้อำนาจของคณะอนุญาตตุลาการให้ต้องกระทำการด้วยความชอบธรรมไม่ใช่กระทำตามอำเภอใจ การที่คณะอนุญาตตุลาการชี้ขาดโดยปราศจากการให้เหตุผลประกอบในคำชี้ขาดโดยสิ้นเชิงจึงเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยชัดแจ้ง จึงเป็นคำชี้ขาดที่ปราศจากเหตุผลรองรับว่า เหตุใดคำชี้ขาดเช่นนี้ควรได้รับการสนับสนุนให้กระทำได้

ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่า เหตุแห่งการปฏิเสธคำขอบังคับตามคำชี้ขาดเป็นคนละกรณีกับประเด็นที่ว่าคำชี้ขาดนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น เมื่อคำชี้ขาดที่ปราศจากเหตุผลประกอบเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียแล้ว ในชั้นพิจารณาว่าจะบังคับตามคำชี้ขาดหรือไม่ ศาลควรเลื่อนการพิจารณาออกไปพร้อมกับมีคำสั่งให้คณะอนุญาตตุลาการมีคำวินิจฉัยหรือคำชี้ขาดเพิ่มเติมเมื่อดำเนินการแล้วเสร็จ ศาลจึงจะพิจารณาต่อไปว่าควรจะมีคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดฉบับนั้นหรือไม่

บรรณานุกรม

Rajoo, Sundra. **Law, Practice and Procedure of Arbitration**. 2nd ed. USA: Lexis Nexis, 2017.

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530.

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7128/2540.

Laws of Malaysia ACT 646.

The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985.

(Malaysia) Tanjung Langsart Port S.B. V. Trafigura Pte Ltd.

บทวิจารณ์หนังสือ
(Book Review)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทระ ลิ้มปัสสิระ

บทวิจารณ์หนังสือ (Book Review)



ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทร ลิ้มปิติระ*

Assistant Professor Patthara Limsira

หลากหลายแนวคิด อุกฤษ มงคลนาวิน เล่ม 5

เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน

หลากหลายแนวคิดอุกฤษมงคลนาวิน เล่ม 5 โดยที่ผู้เขียนมีวัตถุประสงค์เพื่อมอบให้เป็นของขวัญปีใหม่ พ.ศ. 2565 แก่ญาติสนิทมิตรสหายบรรดาศิษย์ที่มากราบสวัสดีขอรับพรวันปีใหม่ โดยกระผมได้มีโอกาสเข้ามากราบขอพรจากท่านอาจารย์จึงได้รับหนังสือเล่มนี้มาโดยที่เนื้อหาของหนังสือเล่มนี้เป็นการอธิบายถึง 4 หัวข้อดังนี้

1. กำเนิดคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ ได้กล่าวถึง

การกำเนิดคณะกรรมการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ ซึ่งผู้เขียนได้ทำหน้าที่เป็นกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการในขณะนั้น โดยที่มีการกล่าวถึงเกร็ดที่ผู้เขียนได้เสนอถึงชื่อย่อของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการว่า “ป.ป.ป.” อันสอดคล้องกับคำขึ้นต้นว่าประพฤดี ปฏิบัติดี ประหยัดดี ซึ่งหลักการและแนวทางการดำรงชีวิตของคุณพ่อผู้เขียน¹ โดยเนื้อหาต่อมาจะเป็นการบรรยายถึงบทบาทที่ผู้เขียนได้ทำงานในคณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบ

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; น.ม. (กฎหมายระหว่างประเทศ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. E-mail: patthara_l@rumail.ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. (Magna Cum Laude); Chulalongkorn University; LL.M. in International law, Chulalongkorn University.

¹อุกฤษ มงคลนาวิน, **หลากหลายแนวคิด อุกฤษ มงคลนาวิน เล่ม 5**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2564), หน้า 17.

ในวงราชการ พ.ศ.² ร่วมกับศาสตราจารย์สรสรเสริญ ไกรจิตติ³ ในการรับหน้าที่ยกร่างพระราชบัญญัติฯ เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการวิสามัญ⁴ จุดที่เป็นประโยชน์ของผู้ศึกษา คือ ที่มาของแนวความคิดในมาตราที่สำคัญของพระราชบัญญัติคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. 2518 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 20⁵ เพราะการศึกษากฎหมายให้เข้าใจจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงประวัติความเป็นมาและต้นร่างในการตรากฎหมายฉบับนั้น ๆ ส่วนต่อที่สำคัญและมีคุณค่าต่อการศึกษาค้นคว้า คือ บทสัมภาษณ์ของผู้เขียนในหนังสือพิมพ์ประชาชาติรายวัน ฉบับวันอาทิตย์ที่ 22 กันยายน พ.ศ. 2517 ในประเด็นแนวคิดของการจัดตั้งสำนักงาน ป.ป.ป. ประกอบกับกระแสของสังคมและความสงสัยในประสิทธิภาพของสำนักงาน ป.ป.ป. ณ ขณะนั้น⁶

2. การปฏิรูปการเมือง โดยการจัดระบบและวิธีการเลือกตั้งใหม่ กล่าวถึงความจำเป็นในการจัดระเบียบการเลือกตั้งและแก้ไขวิธีการเลือกตั้ง โดยมีการเปรียบเทียบการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมากและแบบอัตราส่วน เพื่อนำการเลือกตั้งแบบอัตราส่วนมาใช้ในประเทศไทย⁷ มีการอธิบายถึงการคุ้มครองสิทธิของผู้แทนราษฎรฝ่ายเสียงข้างน้อยที่ปรากฏตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521⁸ จวบจนกระทั่งที่บัญญัติในมาตรา 129 วรรคแปด⁹ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560)¹⁰ ก็ยังคงหลักการเดิมไม่เปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ¹¹

²“คณะกรรมการวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ.,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 92 ตอนที่ 11 (21 มกราคม 2518): 226-227.

³ท่านเป็นอดีตรองประธานศาลฎีกา อดีตผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ และดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ที่สำคัญมากมายและหลากหลาย.

⁴“พระราชบัญญัติคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. 2518,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 92 ตอนที่ 52 ฉบับพิเศษ (3 มีนาคม 2518): 1.

⁵อุกฤษ มงคลนาวิน, *เรื่องเดิม*, หน้า 23-30.

⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 50-78.

⁷เรื่องเดียวกัน, หน้า 85-92.

⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. 2521, มาตรา 139 วรรคสาม “การตั้งกรรมการวิสามัญต้องมีจำนวนตามหรือใกล้เคียงกับอัตราส่วนของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของแต่ละพรรคการเมืองหรือกลุ่มพรรคการเมืองที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร.”

⁹ต้นฉบับในหนังสือระบุเป็นมาตรา 158 วรรคสาม เพราะเป็นเนื้อหาที่ปรับปรุงมาจากงานเขียนเมื่อปี พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นมาตราของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540.

¹⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. 2560, มาตรา 129 วรรคแปด บัญญัติว่า

“กรรมการวิสามัญซึ่งตั้งจากผู้ซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด ต้องมีจำนวนตามหรือใกล้เคียงกับอัตราส่วนของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของแต่ละพรรคการเมืองที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร.”

¹¹อุกฤษ มงคลนาวิน, *เรื่องเดิม*, หน้า 93-94.

ส่วนการปฏิรูปการเมืองที่ผู้เขียนได้มีการนำเสนอต่อสาธารณชนตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2530 มีหลากหลายประเด็นที่น่าสนใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรระบบผสม¹² ซึ่งเป็นระบบเลือกตั้งที่ถูกนำมาปรับใช้ในปัจจุบัน

3. กำเนิดการนำกล้องถ่ายภาพมาใช้เป็นครั้งแรกในประเทศไทย ผู้เขียนในฐานะประธานคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ (คอ.นธ.)¹³ อธิบายถึงการเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาค้นค้นด้วยเทคโนโลยี เมื่อวันที่ 4 ตุลาคม พ.ศ. 2555 ในรายการปัญหาบ้านเมืองตอนที่ 35 โดยเสนอ 10 มาตรการในการลดการแออัดยัดเยียดในเรือนจำและนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี¹⁴ ซึ่งผลการผลักดันของผู้เขียนในฐานะประธาน คอ.นธ. จึงทำให้มีการนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตามตัว (Electronic Monitoring: EM) มาใช้ในประเทศไทย¹⁵

4. กำเนิดการชำระค่าปรับจากการกระทำผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก ผู้เขียนได้อธิบายถึงการเสนอแนะของ คอ.นธ. ได้นำเสนอไปยังกองบัญชาการตำรวจนครบาลในการแก้ไขปัญหารถจักรยานยนต์ที่ไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 จำนวน 5 ประเด็น¹⁶ ซึ่งล้วนแล้วแต่มีพัฒนาการตามข้อเสนอของ คอ.นธ. ที่ปรากฏเป็นรูปธรรมทั้งสิ้น

¹²เรื่องเดียวกัน, หน้า 96-101.

¹³“ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมพ.ศ. 2554,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 128 ตอนพิเศษ 116 ง (1 ตุลาคม 2554): 1; คำสั่งนายกรัฐมนตรีที่ 10/2554 ลงวันที่ 3 ตุลาคม 2554 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ.

¹⁴หนังสือคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ ด่วนที่สุด ที่ ยธ02020/4 ลงวันที่ 10 มกราคม 2555 (คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติได้รายงานความคืบหน้าการดำเนินงานในรอบ 3 เดือน (เดือนตุลาคม - เดือนธันวาคม 2554) หนังสือคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติที่ ยธ 02020/483 ลงวันที่ 23 สิงหาคม 2555 (คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติได้รายงานความคืบหน้าการดำเนินงานในรอบ 6 เดือน (เดือนมกราคม - เดือนมิถุนายน 2555) และหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ นร0405 (ลง) /12325 ลงวันที่ 12 กันยายน 2555 เรื่อง รายงานความคืบหน้าการดำเนินงานของคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ.

¹⁵สุนทียา จิตสวาท และฐิตียา เพชรหมื่น, “แนวทางการนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronics Monitoring) มาใช้ในการควบคุมตัวผู้กระทำผิดในประเทศไทย,” **วารสารสังคมสงเคราะห์ศาสตร์** 24, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2559): 26-50.

¹⁶อุกฤษ มงคลนาวิน, **เรื่องเดิม**, หน้า 130-131.

ดังนั้น หนังสือเล่มนี้จึงเป็นอีกหนึ่งเล่มที่มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการค้นคว้าข้อมูลของพัฒนาการทางด้านประวัติศาสตร์ทางกฎหมายในประเด็นที่เกี่ยวข้อง โดยหนังสือฉบับนี้รวมไปถึงหนังสือเล่มอื่นๆของท่าน ผู้อ่านสามารถเข้าถึงได้จากหน้า E-Book¹⁷ ผ่านทางเว็บไซต์ของผู้เขียน ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน (<http://dr-ukrit-mongkolnavin.com>)

¹⁷อุกฤษ มงคลนาวิน, E-Book [Online], available URL: [http://dr-ukrit-mongkolnavin.com/?page_id=12767, 2565](http://dr-ukrit-mongkolnavin.com/?page_id=12767,2565) (พฤศจิกายน, 9).

บรรณานุกรม

“คณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 92 ตอนที่ 11 (21 มกราคม 2518): 226-227.

“พระราชบัญญัติคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. 2518.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 92 ตอนที่ 52 ฉบับพิเศษ (3 มีนาคม 2518): 1.

“ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมพ.ศ.2554.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 128 ตอนพิเศษ 116 ง (1 ตุลาคม 2554): 1.

สุนนทิพย์ จิตสว่าง และฐิตียา เพชรมนี่. “แนวทางการนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronics Monitoring) มาใช้ในการควบคุมตัวผู้กระทำผิดในประเทศไทย.” **วารสารสังคมสงเคราะห์ศาสตร์** 24, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2559): 26-50.

อุกฤษ มงคลนาวิน. **หลากหลายแนวคิด อุกฤษ มงคลนาวิน เล่ม 5**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2564.

_____. **E-Book** [Online]. Available URL: http://dr-ukrit-mongkolnavin.com/?page_id=12767, 2565 (พฤศจิกายน, 9).

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. 2521.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. 2560.

คำสั่งนายกรัฐมนตรีที่ 10/2554 ลงวันที่ 3 ตุลาคม 2554 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ.

ผู้ทรงคุณวุฒิ

1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร กาตยา
สำนักงานกฎหมาย
คณิศร แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด
2. รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
3. รองศาสตราจารย์จุฑามาศ นิสารัตน์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
4. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
5. รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ สันตาสว่าง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
6. รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
7. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง
ศาลยุติธรรม
8. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์
นักวิชาการอิสระ
9. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ
ศาลรัฐธรรมนูญ
10. ศาสตราจารย์ทักษิณ ฤกษ์สุข
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
11. ดร.ธนกฤต วรรณชชากุล
สำนักงานอัยการสูงสุด
12. อาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล
มหาวิทยาลัยรังสิต
13. นายนันทิ จิตสว่าง
สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
14. นายนิรุฒ มณีพันธ์
การรถไฟแห่งประเทศไทย
15. นางปิยนุช มนุรังสรรค์
ศาลยุติธรรม
16. นายประกาศ คงเอียด
กระทรวงการคลัง
17. นายประเสริฐ เสี่ยงสุทวิช
ศาลยุติธรรม
18. นายปิยะ ครุฑเดช
บริษัท เบเคอร์ แอนด์ แม็คเคนซี จำกัด
19. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี
นักวิชาการอิสระ
20. รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
21. ดร.เพชรรัตน์ ศุภนิมิตรกุลกิจ
กระทรวงการคลัง
22. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
23. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์
มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
24. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พินิจจันทร์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
25. รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
26. นายวรวิทย์ ทวาทสิน
ศาลยุติธรรม
27. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันท์
นักวิชาการอิสระ
28. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

- | | |
|--|--|
| 29. นายศักดิ์ชัย ลิ้มศิริโพธิ์ทอง | บริษัท วีระวงค์, ชินวัฒน์ และ
พาร์ทเนอร์ส จำกัด |
| 30. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 31. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 32. นายสมชัย ทิฆมาอูตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 33. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบุรณ์เวช | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 34. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล | มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ |
| 35. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 36. ดร.สมบุรณ์ เสงี่ยมบุตร | นักวิชาการอิสระ |
| 37. นายสอนชัย สิริวิทยกุล | ศาลยุติธรรม |
| 38. รองศาสตราจารย์สุขสมัย สุทธิบัติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 39. ดร.สุมาพร ศรีสุนทร | กระทรวงการคลัง |
| 40. นายกฤตา กฤติยาโชติปกรณ์ | กรมสรรพากร |
| 41. ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร | มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ |
| 42. รองศาสตราจารย์ ดร.ทศพล วรรณกุลพันธ์ | มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ |
| 43. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 44. นายสมจิตร ทองศรี | ศาลยุติธรรม |
| 45. นายวรวงศ์ อัจฉรววงศ์ชัย | ศาลยุติธรรม |
| 46. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นภนันต์ ศุภศิริพงษ์ชัย | มหาวิทยาลัยพะเยา |
| 47. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นิสิต อินทมาโน | มหาวิทยาลัยศรีปทุม |
-
- ที่ปรึกษาบรรณาธิการ**
- | | |
|--|---|
| 1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร ฤกษ์ไชย | สำนักงานกฎหมาย
คณิศร แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด |
| 2. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน | สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด |
| 3. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์ | นักวิชาการอิสระ |
| 4. นายสงวน ตีระไพบุลย์สิน | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

บรรณาธิการ

- | | |
|---|---------------------|
| 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิชา ภักดีคง | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
|---|---------------------|

กองบรรณาธิการ

- | | |
|--|-------------------------------------|
| 1. รองคณบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทรวรรณ ทองใหญ่ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทร ภูมิศิริระ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. อาจารย์ศศิประภา ศิสิติ วรรณการ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี | นักวิชาการอิสระ |
| 7. นายณัฏฐิ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันท์กะ | นักวิชาการอิสระ |
| 9. นายสมชัย ชีมาอุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 12. นายวรวิทย์ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 13. นายนิรุฒ มณีพันธ์ | การรถไฟแห่งประเทศไทย |
| 14. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง | ศาลยุติธรรม |
| 15. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ | มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ |
| 16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 17. นายณศุท กรองแก้วอาริยะ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 18. นางสาวนริศรา สารรัตน์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 19. นายเพชร ชื่นชม | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240

โทร 0 2310 8208, 08 6685 9111 โทรสาร 0 2310 8208 E-mail: lawjournal@ru.ac.th

Website: www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4 พิมพ์หน้าเดียว
2. จัดพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. ใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่าน้ำกระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม., และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า เนื้อหาความยาวไม่เกิน 50 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียมต้นฉบับ

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 โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์ วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ 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,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี)/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน,/“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์,/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ผู้แต่งหรือหน่วยงาน,/ชื่อเรื่อง/[Online], Available URL:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนเชิงอรรถ สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ 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.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[ประเภทวัสดุ]./ที่มา:/ที่มาของสารสนเทศ./ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).

- รูปแบบการเขียนบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

การส่งต้นฉบับ

ส่งต้นฉบับจำนวน 1 ชุด ไปยังกองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 หรือ E-mail: lawjournal@ru.ac.th หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online Journal System) ได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

หลักเกณฑ์และกระบวนการตีพิมพ์บทความ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้นิพนธ์
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความหนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง

4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ อ่านง่ายและสร้างองค์ความรู้ใหม่

5. ผู้นิพนธ์ต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด

6. ต้นฉบับบทความที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องและคุณภาพทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชา ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจากหลากหลายสถาบัน จำนวน 3 ท่าน ที่ไม่มีส่วนได้เสียกับผู้นิพนธ์ และเป็นการ peer review แบบ double blinded

7. เมื่อผู้นิพนธ์ได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้นิพนธ์ในลำดับถัดไป

จริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ (Publication Ethics)

เพื่อให้การสื่อสารทางวิชาการเป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับมาตรฐานการตีพิมพ์นานาชาติ กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จึงได้กำหนดจริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสาร ตามบทบาทหน้าที่ดังนี้

1. หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ (Duties of Editors)

1.1 บรรณาธิการมีหน้าที่พิจารณาและตรวจสอบคุณภาพของบทความ เพื่อตีพิมพ์และเผยแพร่บทความในวารสารที่ตนรับผิดชอบ

1.2 บรรณาธิการจะต้องมีการตรวจสอบบทความในเรื่องการคัดลอกผลงานของผู้อื่น (Plagiarism) และการคัดลอกผลงานของตนเอง (Self-Plagiarism) ในบทความอย่างจริงจัง โดยการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

1.3 หากในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ บรรณาธิการตรวจพบการคัดลอกผลงาน บรรณาธิการจะต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เพื่อขอคำชี้แจง เพื่อประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้น ๆ

1.4 บรรณาธิการต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เมื่อตรวจพบการคัดลอกผลงานในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ เพื่อขอคำชี้แจงและประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้น ๆ

1.5 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลของ ผู้นิพนธ์ และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

1.6 ในการคัดเลือกบทความตีพิมพ์ บรรณาธิการต้องตัดสินใจเลือกบทความหลังจากผ่านกระบวนการประเมินบทความแล้ว โดยพิจารณาจากความใหม่ ความสำคัญ ความชัดเจน ของเนื้อหาที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารเป็นสำคัญ

1.7 บรรณาธิการต้องไม่มีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้พิมพ์และผู้ประเมิน

1.8 บรรณาธิการต้องตีพิมพ์บทความที่ไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่แหล่งตีพิมพ์อื่น

2. บทบาทและหน้าที่ของผู้พิมพ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้พิมพ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้น เป็นผลงานใหม่และไม่มีการส่งให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์ในช่วงเวลาเดียวกัน

2.2 ผู้พิมพ์จะต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง ให้ปรากฏในผลงานของตน หากมีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้ในผลงานของตน รวมทั้งจัดทำรายการอ้างอิงท้ายบทความ

2.3 ผู้พิมพ์ต้องเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยโดยให้เป็นไปตามข้อกำหนดของวารสารนี้ และถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้ใน “คำแนะนำการตีพิมพ์”

2.4 ผู้พิมพ์ร่วม (Co-author) ทุกคนที่มีชื่อปรากฏในบทความ จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยจริง

2.5 ผู้พิมพ์ต้องรายงานข้อเท็จจริงและผลที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัย โดยไม่ควรมีการบิดเบือนข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ

2.6 ในกรณีที่เขียนบทความวิจัย ผู้พิมพ์ต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนในการทำวิจัยนี้

3. บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ (Duties of Reviewers)

3.1 เมื่อผู้ประเมินบทความได้รับบทความจากบรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความทราบอยู่แล้วว่า ตนเองอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้พิมพ์ เช่น เป็นผู้ร่วมโครงการ หรือรู้จักผู้พิมพ์เป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลอื่น ๆ ที่อาจทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้น ๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญโดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขาวิชานั้น ๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยไม่ควรรู้จักความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินใจบทความหรืองานวิจัยนั้น ๆ

3.3 หากผู้นิพนธ์มีได้อ้างถึงผลงานวิจัยที่สำคัญ ๆ และสอดคล้องกับบทความเข้าไปในการประเมินบทความผู้ประเมินบทความต้องระบุเข้าไปในบทความที่กำลังประเมินด้วย เพื่อให้บทความเกิดคุณค่าในเชิงวิชาการเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ หากมีส่วนใดของบทความที่มีความเหมือน หรือซ้ำซ้อนกับผลงานชิ้นอื่น ๆ ผู้ประเมินบทความต้องแจ้งให้บรรณาธิการทราบด้วย

3.4 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ ผู้ประเมินบทความต้องรักษาความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลบางส่วนหรือทุกส่วนของบทความที่ส่งมาเพื่อพิจารณาแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง