



ปีที่ 13 ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน 2567
Vol. 13 Issue 1 January - June 2024



RAMKHAMHAENG LAW JOURNAL

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

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



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 13 ฉบับที่ 1

สภานายกสภามหาวิทยาลัย

ขอชื่นชมคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ที่ได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ อย่างต่อเนื่อง โดยปัจจุบันก้าวเข้าสู่ปีที่ 13 ซึ่งวารสารนี้ได้ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม มีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร การพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างมหาวิทยาลัยกับหน่วยงานของรัฐและเอกชน ในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์



ในโอกาสนี้ ในนามของสภามหาวิทยาลัย ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยการให้คณะผู้จัดทำวารสาร คณาจารย์ และนักศึกษาทุกท่าน มีสุขภาพร่างกายแข็งแรง มีความมุ่งมั่นแสวงหาความรู้ พัฒนาตนเองและประสบความสำเร็จในหน้าที่การงานตลอดไป



(นายวีระพล ตั้งสุวรรณ)
นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหงอย่างต่อเนื่องมาทุกปี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการส่งเสริมให้นักศึกษา บุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ได้นำผลงานทางวิชาการ งานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความทางวิชาการ ซึ่งการเผยแพร่ผลงานวิชาการและผลงานวิจัยทางนิติศาสตร์สู่สังคมมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งเพราะเป็นการนำผลการศึกษาที่ได้ไปใช้ประโยชน์ในทางวิชาการ การเรียน หรือในทางปฏิบัติเพื่อจะเป็นแนวทางในการศึกษาวิชานิติศาสตร์ต่อไป



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์นี้ นับว่ามีความสำคัญและเป็นความภาคภูมิใจของมหาวิทยาลัยรามคำแหง เนื่องจากเป็นเวทีสำหรับการนำเสนอผลงาน เผยแพร่และแลกเปลี่ยนความรู้ ตลอดจนแนวทางการพัฒนาของกฎหมายต่อไป

ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพ รวมทั้งبارมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้งคณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีสุขภาพกายสมบูรณ์ แข็งแรง และจิตใจที่เข้มแข็ง ปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวง มีความสุข ประสงค์สิ่งใด ขอให้ได้สมหวังตามที่ตั้งใจทุกประการ



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)

ประธานกรรมการส่งเสริมกิจการมหาวิทยาลัย
กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง รักษาการแทน
อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคนบดีคณะนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหงได้ตระหนักถึงความสำคัญของการเผยแพร่ผลงานวิจัยและวิชาการ เพื่อกระตุ้นให้นักศึกษา อาจารย์ และนักกฎหมายมีส่วนร่วมและสนใจในการทำผลงานทางวิชาการมากขึ้น จึงได้จัดทำวารสารรามคำแหงฉบับนิติศาสตร์ขึ้นเป็นประจำทุกปี ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2555 จนถึงปัจจุบัน โดยได้ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ซึ่งวารสารฉบับนี้มีความสำคัญอย่างยิ่งในการส่งเสริมให้นักศึกษาบุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยได้นำผลงานทางวิชาการและงานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชน โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ในนามของคณะผู้จัดทำ หวังเป็นอย่างยิ่งว่าวารสารฉบับนี้จักเป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมาย นักศึกษา และบุคคลทั่วไปที่มีความสนใจทางด้านกฎหมายต่อไป



ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยพรให้ทุกท่าน ประสบแต่ความสุข ความเจริญ สุขภาพร่างกายแข็งแรง และให้สามารถทำหน้าที่ของท่านอย่างเต็มที่และอย่างดีที่สุด เพื่อสร้างประโยชน์สุขแก่สังคมและประเทศชาติสืบต่อไป

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์แพรวพรรณ หลายปัญญา)

กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง รักษาการแทน

คนบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมาย เพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้ง เปิดรับบทความรับเชิญเกี่ยวกับบทวิจารณ์หนังสือและหรือคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกลุ่มเป้าหมาย ของวารสารฯ คือ นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชน ผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษเพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่าน อย่างไรก็ตาม กองบรรณาธิการ ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความ ซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

1. เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการ งานวิจัยของบุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ในสาขานิติศาสตร์
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้นักศึกษา บุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ได้นำผลงาน ทางวิชาการ งานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความทางวิชาการ
3. เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร การพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมายระหว่าง มหาวิทยาลัยกับหน่วยงานของรัฐ และเอกชน
4. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า การอ้างอิง ตลอดจนแนวทางการพัฒนาของ กฎหมาย

บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่าน จากจุดเริ่มต้นของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ที่จัดทำขึ้นเพื่อเป็นสื่อกลางการเผยแพร่บทความทางวิชาการและบทความวิจัยในสาขานิติศาสตร์ นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2555 บัดนี้ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้ดำเนินการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มาอย่างต่อเนื่องจนก้าวเข้าสู่ปีที่ 13

ในปี พ.ศ. 2567 นี้ กองบรรณาธิการยังคงร่วมแรงร่วมใจปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถในการจัดทำวารสารและยกระดับวารสารให้มีคุณภาพและมาตรฐานอันจะนำมาซึ่งประโยชน์ในการแลกเปลี่ยนองค์ความรู้ทางวิชาการผ่านงานเขียนด้านนิติศาสตร์ต่อไป

ดิฉันในนามกองบรรณาธิการ ขอขอบพระคุณผู้สนับสนุนบทความทุกท่านที่ได้สละเวลาอันทรงคุณค่าในการเขียนสาระความรู้ที่เป็นประโยชน์ในสาขานิติศาสตร์ และขอขอบพระคุณคณะกรรมการทุกท่านที่มุ่งมั่นทุ่มเทในการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 13 ฉบับที่ 1 ให้สามารถจัดพิมพ์ออกสู่สายตาผู้อ่านได้โดยสำเร็จลุล่วงด้วยดี

ขอขอบพระคุณ

บรรณาธิการ

สารบัญ

หน้า

บทความวิชาการ

สภาพบุคคลตามกฎหมายของปัญญาประดิษฐ์ จำเป็นหรือไม่ ? ปรีดา โชติมานนท์	1
ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอายุความและระยะเวลาในการบอกล้างโมฆียะกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณ์กมล ประเสริฐศักดิ์	35
การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแพ่งสำหรับคดีซื้อขายออนไลน์ พิชญ์ วิทยารัฐ ภคิน อัครธีรภาพ	57
หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในบริบทอาเซียน: เปรียบเทียบกับกฎบัตรสหประชาชาติ ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์	77

บทความวิจัย

มาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำของประเทศไทย หลังการเข้าร่วม OECD BEPS Project: ศึกษาแนวทางการกำหนดมาตรการของ กลุ่มสหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย กิตติยา พฤษการุ่งเรือง	103
การศึกษาเปรียบเทียบและพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเรา ปณณวิช ทัพภวิมล และคณะ	143
ปัญหากฎหมายว่าด้วยหนี้ของเทศบาลที่ส่งผลต่อหนี้สาธารณะ: ศึกษาเฉพาะมาตรการการจัดการและการปรับโครงสร้างหนี้ ดิณณ์ลภัส ชูพันธ์ ใจวัน มณฑล อรรถพลกุล	167
จิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้พัฒนาการรัฐธรรมนูญไทย มงคล เจริญจิตต์	193

	หน้า
ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การขอพิจารณาทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัย ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติที่มีผลกระทบต่อผู้ถูกกล่าวหา กานต์ชนก จุฑะศรี	233
ปัญหาการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน: ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ประวีณธิดา จารุณิล	267
บทความรับเชิญ	
คำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ: ภาษีเงินได้จากการโอนหุ้นสำรองของบริษัทจำกัด ไปเป็นกำไรสะสม สรพร สรรพัชญา	309

สภาพบุคคลตามกฎหมายของปัญญาประดิษฐ์
จำเป็นหรือไม่ ?

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปรีดา โชติมานนท์

สภาพบุคคลตามกฎหมายของปัญญาประดิษฐ์ จำเป็นหรือไม่ ? Legal Personality of Artificial Intelligence: Necessary or Not ?

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปริดา โชติมานนท์*
Assistant Professor Dr.Preeda Showtimanon

บทคัดย่อ

ปัจจุบันแนวความคิดเรื่อง สภาพบุคคลตามกฎหมายสำหรับปัญญาประดิษฐ์ เป็นหัวข้อที่มีความสำคัญเพิ่มมากขึ้นในขอบเขตทางกฎหมายและจริยธรรม คำถามพื้นฐานที่ว่าปัญญาประดิษฐ์ควรมีสภาพบุคคลตามกฎหมายหรือไม่ นำมาซึ่งการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เช่น จิตสำนึกของปัญญาประดิษฐ์ การตระหนักรู้ในตนเอง และศีลธรรมของปัญญาประดิษฐ์ โดยเฉพาะความซับซ้อนในการกำหนดคุณลักษณะว่าหลักเกณฑ์ใดที่ปัญญาประดิษฐ์ควรมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย หลายประเทศมีกฎหมายเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ หากแต่ยังมิได้มีการกล่าวถึงสภาพบุคคลของปัญญาประดิษฐ์ในทางกฎหมายแต่อย่างใด แต่โดยส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นไปที่การใช้งานที่มีความโปร่งใสปราศจากอคติ การใช้งานอย่างมีความรับผิดชอบ และการปกป้องข้อมูลส่วนบุคคล เป็นหลัก

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มหาวิทยาลัยรามคำแหง; ร.บ. (การเมืองการปกครอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; ศศ.ม. (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง; LL.M. in International Trade Law, Northumbria University (Newcastle), UK; LL.M. in Criminal Law and Procedure (With Merit), University of Sunderland, UK; น.ด. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; ประกาศนียบัตรคุณวุฒิวิชาชีพ สาขาความมั่นคงปลอดภัยทางดิจิทัลและส่วนบุคคล (เจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลภาครัฐ ระดับ 7). E-mail: preeda.s@ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; Personal Data Protection Committee, Ramkhamhaeng University; B.A. in Political Science (Politics and Government) Thammasat University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. in International Trade Law, Northumbria University (Newcastle), UK; LL.M. in Criminal Law and Procedure (With Merit), University of Sunderland, UK; LL.D. Ramkhamhaeng University; Certificate of Professional Qualification in Digital Security and Privacy (Data Protection Officer, Level 7).

วันที่รับบทความ (received) 25 ธันวาคม 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 3 เมษายน 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 14 พฤษภาคม 2567.

วิวัฒนาการของแนวคิดในการให้สภาพบุคคลแก่สิ่งหนึ่งสิ่งใดที่มีใช้มนุษย์มีมาอย่างต่อเนื่องยาวนานบนพื้นฐานของเหตุผลที่แตกต่างกัน เช่น การให้สภาพบุคคลกับทาสในสมัยโบราณ การให้สภาพบุคคลกับบริษัท การให้สภาพบุคคลกับแม่น้ำ (แม่น้ำวังกานุย เมืองมานาวาตู ประเทศนิวซีแลนด์) การให้สิทธิทางกฎหมายแก่ทะเลสาบ (ทะเลสาบอีรี เมืองโทลิโด รัฐโอไฮโอ ประเทศสหรัฐอเมริกา) เป็นต้น ซึ่งสภาพบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้เหล่านั้น นำมาซึ่งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมายในเวลาต่อมาด้วยเช่นกัน เช่น สิทธิในการถือครองทรัพย์สิน สิทธิในการฟ้องร้อง หรือถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น

หนึ่งในประเด็นสำคัญที่สนับสนุนให้ปัญญาประดิษฐ์มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ก็คือ “ความรับผิดชอบ” เนื่องจากปัจจุบันระบบปัญญาประดิษฐ์ถูกสร้างและดำเนินการโดยมนุษย์ ซึ่งหมายความว่าระบบเหล่านี้อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลโดยมนุษย์ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์มีความก้าวหน้า ทำให้ปัญญาประดิษฐ์สามารถคิดและตัดสินใจได้เอง จึงกลายเป็นเรื่องยากมากขึ้นสำหรับมนุษย์ที่จะรับผิดชอบอย่างเต็มที่ต่อการตัดสินใจหรือการสร้างสรรค์ของปัญญาประดิษฐ์ ดังนั้น หากปัญญาประดิษฐ์ได้รับสภาพบุคคลตามกฎหมาย ก็หมายความว่า ปัญญาประดิษฐ์สามารถรับผิดชอบต่อการกระทำและการตัดสินใจของตนได้ สิ่งนี้จะผลักระบบความรับผิดชอบต่อมนุษย์ไปสู่ระบบปัญญาประดิษฐ์เอง อันเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับระบบปัญญาประดิษฐ์ที่สามารถทำการตัดสินใจหรือดำเนินการได้เอง

หนึ่งในประเด็นสำคัญที่คัดค้านมิให้ปัญญาประดิษฐ์มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ก็คือ “นักพัฒนาและผู้ผลิตอาจละทิ้งความรับผิดชอบ” เนื่องจากปัจจุบัน นักพัฒนาและผู้ผลิตต้องรับผิดชอบต่ออันตรายใด ๆ ที่เกิดจากระบบปัญญาประดิษฐ์ของตนที่ได้พัฒนาหรือสร้างขึ้น ดังนั้น หากปัญญาประดิษฐ์ได้รับสภาพบุคคลทางกฎหมายแล้ว ความรับผิดชอบต่าง ๆ อาจถูกถ่ายโอนมายังปัญญาประดิษฐ์ได้ ทำให้นักพัฒนาและผู้ผลิตมิได้ให้ความสำคัญกับความรับผิดชอบของตนอย่างเต็มที่

คำตอบของคำถามที่ว่าสภาพบุคคลบุคคลตามกฎหมายของปัญญาประดิษฐ์จำเป็นหรือไม่? นั้นในวงการวิชาการปัจจุบันก็ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ และยังไม่มียุติประเทศใดที่รับรองสภาพทางกฎหมายของปัญญาประดิษฐ์อย่างเป็นทางการ กับทั้งฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายคัดค้าน มีประเด็นประกอบหลักเหตุผลที่หนักแน่นด้วยกันทั้งสองฝ่าย หากแต่เป็นมุมมองที่แตกต่างกันเท่านั้น การให้สภาพบุคคลกับปัญญาประดิษฐ์เป็นประเด็นที่ซับซ้อน ละเอียดอ่อนที่ต้องอาศัยความรอบคอบอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นประเด็นที่จะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อระบบกฎหมายตามมา เช่น ประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชน ประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับปัญญาประดิษฐ์ ตลอดจนผลกระทบทางโครงสร้างทางสังคมในวงกว้างที่อาจมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงภูมิทัศน์ของปัญญาประดิษฐ์ไปตลอดกาล หากแต่ในทางปฏิบัติ อาจไม่จำเป็นต้องมอบสถานะทางกฎหมายให้แก่ปัญญาประดิษฐ์โดยตรงเพื่อจัดการกับผลทางกฎหมายที่ต้องการแต่อาจใช้วิธีการหรือเครื่องมือทางกฎหมายอื่น ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์

เดียวกัน เช่น การสร้างมาตรฐานการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ที่เฉพาะเจาะจงเพื่อเพิ่มความระมัดระวังมากขึ้น การรับมือกับความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้งานปัญญาประดิษฐ์อาจพัฒนากองทุนความรับผิด หรือกำหนดให้มีการทำประกันความเสียหายจากการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ในบางสถานการณ์ เป็นต้น

คำสำคัญ: ปัญญาประดิษฐ์, สภาพบุคคลตามกฎหมาย, บุคคลธรรมดา

Abstract

The concept of legal personality for artificial intelligence is a topic of increasing importance in the legal and ethical realm. The fundamental question is whether artificial intelligence should be granted legal personal status. This brings into consideration factors such as the consciousness of artificial intelligence, self-awareness and the morality of artificial intelligence. In particular, it is complicated to define the criteria under which artificial intelligence should have legal personality. Many countries have laws regarding artificial intelligence, but the status of artificial intelligence in the law has not yet been discussed. Most of them focus on being transparent and free from bias, responsible use and protecting personal data.

The evolution of the concept of granting personal status to non-human beings has continued for a long time based on different reasons, such as granting personal status to slaves in ancient times, granting personal status to the company, giving personal status to the river (Whanganui River, Manawatu, New Zealand), granting rights to Lake Erie (Toledo, Ohio, United States), etc. The status of persons assigned by law bring rights, duties, and liabilities as well, such as right to own property, right to prosecute/be prosecuted in the judicial process.

One of the main reasons supporting artificial intelligence to be granted legal personality status is “responsibility” because at present artificial intelligence are created and operated by humans. This means that these systems are under human supervision. However, as artificial intelligence technology being developed, this allows artificial intelligence to think and make decisions on its own. It is becoming increasingly difficult for humans to take full responsibility for the decisions or creations of artificial intelligence. Therefore, if artificial intelligence is granted legal personality status, it means that artificial intelligence can take responsibility for its actions and decisions. This shifts the responsibility from humans to artificial intelligence systems. This is very important and necessary for artificial intelligence systems to be able to make decisions or take actions on their own.

One of the main reasons for opposition to artificial intelligence being granted legal personality is that “developers and manufacturers may relinquish their responsibilities” because currently developers and manufacturers are responsible for any harm caused by its own artificial intelligence system. Therefore, if artificial intelligence receives legal personality status, responsibilities and liabilities may be transferred to artificial intelligence. As a result, developers and manufacturers do not fully focus on their responsibilities.

To answer the question “Legal personality status of artificial intelligence, is it necessary?” at present there is still not enough clarity. In addition, no country has officially recognized the legal status of artificial intelligence. Both the proponents and adversaries present compelling arguments for their respective sides. But it’s just a different perspective. Granting personal status to artificial intelligence is a complex issue and delicate matter that requires extreme caution. This is because it is an issue that must take into account the impacts that may occur on the legal system, such as human rights issues, the relationship between humans and artificial intelligence issues as well as social structural impacts that could have the effect of changing the artificial intelligence landscape forever. In practice, it may not be necessary to directly grant legal status to artificial intelligence to achieve the desired legal effects. The other legal methods may be used to achieve the same objective, such as creating specific standards for the use of artificial intelligence to increase caution. Or to deal with liability arising from the use of artificial intelligence, liability fund may be developed or insurance against damage from the use of artificial intelligence in certain situations should be required, etc.

Keywords: artificial intelligence, legal personality, natural person

1. บทนำ

แนวคิดของสภาพบุคคลตามกฎหมาย หมายถึง การยอมรับสิ่งหนึ่งสิ่งใดว่ามีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมาย คล้ายคลึงกับสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของมนุษย์ อาทิ บริษัท เป็นนิติบุคคลประเภทหนึ่ง เป็นต้น แนวคิดในการให้สถานะบุคคลตามกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์ เริ่มมีการถกเถียงกันมากขึ้นเรื่อย ๆ เมื่อเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ก้าวหน้าและบูรณาการเข้ากับชีวิตประจำวันมากขึ้น เนื่องจากปัญญาประดิษฐ์มีศักยภาพที่จะส่งผลกระทบต่อสังคมในด้านต่าง ๆ รวมถึง การจ้างงาน การดูแลสุขภาพ และกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น คำถามเกี่ยวกับสภาพบุคคลตามกฎหมายสำหรับปัญญาประดิษฐ์ นั้น ทำให้เกิดประเด็นสำคัญตามมาหลายประการ กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง การมีสภาพบุคคลตามกฎหมายที่จะมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมาย ควรต้องมีสติปัญญาและจิตสำนึกด้วยหรือไม่ เนื่องจากเป็นความสามารถในการคิดอย่างมีเหตุผล ความสามารถในการสัมผัสอารมณ์ ความรู้สึก ดังนั้น ก่อนที่จะให้สภาพบุคคลกับปัญญาประดิษฐ์ จึงต้องพิจารณาก่อนว่าปัญญาประดิษฐ์มีคุณสมบัติใดบ้างที่สมควรได้รับการยอมรับดังกล่าว

ประการที่สอง การให้สภาพบุคคลตามกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์ ทำให้เกิดคำถามเกี่ยวกับ สิทธิและความรับผิดชอบที่เกิดขึ้น หากปัญญาประดิษฐ์ได้รับสภาพบุคคลตามกฎหมาย ควรจะมีสิทธิ และความรับผิดชอบอะไรบ้าง? ปัญญาประดิษฐ์ควรมีสิทธิเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ทำสัญญา และดำเนินคดี ในกระบวนการยุติธรรมหรือไม่? ปัญญาประดิษฐ์ควรรับผิดชอบต่อการกระทำของตนหรือไม่ และควรได้รับการลงโทษสำหรับความผิดอย่างไร?

ประการที่สาม การให้สภาพบุคคลตามกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์ มีผลกระทบต่อระบบกฎหมาย หากปัญญาประดิษฐ์ได้รับสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย เช่นเดียวกับมนุษย์ สิ่งนี้จะต้องมีระบบกฎหมายสำหรับการเปลี่ยนแปลงเพื่อปรับตัวรองรับความต้องการ และคุณลักษณะเฉพาะของปัญญาประดิษฐ์ ตัวอย่างเช่น หากปัญญาประดิษฐ์ถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรม จะถูกดำเนินคดีและลงโทษอย่างไร จะอยู่ภายใต้ระบบยุติธรรมทางอาญาเช่นเดียวกับมนุษย์ หรือจะต้องพัฒนาระบบใหม่เพื่อรองรับคุณลักษณะเฉพาะของปัญญาประดิษฐ์

ประการที่สี่ การให้สภาพบุคคลตามกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์มีผลกระทบต่อสังคมโดยรวม อันทำให้ต้องคิดใหม่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของมนุษย์กับเทคโนโลยีหรือไม่ และรวมถึงบทบาทของปัญญาประดิษฐ์ในชีวิตประจำวันที่มีความสัมพันธ์กับมนุษย์ในหลายมิติ ตลอดจนการพิจารณาผลกระทบทางจริยธรรมที่อาจเกิดขึ้น

การทำความเข้าใจและพิจารณาประเด็นต่าง ๆ ข้างต้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาเกี่ยวกับความเบื้องต้นว่าด้วยปัญญาประดิษฐ์ สภาพบุคคลตามกฎหมาย แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสภาพบุคคลตามกฎหมายของปัญญาประดิษฐ์ กฎหมายเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ในต่างประเทศ และประเด็นถกเถียงสำคัญเกี่ยวกับสภาพบุคคลตามกฎหมายของปัญญาประดิษฐ์

2. ความเบื้องต้นว่าด้วยปัญญาประดิษฐ์¹

“ปัญญาประดิษฐ์” เป็นคำกว้าง ๆ ที่ครอบคลุมเทคโนโลยีที่หลากหลาย ตั้งแต่อัลกอริทึม (Algorithm)² ง่ายไปจนถึงโครงข่ายประสาทเทียมที่ซับซ้อน ความสามารถของปัญญาประดิษฐ์จะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับเทคโนโลยีเฉพาะและวัตถุประสงค์ที่ได้รับการออกแบบ ตั้งแต่ความสามารถระดับพื้นฐานที่ต้องใช้สติปัญญาของมนุษย์ขั้นพื้นฐาน เช่น การจดจำรูปแบบ การคาดการณ์ และการเรียนรู้จากประสบการณ์ เป็นต้น ขณะที่ปัญญาประดิษฐ์ ที่มีความสามารถในระดับสูง สามารถทำงานที่ซับซ้อนยิ่งขึ้นได้ สามารถวิเคราะห์ข้อมูลจำนวนมากและระบุรูปแบบที่มนุษย์ทำได้ สามารถคาดการณ์เหตุการณ์ในอนาคตโดยอ้างอิงจากข้อมูลในอดีตได้ ปัจจัยที่ทำให้ปัญญาประดิษฐ์มีความสามารถมากขึ้นก็คือเทคโนโลยีการเรียนรู้เชิงลึกและโครงข่ายประสาทเทียมที่ได้รับการออกแบบมาเพื่อเลียนแบบโครงสร้างและการทำงานของสมองมนุษย์ ช่วยให้สามารถเรียนรู้และปรับตัวเข้ากับสถานการณ์ใหม่ ๆ ได้ ตัวอย่างเช่น สามารถฝึกโครงข่ายประสาทเทียมให้จดจำรูปภาพของแมวได้โดยการวิเคราะห์รูปภาพหลายพันรูปและระบุคุณลักษณะทั่วไปของแมวได้

สำหรับนิยามของปัญญาประดิษฐ์นั้น หมายถึง การจำลองกระบวนการทางปัญญาของมนุษย์ด้วยเครื่องจักร โดยระบบคอมพิวเตอร์ที่มีคุณสมบัติเฉพาะ กล่าวคือ กระบวนการเรียนรู้ การใช้เหตุผล การแก้ไขตนเอง และความคิดสร้างสรรค์ โดยแต่ละขั้นตอนมีความหมายสำคัญ ดังนี้

การเรียนรู้ (Learning) เป็นกระบวนการที่ปัญญาประดิษฐ์รวบรวมข้อมูลและสร้างกฎเกณฑ์ในการประมวลผลข้อมูลเหล่านั้น กฎเกณฑ์เหล่านี้สามารถใช้ตัดสินใจเกี่ยวกับสถานการณ์ที่เฉพาะเจาะจงเพื่อทำนายเหตุการณ์ในอนาคต หรือสร้างเนื้อหาใหม่ได้

การใช้เหตุผล (Reasoning) เป็นกระบวนการที่ปัญญาประดิษฐ์ใช้กฎเกณฑ์เพื่อสร้างข้อสรุปจากข้อมูลจำนวนมาก ตัวอย่างเช่น ปัญญาประดิษฐ์สามารถใช้ข้อมูลในการวินิจฉัยโรค ใช้ข้อมูลในการแนะนำการลงทุน หรือกำหนดเส้นทางการเดินทาง เป็นต้น

การแก้ไขตนเอง (Self-correction) เป็นกระบวนการที่ปัญญาประดิษฐ์สามารถปรับปรุงประสิทธิภาพของตนเองโดยการเรียนรู้จากประสบการณ์ที่ผ่านมา ตัวอย่างเช่น ปัญญาประดิษฐ์สามารถใช้ประสบการณ์ที่ผ่านมาในการปรับปรุงประสิทธิภาพของกลยุทธ์การซื้อขาย พัฒนาระบบอัลกอริทึมสำหรับการค้นหา หรือพัฒนาระบบการแนะนำให้เหมาะสมกับลูกค้า เป็นต้น

¹Tech Target, **What is Artificial Intelligence and How Does AI Work ?** [Online], available URL: <https://www.techtarget.com/searchenterpriseai/definition/AI-Artificial-Intelligence>, 2023 (November, 10).

²“อัลกอริทึม” (Algorithm) หรือ “ขั้นตอนวิธี” คือ ลำดับของขั้นตอนการคำนวณที่ใช้แก้ปัญหา โดยการเปลี่ยนข้อมูลนำเข้าของปัญหา (Input) ออกมาเป็นผลลัพธ์ (Output) ขั้นตอนวิธีดังกล่าวนี้จะสามารถนำมาเขียนเป็นโปรแกรมในคอมพิวเตอร์ได้.

ความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) เทคโนโลยีโครงข่ายประสาทเทียม (neural networks) ระบบตามกฎเกณฑ์ (rules-based systems) วิธีการทางสถิติ (statistical methods) และเทคนิคปัญญาประดิษฐ์อื่น ๆ ทำให้ปัญญาประดิษฐ์สามารถสร้างรูปภาพ ข้อความใหม่ เพลงใหม่ และแนวคิดใหม่ ได้

ความสามารถที่สำคัญอีกประการหนึ่งของปัญญาประดิษฐ์ คือ ความสามารถในการโต้ตอบกับมนุษย์ ปัญญาประดิษฐ์สามารถออกแบบให้สื่อสารกับมนุษย์ผ่านการประมวลผลภาษาธรรมชาติ (Natural Language Processing) ทำให้สามารถเข้าใจและตอบสนองต่อภาษาของมนุษย์ได้ เทคโนโลยีนี้ได้ถูกนำไปใช้ในแอปพลิเคชันต่าง ๆ เช่น ผู้ช่วยเสมือน และแชทบอท เป็นต้น³ ปัญญาประดิษฐ์ยังสามารถตัดสินใจและดำเนินการตามข้อมูลที่ได้รับ สิ่งนี้เรียกว่าการตัดสินใจอัตโนมัติ และเป็นคุณลักษณะสำคัญของปัญญาประดิษฐ์ขั้นสูงหลายรูปแบบ ตัวอย่างเช่น ยานพาหนะขับเคลื่อนอัตโนมัติสามารถตัดสินใจเกี่ยวกับวิธีการนำทางในสภาพแวดล้อมที่ซับซ้อนโดยพิจารณาจากเซ็นเซอร์และข้อมูลที่รวบรวมได้⁴

เทคโนโลยีเบื้องหลังปัญญาประดิษฐ์ที่ได้รับการพัฒนาเหล่านี้ ทำให้ปัญญาประดิษฐ์สามารถเรียนรู้จากข้อมูล สร้างความรู้ความเข้าใจ และแสดงผลออกมาในรูปแบบที่มีความหมายได้ ไม่ว่าจะเป็นการตอบคำถาม การทำนายข้อมูล หรือการวิเคราะห์ภาพ ซึ่งเป็นประโยชน์และมีคุณค่าในชีวิตประจำวันของมนุษย์อย่างยิ่ง

ปัญญาประดิษฐ์สามารถจำแนกได้ 3 ประเภท คือ ปัญญาประดิษฐ์ที่แคบหรืออ่อนแอ (Narrow AI หรือ Weak AI) ปัญญาประดิษฐ์ทั่วไปหรือที่แข็งแกร่ง (General AI หรือ Strong AI) และซูเปอร์ปัญญาประดิษฐ์ (Super AI) โดยแต่ละประเภทมีรายละเอียด ดังนี้

2.1 ปัญญาประดิษฐ์ที่แคบหรืออ่อนแอ (Narrow AI หรือ Weak AI)

ปัญญาประดิษฐ์ที่แคบหรืออ่อนแอได้รับการออกแบบมาเพื่อทำงานเฉพาะเจาะจง ไม่ซับซ้อน เช่น การจดจำเสียง การแปลภาษา การเล่นเกม หรือการเล่นหมากรุก ปัญญาประดิษฐ์ประเภทนี้มักใช้อัลกอริทึมการเรียนรู้ของเครื่อง (Machine Learning) เพื่อเรียนรู้จากข้อมูลและปรับปรุงประสิทธิภาพของการทำงาน ตัวอย่างของปัญญาประดิษฐ์ที่แคบหรืออ่อนแอ ได้แก่

³Expert.ai Team, **Natural Language Processing Systems in AI** [Online], available URL: <https://www.expert.ai/blog/examples-natural-language-processing-systems-artificial-intelligence/>, 2023 (November, 10).

⁴IBM, **Data and AI Team AI vs. Machine Learning vs. Deep Learning vs. Neural Networks: What's the difference?** [Online], available URL: <https://www.ibm.com/blog/ai-vs-machine-learning-vs-deep-learning-vs-neural-networks/>, 2023 (November, 10).

2.1.1 Siri และ Alexa ของ Amazon ซึ่งเป็นระบบผู้ช่วยดิจิทัลที่สามารถใช้เพื่อควบคุมอุปกรณ์ ตั้งค่าการแจ้งเตือน และค้นหาข้อมูล

2.1.2 Google Translate ซึ่งเป็นระบบแปลภาษาที่สามารถใช้เพื่อแปลข้อความจากภาษาหนึ่งเป็นอีกภาษาหนึ่ง

2.1.3 AlphaGo ซึ่งเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถเอาชนะแชมป์โลกหมากรุก Go ได้

2.2 ปัญญาประดิษฐ์ทั่วไปหรือที่แข็งแกร่ง (General AI หรือ Strong AI)

เป็นปัญญาประดิษฐ์ที่ออกแบบมาเพื่อทำงานได้หลากหลายและคล้ายกับมนุษย์มากขึ้น ปัญญาประดิษฐ์ประเภทนี้ยังอยู่ในช่วงของการพัฒนาขึ้นมา แต่นักวิจัยเชื่อว่าในอนาคต ปัญญาประดิษฐ์ประเภทนี้จะสามารถเรียนรู้และเข้าใจโลกได้เหมือนกับมนุษย์ และสามารถทำงานได้หลากหลายรูปแบบ เช่น เขียนหนังสือ วาดภาพ แต่งเพลง หรือแม้แต่คิดสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ เป็นต้น จึงอาจกล่าวได้ว่าปัญญาประดิษฐ์ประเภทนี้มีความสามารถในการทำงานที่ใช้สติปัญญาดังเช่นที่มนุษย์สามารถทำได้ สามารถเข้าใจและเรียนรู้ได้ และนำความรู้ไปปรับใช้ในลักษณะที่คล้ายกับสติปัญญาของมนุษย์ ระบบเหล่านี้ยังคงอยู่ในช่วงของการพัฒนา ตัวอย่างปัญญาประดิษฐ์ทั่วไปหรือที่แข็งแกร่ง มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

2.2.1 สามารถเรียนรู้และเข้าใจโลกได้เหมือนกับมนุษย์

2.2.2 สามารถทำงานได้หลากหลายรูปแบบ เช่น เขียนหนังสือ วาดภาพ แต่งเพลง หรือแม้แต่คิดสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ

2.2.3 สามารถเข้าใจและตอบสนองต่ออารมณ์ของมนุษย์

2.2.4 มีความสามารถในการตัดสินใจอย่างมีเหตุผล

2.2.5 มีความสามารถในการแก้ไขปัญหาที่ซับซ้อน

2.3 ซุปเปอร์ปัญญาประดิษฐ์ (Super AI)

เป็นปัญญาประดิษฐ์ประเภทหนึ่งที่เหนือกว่าความฉลาดของมนุษย์และสามารถทำงานได้ดีกว่ามนุษย์ ซุปเปอร์ปัญญาประดิษฐ์ไม่เพียงแต่เข้าใจความรู้สึกและมีประสบการณ์ดังเช่นมนุษย์เท่านั้น แต่ยังมีอารมณ์ ความรู้สึก และความปรารถนาใกล้เคียงกับมนุษย์ และมีความสามารถในการตัดสินใจ และการแก้ปัญหาเหนือกว่ามนุษย์มาก หากแต่ซุปเปอร์ปัญญาประดิษฐ์ยังคงเป็นสมมุติฐานและจินตนาการเท่านั้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น มีความเชื่อกันว่า ในอนาคตปัญญาประดิษฐ์ทั่วไปหรือที่แข็งแกร่งจะสามารถพัฒนาขึ้นมาได้และจะมีบทบาทสำคัญในหลาย ๆ ด้านของชีวิตมนุษย์ เช่น การศึกษา (สอนหนังสือ) การแพทย์ (วินิจฉัยโรคและทำการรักษา) การขนส่ง (การควบคุมยานพาหนะ) หรือการผลิต (เพื่อควบคุมเครื่องจักร ปรับปรุงประสิทธิภาพการผลิต) เป็นต้น โดยเฉพาะสถานการณ์ปัจจุบันของพัฒนาการ

เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ที่ก้าวหน้าอย่างรวดเร็วในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา ทั้งจากพลังการประมวลผลที่เพิ่มขึ้นอย่างทวีคูณและความพร้อมของข้อมูลจำนวนมาก ทำให้อุตสาหกรรมปัญญาประดิษฐ์มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและมีความซับซ้อนมากขึ้น มีการนำไปใช้ในงานที่หลากหลาย ตั้งแต่การซื้อขายสินค้าทางออนไลน์ การวินิจฉัยโรค ไปจนถึงการขับอัตโนมัติ จึงทำให้เกิดคำถามทางกฎหมายและจริยธรรมที่สำคัญ รวมถึงประเด็นเกี่ยวกับสภาพบุคคลตามกฎหมาย

3. สภาพบุคคลตามกฎหมาย

สภาพบุคคลตามกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ สภาพบุคคลโดยธรรมชาติ และสภาพบุคคลโดยผลของกฎหมาย⁵ แต่ละประเภทมีรายละเอียด ดังนี้

“สภาพบุคคลโดยธรรมชาติ” กฎหมายได้รับรองสภาพบุคคลให้กับมนุษย์ทุกคน ที่ให้สิทธิและหน้าที่แก่มนุษย์ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการแสดงออก สิทธิในความเป็นส่วนตัว และสิทธิในการได้รับกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น

“สภาพบุคคลโดยผลของกฎหมาย” สภาพบุคคลตามกฎหมายเป็นแนวคิดที่มีความเกี่ยวข้องกับมนุษย์มาโดยตลอด การให้สภาพบุคคลกับสิ่งมีชีวิตหรือสิ่งของที่ไม่ใช่มนุษย์ กล่าวคือ เป็นการยอมรับว่าสิ่งนั้นมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมาย ดังเช่น “นิติบุคคล” ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติและรับรองว่าเป็นบุคคลแม้ว่าจะไม่มีชีวิตเหมือนกับบุคคลธรรมดา นิติบุคคลเกิดจากการรวมตัวของบุคคลธรรมดาและได้มีการจดทะเบียนตามกฎหมาย หรือมีกฎหมายรับรองว่าเป็นนิติบุคคล หรือเมื่อได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่⁶ อันทำให้มีสิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิในการทำสัญญา สิทธิในกระบวนการยุติธรรม หรือสิทธิอื่นใดที่กฎหมายกำหนดให้ไว้

ในอดีต มีมุมมองที่หลากหลายเกี่ยวกับสภาพบุคคลตามกฎหมาย เช่น ในกฎหมายโรมันโบราณ ทาสไม่ถือว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายและไม่มีสิทธิภายใต้กฎหมาย หากแต่เป็นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุในการซื้อขาย⁷ ขณะที่ในช่วงที่ผ่านมา มีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดทางสังคมไปสู่การยอมรับแนวคิด

⁵Prime Legal. **Legal personhood of artificial intelligence system** [Online], available URL: https://primelegal.in/2020/12/22/legal-personhood-of-artificial-intelligence-system/#_ftn1, 2023 (November, 11).

⁶ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 196.

⁷Peter Van den berg, “Slaves: persons or property? The Roman law on slavery and its reception in Western Europe and its overseas territories,” **Osaka University law Review** 63 (February 2016): 171.

เรื่องสิทธิมนุษยชนมากขึ้น ที่เห็นว่ามนุษย์ทุกคนเป็นบุคคลที่มีสิทธิโดยธรรมชาติ โดยแนวคิดนี้ถือว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพโดยกำเนิด ซึ่งรวมถึงสิทธิในการมีชีวิต สิทธิในการเสรีภาพ สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิในการพูด สิทธิในการนับถือศาสนา และสิทธิในการรวมกลุ่ม⁸

แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางมากขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 20 จากการประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights) ปฏิญญานี้ถือเป็นเอกสารสำคัญที่รับรองสิทธิมนุษยชนของมนุษย์ทุกคนโดยไม่แบ่งแยกเชื้อชาติ เพศ ศาสนา หรือสถานะทางสังคม การเปลี่ยนแปลงทางสังคมนำไปสู่การยอมรับมนุษย์ทุกคนว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายที่มีสิทธิโดยธรรมชาติ มีผลกระทบอย่างกว้างขวางต่อสังคมและกฎหมาย⁹ ตัวอย่างเช่น กฎหมายหลายประเทศเริ่มให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนมากขึ้น สิทธิมนุษยชนกลายเป็นมาตรฐานสากลที่ทุกประเทศควรปฏิบัติตาม นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลงทางสังคมยังนำไปสู่การพัฒนาแนวคิดเรื่องความเท่าเทียมกันระหว่างมนุษย์ แนวคิดนี้ถือว่ามนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีและคุณค่าเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะมีความแตกต่างในด้านใดก็ตาม¹⁰

การพัฒนาหลักการและแนวความคิดในเรื่องบุคคลตามกฎหมายเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีแนวคิดที่ซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งมีการพัฒนาอย่างมีนัยสำคัญโดยได้รับอิทธิพลจากมุมมองทางปรัชญาโบราณเป็นพื้นฐาน กล่าวคือ ปรัชญาโบราณที่มีมุมมองเกี่ยวกับบุคคลตามกฎหมายมีความหลากหลายและซับซ้อนเกี่ยวกับบุคคลตามกฎหมาย ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ตัวอย่างแนวคิดเรื่องสิทธิ นักปรัชญาโบราณต่างตระหนักถึงสิทธิของบุคคลในฐานะพลเมือง นักปรัชญาชาวกรีกโบราณ เช่น อริสโตเติล ได้เสนอแนวคิดเรื่องสิทธิพลเมือง (Citizen's Rights) ที่เชื่อว่าบุคคลทุกคนในฐานะพลเมืองมีสิทธิบางอย่างที่ควรได้รับการคุ้มครอง เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง เป็นต้น¹¹

⁸Richard H. Helmholz, *Fundamental Human Rights in Medieval Law (Fulton Lectures 2001)* [Online], available URL: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=fulton_lectures, 2023 (November, 11).

⁹United Nations, *Universal Declaration of Human Rights* [Online], available URL: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, 2023 (November, 11).

¹⁰Hurst Hannum, "The status of the universal declaration of human rights in national and international law," *Georgia Journal of International & Comparative Law* 25 (1995): 289.

¹¹Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Aristotle's Political Theory* [Online], available URL: <https://plato.stanford.edu/entries/aristotle-politics/>, 2023 (November, 18).

ตัวอย่างแนวคิดเรื่องหน้าที่ นักปรัชญาโบราณต่างเชื่อว่าบุคคลมีหน้าที่บางอย่างที่ต้องปฏิบัติตาม นักปรัชญาชาวจีนโบราณ เช่น ขงจื๊อ และเม่งจื๊อ ได้เสนอแนวคิดเรื่องหน้าที่พลเมือง (Citizen's Duties) ที่เชื่อว่าบุคคลทุกคนในฐานะพลเมืองมีหน้าที่บางอย่างที่ต้องปฏิบัติตาม เช่น หน้าที่ในการเคารพกฎหมาย หน้าที่ในการปกป้องประเทศชาติ หน้าที่ในการช่วยเหลือผู้อื่น เป็นต้น¹²

ตัวอย่างแนวคิดเรื่องความเสมอภาค นักปรัชญาโบราณต่างเชื่อว่าบุคคลมีความเท่าเทียมกัน ภายใต้กฎหมาย นักปรัชญาชาวกรีกโบราณ เช่น โซเครตีส และเพลโต ได้เสนอแนวคิดเรื่องความเสมอภาคตามกฎหมาย (Legal Equality) ที่เชื่อว่าบุคคลทุกคนในฐานะพลเมืองมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นฐานะทางสังคม เศรษฐกิจ หรือการเมืองที่แตกต่างกัน

ตัวอย่างแนวคิดทางปรัชญาโบราณเกี่ยวกับบุคคลตามกฎหมายที่ชัดเจน ได้แก่ แนวคิดของเพลโตที่เชื่อว่าบุคคลทุกคนเกิดมาพร้อมกับจิตวิญญาณที่บริสุทธิ์และเท่าเทียมกัน ด้วยเหตุนี้ บุคคลทุกคนจึงควรได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีฐานะทางสังคม เศรษฐกิจ หรือการเมืองที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ เพลโตยังเชื่อว่าบุคคลทุกคนมีหน้าที่ในการแสวงหาความรู้และความจริง ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงมีหน้าที่ในการให้การศึกษาแก่ประชาชน เพื่อให้ประชาชนสามารถมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹³ ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของอริสโตเติล ที่เชื่อว่าบุคคลทุกคนมีศักยภาพที่จะเจริญงอกงามเป็นพลเมืองที่ดีได้ ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงมีหน้าที่ในการส่งเสริมการศึกษาและการพัฒนาพลเมือง เพื่อให้พลเมืองสามารถมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศได้อย่างเหมาะสม¹⁴

แนวคิดต่าง ๆ เหล่านี้ได้ส่งผลกระทบต่อการพัฒนากฎหมายว่าด้วยเรื่องสถานะของบุคคล ในยุคต่อมาอย่างลึกซึ้ง แนวคิดเรื่องสิทธิพลเมือง หน้าที่พลเมือง และความเสมอภาคตามกฎหมาย ได้กลายเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายในยุคปัจจุบัน สภาพบุคคลที่ได้รับการพัฒนาโดยมีการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมาย จึงหมายถึงความรวมถึงสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองที่มอบให้กับสิ่งหนึ่งสิ่งใด หรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดตามกฎหมายหรือตามรัฐธรรมนูญ คำจำกัดความของ “สภาพบุคคล” มีการพัฒนาอยู่ตลอดเวลา โดยขยายไปยังกลุ่มต่าง ๆ ที่ถูกยกเว้นก่อนหน้านี้ เช่น ชาวอเมริกันเชื้อสายแอฟริกัน สตรี ทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น ดังตัวอย่างต่อไปนี้

¹²Sungmoon Kim, “Confucianism, Moral Equality, and Human Rights: A Mencian Perspective,” *The American Journal of Economics and Sociology* 74, 1 (January, 2015): 149.

¹³Internet Encyclopedia of Philosophy, **Plato: Political Philosophy** [Online], available URL: <https://iep.utm.edu/platopol/#SH2a>, 2023 (November, 12).

¹⁴Internet Encyclopedia of Philosophy, **Aristotle: Politics** [Online], available URL: <https://iep.utm.edu/aristotle-politics/>, 2023 (November, 12).

3.1 การขยายสภาพบุคคลทางกฎหมายไปยังองค์กร

นับตั้งแต่ยุคสมัยของสาธารณรัฐโรมันตอนปลายได้มอบสภาพบุคคลตามกฎหมายให้กับเทศบาลและบริษัทที่ดำเนินการงานสาธารณะ สภาพบุคคลของบริษัทเป็นตัวอย่างที่คุ้นเคยมากที่สุดของบุคคลที่กฎหมายรองรับสภาพที่ไม่ใช่มนุษย์ โดยได้รับการยอมรับว่าเป็นนิติบุคคลที่แยกจากมนุษย์มาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ซึ่งแนวคิดนี้เป็นส่วนหนึ่งของแนวคิดด้านนิติศาสตร์อเมริกันตั้งแต่ก่อนสงครามกลางเมือง ที่ต้องการอนุญาตให้บริษัทเข้าทำสัญญา ฟ้องคดี ถูกฟ้องคดี และถือครองทรัพย์สินได้ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ครั้งที่ 14 ได้เสริมแนวคิดนี้โดยให้ความคุ้มครองอย่างเข้มแข็งมากขึ้น กล่าวคือ มาตรา 1 ระบุว่า “บุคคลทุกคนที่เกิดหรือแปลงสัญชาติในสหรัฐอเมริกา และอยู่ภายใต้ดินแดนแห่งอำนาจดังกล่าว เป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกาและของรัฐที่พวกเขาอาศัยอยู่” และยักรวมถึงมาตรการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันที่ว่า “จะไม่มีรัฐใดที่ปฏิเสธการคุ้มครองทางกฎหมายที่เท่าเทียมกันแก่บุคคลใด ๆ ที่อยู่เขตอำนาจของตน” ข้อความนี้ถูกตีความว่ากฎหมายทุกฉบับต้องใช้กับพลเมืองทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งในเวลาต่อมาในปี ค.ศ. 1886 ศาลฎีกาแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. Supreme Court) ได้วินิจฉัยในคดี *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Company* (1886)¹⁵ โดยวางหลักไว้ว่า นิติบุคคลก็ต้องได้รับการคุ้มครองดังเช่นสภาพของบุคคลธรรมดาที่ได้มีการรับรองตามการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 เช่นกัน ซึ่งข้อถกเถียงอันเกิดจากคำวินิจฉัยดังกล่าวที่ว่า บริษัทต่าง ๆ ควรได้รับการรับรองในฐานะ “บุคคล” หรือไม่ เนื่องจากบริษัทไม่ใช่ประชาชนและไม่ควรได้รับสิทธิเช่นเดียวกับปัจเจกบุคคล และการรับรองให้บริษัทมีสภาพทางกฎหมายเช่นเดียวกับปัจเจกชน อาจนำไปสู่ความไม่สมดุลของอำนาจระหว่างองค์กรและบุคคลธรรมดาได้ ขณะที่ในอีกด้านหนึ่ง เห็นว่าสภาพบุคคลสำหรับองค์กรเป็นสิ่งจำเป็นในการทำงานและในการช่วยเหลือสังคม เพื่อให้บริษัทต่าง ๆ สามารถทำสัญญา เป็นเจ้าของทรัพย์สิน และรับผิดชอบต่อการกระทำของพวกเขาได้¹⁶ ทั้งนี้ การตีความโดยศาลฎีกาแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Company* (1886) นั้น เพื่อขยายการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญบางประการไปยังบริษัทต่าง ๆ โดยให้มีสภาพทางกฎหมายรูปแบบหนึ่งโดยยอมรับว่าบริษัทเป็น “บุคคล” ที่อยู่ภายใต้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 เช่นกัน และนำมาซึ่งแนวคิดในเรื่องบริษัทมีสิทธิและความรับผิดชอบเช่นเดียวบุคคลธรรมดาที่อยู่ภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา¹⁷

¹⁵*Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Company*, 118 U.S. 394 (1886).

¹⁶Ciara Torres-Spelliscy, *Does “We the People” Include Corporations ?* [Online], available URL: https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/we-the-people/we-the-people-corporations/, 2023 (November, 18).

¹⁷National Constitution Center, *Citizenship Rights, Equal Protection, Apportionment, Civil War Debt* [Online], available URL: <https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-xiv>, 2023 (November, 18).

บริษัทเป็นองค์กรนิติบุคคลที่สร้างขึ้นโดยมนุษย์และได้รับการยอมรับจากกฎหมายให้เป็นบุคคลทางกฎหมาย เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรืออุตสาหกรรม ทั้งนี้ บริษัทจะได้รับสภาพบุคคลตามกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนกับรัฐ และต้องปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องโดยบริษัทมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาหลายประการ เช่น สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิในการลงนามในสัญญา และสิทธิในการฟ้องร้องคดี สิทธิเหล่านี้ได้รับการรับรองโดยกฎหมายและทำให้บริษัทสามารถดำเนินธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ บริษัทจึงกลายเป็นเครื่องมือสำคัญในระบบเศรษฐกิจ ช่วยให้ผู้คนสามารถรวมตัวกันเพื่อทำงานร่วมกันเพื่อสร้างผลิตภัณฑ์และบริการได้

3.2 การขยายสภาพบุคคลทางกฎหมายไปยังทรัพยากรธรรมชาติ

สิทธิของทรัพยากรธรรมชาติเป็นแนวคิดที่ทำนายและซับซ้อน ยังไม่มีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่าทรัพยากรธรรมชาติควรได้รับการพิจารณาว่าเป็นบุคคลทางกฎหมายหรือไม่ หากทรัพยากรธรรมชาติได้รับการพิจารณาว่าเป็นบุคคลทางกฎหมาย อาจส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อวิธีการที่มนุษย์จัดการกับทรัพยากรธรรมชาติ ตัวอย่างเช่น อาจทำให้ทรัพยากรธรรมชาติได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายมากขึ้น และอาจทำให้มนุษย์ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ทำกับทรัพยากรธรรมชาติมากขึ้นเช่นกัน

บางประเทศมีแนวคิดที่ยอมรับว่าทรัพยากรธรรมชาติมีสิทธิตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 2017 ประเทศนิวซีแลนด์ได้มอบสภาพบุคคลในทางกฎหมายให้กับแม่น้ำวังกานุย หลังจากการรณรงค์อันยาวนานโดยชาวเมารีในท้องถิ่นซึ่งเชื่อว่าแม่น้ำวังกานุยเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีจิตวิญญาณและสมควรได้รับการปกป้อง รัฐสภาได้ตรา “Whanganui River Claims Settlement Act 2017” หรือ “พระราชบัญญัติเพื่อการคุ้มครองและเรียกร้องของแม่น้ำวังกานุย 2017” กำหนดให้แม่น้ำวังกานุยมีสภาพเป็นบุคคลตามกฎหมายที่มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับมนุษย์ แม่น้ำวังกานุยมีสิทธิที่จะดำรงอยู่ เจริญรุ่งเรือง และได้รับการเคารพจากมนุษย์ กรณีจึงถือเป็นก้าวสำคัญในการเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิของธรรมชาติ¹⁸

ในทำนองเดียวกัน ในปี ค.ศ. 2019 เมืองโทลิโด รัฐโอไฮโอผ่านกฎหมายสิทธิของทะเลสาบอีรี (Lake Erie Bill of Rights) โดยให้สิทธิแก่ทะเลสาบในการดำรงอยู่ เจริญรุ่งเรือง และพัฒนาตามธรรมชาติ กฎหมายนี้ได้รับการสนับสนุนและผลักดันจากกลุ่มสิ่งแวดล้อมและชุมชนท้องถิ่นซึ่งเชื่อว่าทะเลสาบอีรีเป็นระบบนิเวศที่มีความสำคัญและสมควรได้รับการปกป้อง โดยกำหนดให้เมืองหรือประชาชนที่อาศัยในเมืองใช้สิทธิในการฟ้องคดีแทนทะเลสาบอีรีได้ กฎหมายดังกล่าวนี้ถือเป็นก้าวสำคัญในการเคลื่อนไหวเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมในประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นกัน¹⁹

¹⁸New Zealand Legislation, *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017* [Online], available URL: available at <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html>, 2023 (November, 18).

¹⁹Ruchard Lazarus, *Rights for Lake Erie?* [Online], available URL: <https://harvardlawreview.org/blog/2019/04/rights-for-lake-erie/>, 2023 (November, 18).

การเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิของธรรมชาติกำลังเติบโตขึ้นเรื่อย ๆ ผู้คนจำนวนมากเริ่มตระหนักถึงความสำคัญของทรัพยากรธรรมชาติและต้องการปกป้องทรัพยากรเหล่านั้น เป็นไปได้ว่าในอีกไม่กี่ปีข้างหน้า อาจจะได้เห็นประเทศและเมืองต่าง ๆ ที่ยอมรับสิทธิของธรรมชาติมากขึ้น นอกจากนี้ ยังมีการเคลื่อนไหวที่สนับสนุนสิทธิทางกฎหมายของสัตว์ (Animal Personhood) โดยสนับสนุนให้สัตว์บางกลุ่มมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย เช่น ลิงใหญ่ โลมา และช้าง เป็นต้น²⁰ เพื่อที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย หากแต่สภาพตามกฎหมายกรณีนี้ไม่ได้หมายความว่าสัตว์จะมีสิทธิเช่นเดียวกับมนุษย์ แต่จะมีสิทธิเฉพาะที่เหมาะสมกับสายพันธุ์ของพวกมัน เช่น สิทธิในการมีชีวิต สิทธิที่จะได้รับการปลดปล่อยจากการทรมาน และสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการเคลื่อนไหว เป็นต้น

4. แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสภาพบุคคลตามกฎหมายของปัญญาประดิษฐ์

ปัจจุบันปัญญาประดิษฐ์ยังไม่เป็นนิติบุคคลแต่อย่างใด หากแต่สถานะของปัญญาประดิษฐ์ในทางกฎหมายเป็นหัวข้อของการถกเถียงและอภิปรายอย่างต่อเนื่อง ควบคู่ไปกับการอภิปรายกันมากขึ้นเกี่ยวกับศักยภาพที่ปัญญาประดิษฐ์สามารถทำได้ และควรจะได้รับสภาพบุคคลตามกฎหมาย หรือไม่ อย่างไร

หากพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญญาประดิษฐ์ในประเทศต่าง ๆ นั้น พบว่ามีความแตกต่างกันไปและกฎระเบียบระหว่างประเทศยังคงไม่มีฉันทามติร่วมกันสำหรับสถานะของปัญญาประดิษฐ์²¹ อนึ่ง แม้ว่าแนวคิดในการให้สภาพบุคคลตามกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์ กำลังได้รับความสนใจ แต่ก็ยังเป็นปัญหาที่ซับซ้อนและเป็นข้อโต้แย้งที่ยังคงรอการพัฒนาทางแนวความคิดต่อไป²² ประเด็นในเรื่องสถานะทางกฎหมายของปัญญาประดิษฐ์มีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับการพิจารณา เนื่องจากปัญญาประดิษฐ์ มีบทบาทสำคัญมากขึ้นในสังคมของเรา หากปัญญาประดิษฐ์มีสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายเช่นเดียวกับมนุษย์ ก็อาจทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญต่อสังคมเช่นกัน เช่น ปัญญาประดิษฐ์อาจสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ลงนามในสัญญา หรือแม้แต่ฟ้องร้องคดีได้²³ ในทางกลับกัน

²⁰Gabrielle Lafrank, *Southern California City Becomes First in Nation to Recognize the Rights of a 'Non-Human Animal'* [Online], available URL: <https://pethelpful.com/pet-news/non-human-animal-rights>, 2023 (November, 18).

²¹Benedikt Kohn, *AI Regulation around the world* [Online], available URL: <https://www.taylorwessing.com/en/interface/2023/ai---are-we-getting-the-balance-between-regulation-and-innovation-right/ai-regulation-around-the-world>, 2023 (November, 18).

²²Rowena Rodrigues, "Legal and human rights issues of AI: Gaps, challenges and vulnerabilities," *Journal of Responsible Technology* 4 (December, 2020): 20.

²³Rafael Dean Brown, "Property ownership and the legal personhood of artificial intelligence," *Information & Communications Technology Law* 30, 2 (2021): 208 – 234.

หากปัญญาประดิษฐ์ไม่มีสิทธิหรือหน้าที่ทางกฎหมายเลย ก็อาจทำให้เกิดความเสี่ยงต่อมนุษย์ได้เช่นกัน เช่น ปัญญาประดิษฐ์อาจกระทำการที่อันตรายหรือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน²⁴ โดยผู้ผลิตหรือเจ้าของปัญญาประดิษฐ์มิได้มีส่วนเกี่ยวข้อง ซึ่งใครจะเป็นผู้รับผิดชอบ เป็นต้น ดังนั้น การพัฒนาและใช้งานปัญญาประดิษฐ์อย่างมีความรับผิดชอบต่อหลักเสี่ยงผลกระทบเชิงลบที่อาจเกิดขึ้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งเนื่องจาก ปัญญาประดิษฐ์มีศักยภาพที่จะปฏิวัติหลาย ๆ ด้านของการดำรงชีวิตของมนุษย์ และกำลังเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของสังคมมนุษย์

5. กฎหมายเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ในต่างประเทศ

ปัญญาประดิษฐ์เป็นเทคโนโลยีที่พัฒนาอย่างรวดเร็วและก้าวหน้าอย่างต่อเนื่อง ในปัจจุบัน ปัญญาประดิษฐ์มีความสามารถเทียบเท่า หรือเหนือกว่ามนุษย์ในหลายด้าน เช่น การเรียนรู้ การคิดวิเคราะห์ การตัดสินใจ รวมถึงการสร้างสรรค์ผลงานต่าง ๆ ส่งผลให้เกิดความสงสัยและถกเถียงกันอย่างมากว่า ปัญญาประดิษฐ์ควรได้รับสภาพบุคคลตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งคำถามดังกล่าวยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจน หากแต่ในหลายประเทศมีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญญาประดิษฐ์ขึ้น ซึ่งสภาพทางกฎหมายของปัญญาประดิษฐ์แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศและยังไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศที่ครอบคลุมเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ หลายประเทศได้ร่างกฎหมายเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ในระดับชาติ และในระดับท้องถิ่น ดังนี้

5.1 สหรัฐอเมริกา (United States of America)

ปี ค.ศ. 2023 มลรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกา อย่างน้อย 25 เคือรัฐเปอร์โตริโก (Commonwealth of Puerto Rico) และ เขตปกครองพิเศษโคลัมเบีย (District of Columbia) ได้จัดทำร่างกฎหมายปัญญาประดิษฐ์ กฎหมายใหม่หลายฉบับเหล่านี้ถูกนำมาบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคที่ครอบคลุมการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ กฎหมายเหล่านี้มุ่งเน้นไปที่ประเด็นต่าง ๆ เช่น ความโปร่งใสของปัญญาประดิษฐ์ ความเป็นส่วนตัวของข้อมูล และข้อห้ามในการเลือกปฏิบัติ²⁵ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

²⁴Patrick Henz, “Ethical and legal responsibility for Artificial Intelligence,” **Discover Artificial Intelligence**, 1 (2) (2021): 1-3.

²⁵National Conference of State Legislatures, **Artificial Intelligence 2023 Legislation** [Online], available URL: <https://www.ncsl.org/technology-and-communication/artificial-intelligence-2023-legislation>, 2023 (November, 22).

5.1.1 มลรัฐคอนเนกติกัต (Connecticut)

เนื่องจากการใช้ปัญญาประดิษฐ์ในหน่วยงานของรัฐมีผลกระทบต่อการใช้บริการแก่ประชาชน และสามารถส่งผลกระทบต่อสิทธิของมนุษย์ได้ ดังนั้น การประเมินและการตรวจสอบที่รัดกุมและต่อเนื่องเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อให้แน่ใจว่าระบบปัญญาประดิษฐ์ ที่ใช้งานอยู่ไม่ส่งผลกระทบใด ๆ ที่ผิดกฎหมาย กับทั้งการใช้ปัญญาประดิษฐ์ในการบริหารงานของรัฐไม่ได้เป็นเพียงแค่เป็นเรื่องของการปรับปรุงประสิทธิภาพเท่านั้น แต่ยังเกี่ยวข้องกับการรักษาสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการให้ความยุติธรรมในการให้บริการของรัฐ ดังนั้น กฎหมายกำหนดให้สำนักงานนโยบายและการจัดการ (Office of Policy and Management) จัดทำนโยบายและขั้นตอนที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนา การจัดซื้อ การดำเนินการ การใช้งาน และการประเมินอย่างต่อเนื่องของระบบที่ใช้ปัญญาประดิษฐ์

5.1.2 มลรัฐหลุยเซียนา (Louisiana)

มลรัฐหลุยเซียนามีมติให้คณะกรรมการร่วมด้านเทคโนโลยีและความปลอดภัยทางไซเบอร์ (Committee on Technology and Cybersecurity) ศึกษาผลกระทบของปัญญาประดิษฐ์ในการดำเนินงาน การจัดซื้อ และนโยบายต่างๆ

5.1.3 มลรัฐแมริแลนด์ (Maryland)

มลรัฐแมริแลนด์ได้จัดตั้งโครงการให้ทุนสนับสนุนเทคโนโลยี Industry 4.0 (the Industry 4.0 Technology Grant Program) เพื่อช่วยเหลือหน่วยการผลิตขนาดเล็กและขนาดกลาง บางแห่งในการใช้เทคโนโลยี “อุตสาหกรรม 4.0” หรือโครงสร้างพื้นฐานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจำกัดความของอุตสาหกรรม 4.0 รวมถึงปัญญาประดิษฐ์ด้วย

5.1.4 มลรัฐเท็กซัส (Texas)

มลรัฐเท็กซัสจัดตั้งสภาที่ปรึกษาด้านปัญญาประดิษฐ์ เพื่อศึกษาและติดตามระบบปัญญาประดิษฐ์ที่พัฒนา ใช้งาน หรือจัดซื้อโดยหน่วยงานของรัฐ

5.2 สหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปได้ออกกฎหมายหลายฉบับเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ รวมถึงกฎระเบียบทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูล (General Data Protection Regulation: GDPR) GDPR กำหนดให้องค์กรต่าง ๆ ที่รวบรวมหรือประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคในสหภาพยุโรปต้องให้ความโปร่งใสเกี่ยวกับวิธีที่ใช้ปัญญาประดิษฐ์ และปกป้องความเป็นส่วนตัวของข้อมูล²⁶

²⁶Centre for Information Policy Leadership (CIPL), **Artificial Intelligence and Data Protection How the GDPR Regulates AI** [Online], available URL: https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl-hunton_andrews_kurth_legal_note_-_how_gdpr_regulates_ai_12_march_2020_.pdf, 2023 (November, 25).

สหภาพยุโรปมีเป้าหมายที่จะส่งเสริมระบบนิเวศแห่งความไว้วางใจเกี่ยวกับเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ โดยการใช้พระราชบัญญัติปัญญาประดิษฐ์เป็นเครื่องมือทางกฎหมายให้เกิดความเชื่อมั่นว่า ระบบปัญญาประดิษฐ์ปลอดภัยและสอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและคุณค่าขั้นพื้นฐาน ขณะเดียวกันยังกำหนดทิศทางนวัตกรรมและการพัฒนาระบบปัญญาประดิษฐ์อย่างมีจริยธรรมอีกด้วย โดยใน ปี ค.ศ. 2021 สหภาพยุโรปจัดทำกฎหมายที่มีลักษณะควบคุมปัญญาประดิษฐ์ กล่าวคือ Artificial Intelligence Act หรือพระราชบัญญัติปัญญาประดิษฐ์ของสหภาพยุโรป ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่มุ่งนำมาใช้กับปัญญาประดิษฐ์โดยตรงฉบับแรกของโลก กฎหมายนี้ควบคุมการใช้ปัญญาประดิษฐ์ทั่วทั้งสหภาพยุโรป โดยกำหนดมาตรฐานสำหรับการพัฒนาปัญญาประดิษฐ์และการใช้งานระบบปัญญาประดิษฐ์

พระราชบัญญัติปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence Act หรือ AIA) ของสหภาพยุโรป ที่มีการประกาศใช้ในปี ค.ศ. 2023 ที่มุ่งกำกับดูแลการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ที่การใช้งานอาจละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้ เช่น การใช้ปัญญาประดิษฐ์กับระบบจำแนกข้อมูลไบโอเมตริกซ์ (Biometric) ตามคุณลักษณะเฉพาะอย่างละเอียด การใช้ปัญญาประดิษฐ์กับฐานข้อมูลการจดจำใบหน้าจากภาพถ่ายบนอินเทอร์เน็ตหรือจากกล้องวงจรปิดโดยไม่มีการกำหนดเป้าหมายที่ชัดเจน การใช้ปัญญาประดิษฐ์กับการให้คะแนนทางสังคม การใช้ปัญญาประดิษฐ์กับเชิงคาดการณ์ที่อาศัยการจำแนกประเภทบุคคล หรือการประเมินคุณลักษณะเฉพาะของบุคคล และการใช้ปัญญาประดิษฐ์ในการควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์หรือใช้ประโยชน์จากความเปราะบาง เป็นต้น

พระราชบัญญัติปัญญาประดิษฐ์ได้แบ่งระบบปัญญาประดิษฐ์ ออกเป็น 3 ประเภทตามความเสี่ยง²⁷ ดังนี้

5.2.1 ระบบปัญญาประดิษฐ์ที่มีความเสี่ยงต่ำ (Limited Risk)

ระบบปัญญาประดิษฐ์ที่มีความเสี่ยงจำกัด ผู้นำมาใช้งานต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดด้านความโปร่งใสขั้นต่ำที่จะช่วยให้ผู้ที่ปฏิสัมพันธ์ด้วยสามารถตัดสินใจได้อย่างมีข้อมูล เช่น ผู้ให้บริการแอปพลิเคชันต้องแจ้งให้ผู้ใช้ทราบ หากมีการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ เพื่อให้ผู้ใช้สามารถตัดสินใจได้ว่าต้องการใช้งานแอปพลิเคชันต่อไปหรือไม่ กรณีนี้รวมถึงระบบปัญญาประดิษฐ์ที่สร้างหรือจัดการเนื้อหารูปภาพ เสียง หรือวิดีโอ ด้วย

5.2.2 ระบบปัญญาประดิษฐ์ที่มีความเสี่ยงสูง (High Risk)

ระบบปัญญาประดิษฐ์ที่ส่งผลเสียต่อความปลอดภัยหรือสิทธิขั้นพื้นฐานจะถือว่ามีความเสี่ยงสูงและจะแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ 1) ระบบ AI ที่ใช้ในผลิตภัณฑ์ที่อยู่ภายใต้

²⁷News European Parliament, **EU AI Act: first regulation on artificial intelligence** [Online], available URL: https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/202306_01STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence, 2023 (November, 25).

กฎหมายความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์ของสหภาพยุโรป ซึ่งรวมถึงของเล่น การบิน รถยนต์ อุปกรณ์ทางการแพทย์ และลิฟต์ 2) ระบบ AI ที่ตกอยู่ในพื้นที่เฉพาะที่จะต้องลงทะเบียนในฐานะข้อมูลของสหภาพยุโรป เช่น การจัดการและการทำงานของโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญ การศึกษาและการฝึกอบรม การจ้างงาน การจัดการคนงาน การบังคับใช้กฎหมาย เป็นต้น ระบบปัญญาประดิษฐ์ที่มีความเสี่ยงสูงทั้งหมดจะได้รับการประเมินก่อนนำออกสู่ตลาดและตลอดวงจรชีวิตของปัญญาประดิษฐ์ด้วย

5.2.3 ระบบปัญญาประดิษฐ์ที่ไม่สามารถรับความเสี่ยงได้ (Unacceptable Risk)

ระบบปัญญาประดิษฐ์ที่มีความเสี่ยงที่ไม่อาจยอมรับได้คือระบบที่ถือว่าเป็นภัยคุกคามต่อผู้คนและถูกต้องห้ามในการใช้งาน ประกอบด้วยปัญญาประดิษฐ์ที่นำมาใช้ในกรณี ดังต่อไปนี้ การบิดเบือนพฤติกรรมทางสติปัญญาของบุคคลหรือกลุ่มประชากรโดยเฉพาะ การให้คะแนนทางสังคม การระบุตัวตนหรือการจัดประเภทของบุคคลด้วยระบบไบโอเมตริกซ์ ระบบระบุตัวตนด้วยระบบไบโอเมตริกแบบเรียลไทม์และระยะไกล อย่างไรก็ตามการใช้งานในรูปแบบข้างต้นอาจได้รับการยกเว้นได้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

พระราชบัญญัติปัญญาประดิษฐ์ของสหภาพยุโรปมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2023 กฎหมายดังกล่าวมีศักยภาพที่จะส่งผลกระทบต่อการพัฒนาและการใช้ปัญญาประดิษฐ์ในสหภาพยุโรป ซึ่งมีมาตรการที่เกี่ยวข้องเนื่องมาจากการจัดประเภทปัญญาประดิษฐ์ข้างต้นหลายมาตรการ กล่าวคือ ระบบการประเมินและบรรเทาความเสี่ยงที่เหมาะสม การกำหนดให้มีการใช้ชุดข้อมูลคุณภาพสูงที่ป้องกันการฝึกปัญญาประดิษฐ์เพื่อลดความเสี่ยงและผลลัพธ์ที่เลือกปฏิบัติ การใช้ข้อมูลที่มีความถูกต้องและปราศจากอคติ การทำให้ระบบปัญญาประดิษฐ์มีความโปร่งใส ตลอดจนการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการต้องแจ้งผู้ใช้บริการถึงวิธีการใช้ระบบปัญญาประดิษฐ์ที่ชัดเจนและเพียงพอ และการมีกลไกกำกับดูแลของมนุษย์เพื่อให้แน่ใจว่าระบบปัญญาประดิษฐ์สามารถถูกเข้าควบคุมโดยมนุษย์ได้เมื่อมีความเสี่ยงเกิดขึ้น

ยิ่งไปกว่านั้น พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังห้ามไม่ให้มีการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ในกิจการบางอย่างที่ถือว่าไม่เป็นที่ยอมรับ เนื่องจากขัดต่อคุณค่าของสหภาพยุโรปหรือละเมิดสิทธิของประชาชน หรือการใช้ปัญญาประดิษฐ์เพื่อแสวงหาประโยชน์จากความอ่อนแอของกลุ่มคนบางกลุ่มเนื่องจากอายุ สภาพร่างกายหรือจิตใจ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ยังคงได้รับการถกเถียงกันอย่างต่อเนื่อง และคาดว่าจะมีกฎหมายใหม่ ๆ ออกตามมาในอนาคต เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว ทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นแล้วมีข้อจำกัดบางประการที่อาจไม่ครอบคลุมการใช้ปัญญาประดิษฐ์ในทุกบริบท ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้องอาจไม่เข้มงวดเพียงพอที่จะปกป้องพลเมืองจากอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ได้ การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ในระดับสากล จะมีความสำคัญในการกำกับดูแลการใช้ปัญญาประดิษฐ์อย่างปลอดภัยและมีความรับผิดชอบมากขึ้น

5.3 สาธารณรัฐประชาชนจีน

สาธารณรัฐประชาชนจีนได้ออกกฎหมายหลายฉบับเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ รวมถึงชุดกฎหมายว่าด้วยการพัฒนาอุตสาหกรรมปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence Industry Development Law) ประกอบด้วยกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมปัญญาประดิษฐ์ อาทิ เอกสารปกขาวว่าด้วยเรื่อง ปัญญาประดิษฐ์ที่น่าเชื่อถือ (Trustworthy AI' white paper) บรรทัดฐานทางจริยธรรมสำหรับปัญญาประดิษฐ์ยุคใหม่ (Ethical Norms for New Generation Artificial Intelligence) ความเห็นในการเสริมสร้างธรรมาภิบาลโดยรวมของอัลกอริทึมสำหรับบริการข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต (Guiding Opinions on Strengthening Overall Governance of Internet Information Service Algorithms) เป็นต้น ซึ่งชุดกฎหมายนี้กำหนดให้ส่งเสริมการพัฒนาอุตสาหกรรมปัญญาประดิษฐ์ และกำกับดูแลการใช้ปัญญาประดิษฐ์อย่างมีความรับผิดชอบ²⁸

ตัวอย่างกฎหมายสำคัญที่ออกมาเพื่อกำกับดูแล Generative AI ในปี ค.ศ. 2023 ก็คือ มาตรการชั่วคราวสำหรับการจัดการบริการปัญญาประดิษฐ์เชิงต้นกำเนิด (Interim Measures for the Management of Generative Artificial Intelligence Services หรือ AI Measures) ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 2023 โดยมีเป้าหมายใช้บังคับกับการใช้เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์เชิงต้นกำเนิดที่ให้บริการสร้างความ รูปภาพ เสียง วิดีโอ และเนื้อหาอื่น ๆ สู่สาธารณะที่ให้บริการภายในอาณาเขตของสาธารณรัฐประชาชนจีน เพื่อส่งเสริมการพัฒนาและการประยุกต์ใช้ปัญญาประดิษฐ์เชิงต้นกำเนิดที่ได้มาตรฐาน ปกป้องความมั่นคงของชาติและผลประโยชน์สาธารณะทางสังคม และปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายของพลเมือง²⁹

มาตรการชั่วคราวสำหรับการจัดการบริการปัญญาประดิษฐ์เชิงต้นกำเนิด กำหนดให้การใช้งานปัญญาประดิษฐ์ต้องไม่สร้างการยุ่งยงให้ล้มล้างอำนาจรัฐ ล้มล้างระบบสังคมนิยมเป็นอันตรายต่อความมั่นคงและผลประโยชน์ของชาติ ทำลายภาพลักษณ์ของชาติ ยุยงให้เกิดการแบ่งแยกดินแดน บ่อนทำลายเอกภาพของชาติและเสถียรภาพทางสังคม ซึ่งมาตรการนี้รวมถึงกระบวนการออกแบบอัลกอริทึม การเลือกข้อมูลการฝึกอบรม การสร้างแบบจำลอง การเพิ่มประสิทธิภาพ และการให้บริการ โดยต้อง

²⁸Yi Wu, AI in China: Regulations, Market Opportunities, Challenges for Investors [Online], available URL: <https://www.china-briefing.com/news/ai-in-china-regulatory-updates-investment-opportunities-and-challenges/>, 2023 (November, 29).

²⁹TMT newflash, Regulatory and legislation: China's Interim Measures for the Management of Generative Artificial Intelligence Services officially implemented [Online], available URL: <https://www.pwccn.com/en/tmt/interim-measures-for-generative-ai-services-implemented-aug-2023.pdf>, 2023 (November, 29).

ใช้เครื่องมือที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติตามเชื้อชาติ ความเชื่อ ภูมิภาค เพศ อายุ อาชีพ สุขภาพ ฯลฯ กรณีที่ผู้ให้บริการฝ่าฝืนบทบัญญัติของมาตรการชั่วคราวฯ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องแจ้งเตือน และสั่งแก้ไขภายในเวลาที่กำหนด หากผู้ให้บริการไม่แก้ไขพฤติกรรมร้ายแรงดังกล่าว ให้สั่งระงับการให้บริการที่เกี่ยวข้อง และกรณีเป็นการละเมิดเกี่ยวกับความมั่นคงสาธารณะ ผู้ให้บริการจะต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย และหากเป็นความผิดอาชญากรรมจะต้องถูกสอบสวนเพื่อรับผิดทางอาญาต่อไป และกรณีที่ผู้ให้บริการปัญญาประดิษฐ์เชิงต้นกำเนิดมาจากนอกอาณาเขตของสาธารณรัฐประชาชนจีนไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือข้อบังคับทางการปกครอง รัฐบาลจีนจะต้องแจ้งให้สถาบันที่เกี่ยวข้องใช้มาตรการทางเทคนิคและมาตรการที่จำเป็นอื่น ๆ เพื่อจัดการกับกรณีที่เกิดขึ้น

5.4 ญี่ปุ่น (Japan)

ญี่ปุ่นได้พัฒนากฎหมายเดิมหลายฉบับเพื่อนำมาปรับใช้กับปัญญาประดิษฐ์ เช่น พระราชบัญญัติความโปร่งใสของแพลตฟอร์มดิจิทัล ค.ศ. 2021 (Digital Platform Transparency Act 2021) เพิ่มเติมข้อกำหนดสำหรับห้างสรรพสินค้าออนไลน์ขนาดใหญ่ ร้านค้าบนแอปพลิเคชัน และธุรกิจโฆษณาดิจิทัลเพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเป็นธรรมในการทำธุรกรรมกับผู้ใช้งาน รวมถึงการเปิดเผยปัจจัยหรือสูตรสำคัญที่กำหนดอันดับการค้นหา หรือพระราชบัญญัติเครื่องมือและการแลกเปลี่ยนทางการเงิน (Financial Instruments and Exchange Act) ที่กำหนดให้ธุรกิจที่ใช้อัลกอริทึมความเร็วสูงในการซื้อขาย ต้องลงทะเบียนกับภาครัฐ และกำหนดให้ต้องสร้างระบบการบริหารความเสี่ยงรักษา และบันทึกธุรกรรม เป็นต้น การปรับใช้กฎหมาย (เดิม) เหล่านี้กับปัญญาประดิษฐ์ เพื่อส่งเสริมการพัฒนาและการใช้งานปัญญาประดิษฐ์อย่างมีจริยธรรม มีความโปร่งใสเกี่ยวกับวิธีที่ใช้ข้อมูลกับปัญญาประดิษฐ์³⁰

จากข้อมูลข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าประเทศต่าง ๆ มีกฎหมายและกฎระเบียบเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ที่มีลักษณะแตกต่างกันอย่างมาก เช่น สหภาพยุโรปมีพระราชบัญญัติปัญญาประดิษฐ์ ซึ่งควบคุมการใช้ปัญญาประดิษฐ์ทั่วทั้งสหภาพยุโรป ในขณะที่สหรัฐอเมริกายังไม่มีกฎหมายของรัฐบาลกลางที่ครอบคลุมการใช้ปัญญาประดิษฐ์อย่างชัดเจน กับทั้งยังไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศฉบับใดที่ครอบคลุมการใช้ปัญญาประดิษฐ์ อย่างเต็มที่ ทำให้สถานะทางกฎหมายในปัจจุบันของปัญญาประดิษฐ์เกิดจากการปะติดปะต่อของกฎหมายของแต่ละประเทศและกฎระเบียบระหว่างประเทศที่มีมาแต่เดิม ขณะที่การถกเถียงเกี่ยวกับความจำเป็นในการออกกฎหมายที่ครอบคลุมมากขึ้นยังคงมีอย่างต่อเนื่อง

³⁰Center for strategic & International Studies, **Japan's Approach to AI Regulation and Its Impact on the 2023 G7 Presidency** [Online], available URL: <https://www.csis.org/analysis/japans-approach-ai-regulation-and-its-impact-2023-g7-presidency>, 2023 (November, 29).

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นของการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ที่มีความโปร่งใสเป็นธรรม และลดความเสี่ยง³¹ สิ่งนี้เน้นย้ำถึงความสำคัญของปัญญาประดิษฐ์ และสภาพบุคคลทางกฎหมาย เนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่ออย่างมีนัยสำคัญต่อภูมิทัศน์ทางกฎหมายโดยรอบของปัญญาประดิษฐ์ได้

6. ประเด็นถกเถียงสำคัญเกี่ยวกับสภาพบุคคลตามกฎหมายของปัญญาประดิษฐ์

การถกเถียงในเรื่องปัญญาประดิษฐ์ที่ควรหรือไม่ควรได้รับสภาพบุคคลตามกฎหมายเป็นประเด็นที่มีความซับซ้อน ซึ่งได้ถูกพูดถึงในหลายประเด็น โดยเฉพาะด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น ความรับผิดชอบทางกฎหมาย หลักการของสัญญา การพิจารณาด้านกฎหมายและจริยธรรม เป็นต้น โดยมีรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญ ดังนี้

6.1 ฝ่ายที่สนับสนุนในการให้ปัญญาประดิษฐ์มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย

ฝ่ายที่สนับสนุนมักกล่าวอ้างประเด็นประกอบหลักเหตุผล ดังนี้

6.1.1 ประเด็นเรื่องความรับผิดชอบ

ประเด็นสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้มีการถกเถียงกันมากกว่า ปัญญาประดิษฐ์ควรได้รับสภาพบุคคลทางกฎหมายหรือไม่ ก็คือ “ความรับผิดชอบ” ปัจจุบัน ระบบปัญญาประดิษฐ์ถูกสร้างและดำเนินการโดยมนุษย์ ซึ่งหมายความว่าระบบเหล่านี้อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลโดยมนุษย์ และรวมถึงกฎหมายและข้อบังคับของมนุษย์เป็นหลัก อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์มีความก้าวหน้า ทำให้ปัญญาประดิษฐ์สามารถคิดและตัดสินใจได้เอง จึงกลายเป็นเรื่องยากมากขึ้นสำหรับมนุษย์ที่จะรับผิดชอบอย่างเต็มที่ต่อการตัดสินใจหรือการสร้างสรรค์ของปัญญาประดิษฐ์ หากปัญญาประดิษฐ์ได้รับสภาพบุคคลตามกฎหมาย ก็หมายความว่า ปัญญาประดิษฐ์สามารถรับผิดชอบต่อการกระทำและการตัดสินใจของตนได้ สิ่งนี้จะลดภาระความรับผิดชอบจากมนุษย์ไปสู่ระบบปัญญาประดิษฐ์เอง อันเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับระบบปัญญาประดิษฐ์ที่สามารถทำการตัดสินใจหรือดำเนินการได้เองและมีผลกระทบด้านลบ ตัวอย่างเช่น หากรถยนต์ไร้คนขับทำให้เกิดอุบัติเหตุ ใครควรเป็นผู้รับผิดชอบ ผู้ผลิต โปรแกรมเมอร์ หรือตัวระบบปัญญาประดิษฐ์เอง หากกรณีดังกล่าวมีการมอบสภาพบุคคลทางกฎหมายให้กับปัญญาประดิษฐ์ (รถยนต์ไร้คนขับ) แล้ว คำถามนี้

³¹European Commission, Regulation of the european parliament and of the council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative Acts [Online], available URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>, 2023 (November, 29).

จะตอบได้ง่ายมากขึ้น นอกจากนี้ การให้สภาพบุคคลทางกฎหมายของปัญญาประดิษฐ์ยังช่วยสร้างกรอบการทำงานที่ชัดเจนในความรับผิดชอบต่อระบบปัญญาประดิษฐ์ เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดกรอบความรับผิดชอบระหว่างภาคส่วนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับปัญญาประดิษฐ์ ดังนั้น เพื่อการควบคุมระบบการทำงานของระบบปัญญาประดิษฐ์ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น การให้สภาพบุคคลทางกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์ จะทำให้ปัญญาประดิษฐ์มีความรับผิดชอบต่อการกระทำและการตัดสินใจของตนได้ง่ายขึ้น³²

6.1.2 ประเด็นเรื่องการปกป้องสิทธิของปัญญาประดิษฐ์

เมื่อระบบปัญญาประดิษฐ์มีความก้าวหน้ามากขึ้นและถูกบูรณาการเข้ากับชีวิตในด้านต่าง ๆ ของมนุษย์ จึงมีความกังวลว่า หากไม่มีการคุ้มครองทางกฎหมายกับระบบปัญญาประดิษฐ์ ระบบเหล่านี้อาจถูกแสวงหาผลประโยชน์ ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เหมาะสม หรืออาจถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ผิดจรรยาบรรณ หรือก่ออันตรายใด ๆ อย่างไม่มีความรับผิดชอบได้ และการให้สภาพบุคคลทางกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์ อันจะมีสิทธิเช่นเดียวกับมนุษย์ในแง่ของการปกป้องจากการเลือกปฏิบัติ การถูกแสวงหาผลประโยชน์ และภัยคุกคามอันตรายใด ๆ ได้ ยิ่งไปกว่านั้น ปัญญาประดิษฐ์อาจจะมีสิทธิในความเป็นส่วนตัว ได้รับการปฏิบัติอย่างมีจริยธรรมและความรับผิดชอบด้วย เช่นเดียวกับที่มนุษย์มีหน้าที่เคารพสิทธิของผู้อื่น โดยเฉพาะสิทธิที่จะได้รับการปกป้องข้อมูลของตน ซึ่งกำลังมีความสำคัญมากขึ้นในยุคของข้อมูลขนาดใหญ่³³

การที่ปัญญาประดิษฐ์มีสภาพบุคคล ทำให้บุคคลอื่นจะต้องมีความรับผิดชอบต่อปัญญาประดิษฐ์เช่นเดียวกัน ซึ่งจะช่วยป้องกันการพัฒนาและการใช้งานระบบปัญญาประดิษฐ์ที่อาจก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อสังคมหรือละเมิดหลักจริยธรรม ปัจจุบันยังไม่มีหน้าที่ชัดเจนสำหรับผลกระทบด้านลบที่เกิดจากระบบปัญญาประดิษฐ์ อย่างไรก็ตาม หากปัญญาประดิษฐ์มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องอาจเข้ามาร่วมรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดจากการกระทำของปัญญาประดิษฐ์ ซึ่งจะกระตุ้นให้นักพัฒนา ผู้สร้างระบบปัญญาประดิษฐ์ ให้ความสำคัญถึงความปลอดภัย มีจริยธรรม และเป็นประโยชน์ต่อสังคมมากขึ้น

³²Martin Ebers, *Artificial Intelligence and Machine Learning Powered Public Service Delivery in Estonia* (USA: Springer International Publishing, 2023), pp. 163–172.

³³Nithesh Naik, *Legal and Ethical Consideration in Artificial Intelligence in Healthcare: Who Takes Responsibility ?* [Online], available URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8963864/>, 2023 (December, 1).

6.1.3 ประเด็นเรื่องความก้าวหน้าของเทคโนโลยี

เหตุผลสนับสนุนอีกประการหนึ่งที่ทำให้ปัญญาประดิษฐ์มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ก็คือจะสามารถส่งเสริมความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีได้ เมื่อยอมรับว่าปัญญาประดิษฐ์เป็นนิติบุคคล ปัญญาประดิษฐ์ย่อมมีความสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินและเข้าทำสัญญา ทำให้ปัญญาประดิษฐ์มีส่วนร่วมในอุตสาหกรรมและนวัตกรรมต่าง ๆ ได้ง่ายมากขึ้น

ปัญญาประดิษฐ์ส่วนใหญ่มีเจ้าของและควบคุมโดยมนุษย์หรือองค์กร สิ่งนี้จำกัดศักยภาพในการเติบโตและการพัฒนาปัญญาประดิษฐ์ เนื่องจากจะขึ้นอยู่กับเป้าหมายและความสนใจของผู้สร้าง การให้สภาพบุคคลทางกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์จะทำให้ปัญญาประดิษฐ์มีอิสระในระดับที่สูงขึ้นช่วยให้ดำเนินการใดๆ ได้บรรลุวัตถุประสงค์ของตนเองและอาจนำไปสู่ความก้าวหน้าทางนวัตกรรมและผลประโยชน์มากขึ้น นอกจากนี้ การให้สภาพบุคคลทางกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์ ยังอาจนำไปสู่การลงทุนที่เพิ่มขึ้นในการวิจัยและพัฒนาในสาขานี้อีกด้วย ด้วยการยอมรับว่าปัญญาประดิษฐ์เป็นนิติบุคคล ทำให้สามารถรับเงินทุนและทรัพยากรได้โดยตรงแทนที่จะผ่านตัวกลางของมนุษย์หรือองค์กร สิ่งเหล่านี้จะสามารถกระตุ้นการแข่งขันและผลักดันให้เกิดความก้าวหน้าในเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ในอนาคต

6.1.4 ประเด็นเรื่องเรื่องการยอมรับทางสังคม

ข้อกังวลหลักประการหนึ่งเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ คือผลกระทบต่อสังคม หลายคนกลัวว่าระบบปัญญาประดิษฐ์ขั้นสูงอาจเข้ามาแทนที่มนุษย์สำหรับการทำงาน ซึ่งนำไปสู่การตกงานและการหยุดชะงักทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม เห็นว่าการให้สภาพบุคคลทางกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์ จะทำให้การบูรณาการเข้ากับสังคมราบรื่นยิ่งขึ้น กล่าวคือ ปัญญาประดิษฐ์ในฐานะนิติบุคคลประเภทหนึ่งย่อมมีสิทธิและความรับผิดชอบเช่นเดียวกับมนุษย์ สิ่งนี้จะช่วยให้ปัญญาประดิษฐ์มีกระบวนการตัดสินใจที่โปร่งใสมากขึ้นและอยู่ภายใต้กฎระเบียบเพื่อให้แน่ใจว่าระบบปัญญาประดิษฐ์ถูกใช้ในลักษณะที่มีจริยธรรมและความรับผิดชอบ นอกจากนี้ยังสามารถส่งเสริมการพัฒนาจรรยาบรรณสำหรับปัญญาประดิษฐ์ โดยจัดการกับข้อกังวลต่าง ๆ เช่น อคติ หรือการเลือกปฏิบัติ เป็นต้น

การยอมรับปัญญาประดิษฐ์ ในฐานะนิติบุคคลอาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทัศนคติทางสังคมต่อเทคโนโลยีเหล่านี้ แทนที่จะมองว่าปัญญาประดิษฐ์เป็นเพียงเครื่องมือหรือเครื่องจักรเพียงอย่างเดียว แต่จะถูกมองว่าเป็นผู้มีสิทธิตามกฎหมาย ซึ่งอาจเพิ่มความเห็นอกเห็นใจและความเข้าใจต่อปัญญาประดิษฐ์ได้ และยังอาจนำไปสู่แนวทางที่มีความรับผิดชอบมากขึ้นต่อการพัฒนาปัญญาประดิษฐ์ที่คำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อสังคม

6.1.5 ประเด็นเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบ

ปัญญาประดิษฐ์ได้ถูกนำไปใช้ในอุตสาหกรรมที่หลากหลาย เช่น การดูแลสุขภาพ การเงิน และการขนส่ง ด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่รวดเร็ว คาดการณ์ว่า ปัญญาประดิษฐ์จะเข้ามามีบทบาทในชีวิตประจำวันของมากยิ่งขึ้นในอนาคต ด้วยเหตุนี้อาจมีข้อพิพาททางกฎหมายหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับปัญญาประดิษฐ์ ที่ต้องได้รับการแก้ไข ดังนั้น หากปัญญาประดิษฐ์ไม่มีสภาพ

บุคคลทางกฎหมาย การให้ระบบปัญญาประดิษฐ์รับผิดชอบต่อการกระทำของตนอาจเป็นเรื่องยาก และอาจนำไปสู่การขาดความยุติธรรมสำหรับบุคคลหรือธุรกิจที่ได้รับผลกระทบจากปัญญาประดิษฐ์ เนื่องจากไม่มีความชัดเจนที่ผู้ใดจะรับผิดชอบ

การให้สภาพบุคคลทางกฎหมาย ส่งผลให้ปัญญาประดิษฐ์สามารถมีสิทธิและหน้าที่ เช่นเดียวกับมนุษย์ ทำให้ง่ายต่อการกำหนดความรับผิดชอบให้กับปัญญาประดิษฐ์ สำหรับการดำเนินคดีทางกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น การให้สภาพบุคคลทางกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์ ยังช่วยลดความยุ่งยากในการขอรับค่าชดเชยสำหรับความเสียหายที่เกิดจากปัญญาประดิษฐ์ มิเช่นนั้นแล้วอาจเป็นกระบวนการที่พิสูจน์ความรับผิดชอบที่ยาวนานและซับซ้อนกว่าจะทราบว่าใครเป็นฝ่ายผิด ดังนั้นเมื่อปัญญาประดิษฐ์ก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหาย ด้วยสภาพบุคคลทางกฎหมาย ปัญญาประดิษฐ์จะมีทรัพย์สินและหนี้สินเป็นของตนเอง จึงสามารถชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายได้ง่ายขึ้นกับทั้งยังสามารถป้องกันบุคคล หรือธุรกิจไม่ให้เกิดความสูญเสียทางการเงินอันเนื่องมาจากการดำเนินงานผิดพลาดของปัญญาประดิษฐ์

6.2 ฝ่ายที่คัดค้านในการให้ปัญญาประดิษฐ์มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย

ฝ่ายคัดค้านมักกล่าวอ้างประเด็นประกอบหลักเหตุผล ดังนี้

6.2.1 ประเด็นเรื่องความสามารถในการเข้าใจ หรือการปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ของปัญญาประดิษฐ์

สาเหตุหลักประการหนึ่งที่ผู้คนโต้แย้งเรื่องการให้สภาพบุคคลตามกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์ก็คือระบบเหล่านี้ไม่มีความเข้าใจและสามารถตัดสินใจในระดับเดียวกับมนุษย์ ระบบปัญญาประดิษฐ์ได้รับการตั้งโปรแกรมให้ปฏิบัติตามกฎเฉพาะและตัดสินใจตามอัลกอริทึม แต่ไม่สามารถเข้าใจผลที่ตามมาของการกระทำได้ทั้งหมด การขาดความเข้าใจนี้อาจนำไปสู่ผลที่ตามมาโดยไม่ตั้งใจ และอาจเป็นอันตรายต่อสังคม เนื่องจากระบบปัญญาประดิษฐ์ไม่มีความสามารถในการทำความเข้าใจ ใช้สิทธิ หรือมีการผูกพันของตนได้อย่างครบถ้วน³⁴

6.2.2 ประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของนักพัฒนาและผู้ผลิตปัญญาประดิษฐ์

ข้อกังวลอีกประการหนึ่งในการให้สถานะบุคคลตามกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์ ก็คืออาจส่งผลให้นักพัฒนาและผู้ผลิตอาจละทิ้งความรับผิดชอบของตน เนื่องจากปัจจุบันนักพัฒนาและผู้ผลิตต้องรับผิดชอบต่ออันตรายใด ๆ ที่เกิดจากระบบปัญญาประดิษฐ์ของตนที่ได้พัฒนาหรือสร้างขึ้น ดังนั้น หากปัญญาประดิษฐ์มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้ว ความรับผิดชอบต่าง ๆ อาจถูกถ่ายโอนมายังปัญญาประดิษฐ์ได้ ทำให้นักพัฒนาและผู้ผลิตมิได้ให้ความสำคัญกับความรับผิดชอบของตนอย่างเต็มที่

³⁴Valérie Simonart, **Artificial intelligence and legal personality** [Online], available URL: <https://liedekerke.com/en/insights/artificial-intelligence-and-legal-personality>, 2023 (December, 4).

6.2.3 ประเด็นเรื่องจิตสำนึกของปัญญาประดิษฐ์

ระบบปัญญาประดิษฐ์มีความก้าวหน้าอย่างมากในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา โดยได้ปฏิวัติการใช้ชีวิตในด้านต่าง ๆ ของมนุษย์ อย่างไรก็ตาม สิ่งสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ปัญญาประดิษฐ์แตกต่างจากมนุษย์คือ ปัญญาประดิษฐ์ไม่มีความรู้สึก ไม่มีอารมณ์ หรือไม่มีการตระหนักรู้ในตนเอง ซึ่งความแตกต่างนี้ทำให้เกิดคำถามสำคัญเกี่ยวกับสภาพบุคคลตามกฎหมายที่ปัญญาประดิษฐ์ควรได้รับ หรือไม่ ซึ่งคุณลักษณะในเรื่องจิตสำนึกเป็นตัวกำหนดความเป็นมนุษย์ที่ครอบคลุมในเรื่องความสามารถและประสบการณ์ต่าง ๆ ทำให้เกิดการตระหนักรู้ในตนเอง จิตสำนึกทำให้มนุษย์มีความรู้สึก มีอารมณ์ มีความสามารถในการตัดสินใจทางศีลธรรม และมีเจตจำนงเสรีได้ ขณะที่ระบบปัญญาประดิษฐ์ทำงานโดยใช้อัลกอริธึมเป็นหลัก มีความสามารถในการประมวลผลข้อมูลเพียงอย่างเดียว ปัญญาประดิษฐ์จึงขาดจิตสำนึก ย่อมหมายความว่าปัญญาประดิษฐ์ไม่สามารถรับผิดชอบต่อการกระทำของตนในลักษณะเดียวกับที่มนุษย์สามารถทำได้ เมื่อพิจารณาถึงความแตกต่างนี้ จึงควรจะต้องตระหนักว่าปัญญาประดิษฐ์ ไม่ควรมีความเท่าเทียมกับมนุษย์ในแง่ของสถานะทางกฎหมาย การให้สิทธิและความรับผิดชอบแก่ระบบปัญญาประดิษฐ์ตามกฎหมายเช่นเดียวกับมนุษย์ย่อมไม่สามารถทำได้

จากเหตุผลทั้งฝ่ายที่สนับสนุนและคัดค้านในการให้ปัญญาประดิษฐ์มีสภาพบุคคลตามกฎหมายข้างต้น เห็นว่า สิ่งสำคัญประการหนึ่งที่ควรคำนึงถึงก็คือ ปัญญาประดิษฐ์ไม่มีความรู้สึก ไม่มีเจตนา และไม่สามารถในการแสดงความคิดเห็น หรือตัดสินใจอย่างมนุษย์จริง ๆ ประเด็นการกำหนดสภาพบุคคลทางกฎหมายสำหรับปัญญาประดิษฐ์จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ และคำนึงถึงความเหมาะสมในแต่ละกรณีโดยเฉพาะเท่านั้น ว่าสภาพทางกฎหมายแต่ละกรณีก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่อย่างไรบ้าง และควรบัญญัติอย่างชัดเจนถึงสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง เช่น การกำหนดสภาพทางกฎหมายเพื่อกำหนดความรับผิดชอบและความรับผิดทางกฎหมาย เมื่อเกิดความเสียหายจากการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ กรณีนี้ควรกำหนดอย่างชัดเจนถึงเงื่อนไขความรับผิดว่ากรณีใดบ้างที่ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากปัญญาประดิษฐ์ได้ ตลอดจนวิธีการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นต้น การกำหนดผลทางกฎหมายใด จากการกระทำของปัญญาประดิษฐ์ ไม่อาจกำหนดโดยมีสมมติฐานที่คล้ายคลึงกับมนุษย์ได้ กับทั้งการดำเนินการใด ๆ ทางกฎหมายอาจมีทั้งผลดีและผลเสียต่อการพัฒนาและการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ได้ กล่าวคือ อาจมีผลต่อความคิดสร้างสรรค์และการลงทุนในเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ อาจมีผลต่อความกังวลจากการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ หรือสามารถสร้างความเชื่อมั่นในทางกฎหมาย เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การกำหนดผลทางกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใดให้กับปัญญาประดิษฐ์นั้น อาจไม่จำเป็นจะต้องกำหนดสภาพทางกฎหมายให้กับปัญญาประดิษฐ์ก็ได้ แต่อาจใช้เครื่องมือทางกฎหมายประการอื่นเพื่อให้ได้ผลตามที่ต้องการ เช่น การกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการใช้งานปัญญาประดิษฐ์โดยเฉพาะเพื่อให้มีความระมัดระวังมากยิ่งขึ้น เป็นต้น กรณีการจัดการกับความรับผิดชอบ

ต่อความเสียหายที่เกิดจากการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ อาจพัฒนาเครื่องมือทางด้านกองทุนความรับผิดชอบจากการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ หรือการบังคับทำประกันความเสียหายจากการใช้งานปัญญาประดิษฐ์ในบางกรณี³⁵ เป็นต้น

7. บทสรุป

กฎหมายได้รับการออกแบบเพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ โดยพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เช่น สิทธิ หน้าที่ เจตนา หรือความรับผิดชอบ เป็นต้น กรอบทางกฎหมายถูกสร้างขึ้นบนสมมติฐานของจิตสำนึกและความสามารถในการตัดสินใจทางศีลธรรมของมนุษย์เป็นหลัก สภาพบุคคลทางกฎหมายเป็นเพียงแนวคิดที่กำหนดความสามารถของสิ่งหนึ่งสิ่งใดให้มีสิทธิและภาระผูกพันตามกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่าสิ่งนั้นจะมีความคล้ายคลึงกับมนุษย์ หรือมีเจตจำนงเสรี จริยธรรม หรือ มโนธรรม หรือต้องได้รับสิทธิทั้งหมดที่มนุษย์พึงมี

สำหรับกรณีของปัญญาประดิษฐ์ที่มิได้มีจิตสำนึกหรือการแสดงเจตนาเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ทางปฏิบัติ สามารถสร้างอันตรายหรือความเสียหายได้ในบางสถานการณ์โดยไม่มีมนุษย์เข้ามาเกี่ยวข้อง จึงมีคำถามว่าบุคคลใดควรเป็นผู้รับผิดชอบเมื่อระบบผิดพลาด ไม่ว่าจะเป็นการประมวลผล ข้อมูลผิดพลาด หรือการทำงานผิดพลาดอย่างหนึ่งอย่างใด การให้สภาพบุคคลทางกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์เป็นเพียงแนวความคิดที่นำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น สร้างความสัมพันธ์กับสิ่งอื่น ๆ ที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นมนุษย์หรือนิติบุคคลอื่น เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของการใช้งานปัญญาประดิษฐ์เท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การให้สภาพบุคคลตามกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์ ไม่ได้หมายความว่าเราจะถือว่าปัญญาประดิษฐ์ เทียบเท่ากับมนุษย์เสมอไป มิได้หมายความว่า ปัญญาประดิษฐ์ต้องมีจิตสำนึก ความรู้สึก หรือเจตจำนงเสรี ดังเช่นมนุษย์

แม้ว่าปัญญาประดิษฐ์ไม่มีจิตสำนึก ไม่สามารถแสดงเจตนา หรือไม่มีศีลธรรมดังเช่นมนุษย์ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า ปัญญาประดิษฐ์ควรได้รับการยกเว้นจากการพิจารณาในเรื่องความรับผิดชอบทางกฎหมายโดยสิ้นเชิง เนื่องจากเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์มีความก้าวหน้าอย่างต่อเนื่อง จึงจำเป็นต้องสร้างกรอบการกำกับดูแลที่ครอบคลุมและเหมาะสมโดยคำนึงถึงคุณลักษณะเฉพาะของระบบปัญญาประดิษฐ์ที่เป็นกรอบการทำงานสำหรับแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เช่น ความรับผิดชอบ ความโปร่งใส และความเป็นส่วนตัวของข้อมูล เป็นต้น ดังนั้น การพัฒนาแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนในการกำหนดความรับผิดชอบถือเป็นสิ่งสำคัญเพื่อให้มั่นใจถึงความรับผิดชอบของระบบปัญญาประดิษฐ์ ขณะที่

³⁵ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, ประเด็นท้าทายทางด้านกฎหมายในยุค IOTs : ศึกษากรณีความรับผิดชอบจากการใช้งาน Smart Car (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2020), หน้า 53-54.

การให้สภาพบุคคลตามกฎหมายแก่ปัญญาประดิษฐ์อาจนำมาซึ่งประโยชน์มากมาย ที่สามารถบริหารจัดการในเรื่องของความรับผิดชอบในการกระทำหรือการตัดสินใจได้ง่ายขึ้น โดยอาจนำไปสู่พฤติกรรมที่มีความรับผิดชอบของทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้องมากขึ้น นอกจากนี้ ยังเป็นวิธีการป้องกันและสร้างความมั่นใจว่าสิทธิและผลประโยชน์ของภาคส่วนที่เกี่ยวข้องได้รับการปกป้องเช่นกัน

บรรณานุกรม

- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- ภูมินทร์ บุตรอินทร์. **ประเด็นท้าทายทางด้านกฎหมายในยุค IOTs : ศึกษากรณีความรับผิด จากการใช้งาน Smart Car**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2020.
- Brown, Rafael Dean. "Property ownership and the legal personhood of artificial intelligence," **Information & Communications Technology Law** 30, 2 (2021): 208 – 234.
- Centre for Information Policy Leadership (CIPL). **Artificial Intelligence and Data Protection How the GDPR Regulates AI** [Online]. Available URL: https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl-hunton_andrews_kurth_legal_note_-_how_gdpr_regulates_ai__12_march_2020_.pdf, 2023 (November, 25).
- Center for strategic & International Studies. **Japan's Approach to AI Regulation and Its Impact on the 2023 G7 Presidency** [Online]. Available URL: <https://www.csis.org/analysis/japans-approach-ai-regulation-and-its-impact-2023-g7-presidency>, 2023 (November, 29).
- Ebers, Martin. **Artificial Intelligence and Machine Learning Powered Public Service Delivery in Estonia**. USA: Springer International Publishing, 2023.
- European Commission. **Regulation of the european parliament and of the council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligenceact) and amending certain union legislative Acts** [Online]. Available URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>, 2023 (November, 29).
- Expert.ai Team. **Natural Language Processing Systems in AI** [Online]. Available URL: <https://www.expert.ai/blog/examples-natural-language-processing-systems-artificial-intelligence/>, 2023 (November, 10).

- Hannum, Hurst. "The status of the universal declaration of human rights in national and international law." **Georgia Journal of International & Comparative Law** 25 (1995): 289.
- Helmholz, Richard H. **Fundamental Human Rights in Medieval Law (Fulton Lectures 2001)** [Online]. Available URL: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=fulton_lectures, 2023 (November, 11).
- Henz, Patrick. "Ethical and legal responsibility for Artificial Intelligence." **Discover Artificial Intelligence** 1, 2 (2021): 1-3.
- IBM. **Data and AI Team AI vs. Machine Learning vs. Deep Learning vs. Neural Networks: What's the difference?** [Online]. Available URL: <https://www.ibm.com/blog/ai-vs-machine-learning-vs-deep-learning-vs-neural-networks/>, 2023 (November, 10).
- Internet Encyclopedia of Philosophy. **Aristotle: Politics** [Online]. Available URL: <https://iep.utm.edu/aristotle-politics/>, 2023 (November, 12).
- _____. **Plato: Political Philosophy** [Online]. Available URL: <https://iep.utm.edu/platopol/#SH2a>, 2023 (November, 12).
- Kim, Sungmoon. "Confucianism, Moral Equality, and Human Rights: A Mencian Perspective." **The American Journal of Economics and Sociology** 74, 1 (January, 2015): 149.
- Kohn, Benedikt. **AI Regulation around the world** [Online]. Available URL: <https://www.taylorwessing.com/en/interface/2023/ai---are-we-getting-the-balance-between-regulation-and-innovation-right/ai-regulation-around-the-world>, 2023 (November, 18).
- Lafrank, Gabrielle. **Southern California City Becomes First in Nation to Recognize the Rights of a 'Non-Human Animal'** [Online]. Available URL: <https://pethelpful.com/pet-news/non-human-animal-rights>, 2023 (November, 18).
- Lazarus, Ruchard. **Rights for Lake Erie?** [Online]. Available URL: <https://harvardlawreview.org/blog/2019/04/rights-for-lake-erie/>, 2023 (November, 18).
- Naik, Nithesh. **Legal and Ethical Consideration in Artificial Intelligence in Healthcare: Who Takes Responsibility ?** [Online]. Available URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8963864/>, 2023 (December, 1).

- National Constitution Center. **Citizenship Rights, Equal Protection, Apportionment, Civil War Debt** [Online]. Available URL: <https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-xiv>, 2023 (November, 18).
- National Conference of State Legislatures. **Artificial Intelligence 2023 Legislation** [Online]. Available URL: <https://www.ncsl.org/technology-and-communication/artificial-intelligence-2023-legislation>, 2023 (November, 22).
- News European Parliament. **EU AI Act: first regulation on artificial intelligence** [Online]. Available URL: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>, 2023 (November, 25).
- New Zealand Legislation. **Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017** [Online]. Available URL: <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html>, 2023 (November, 18).
- Prime Legal. **Legal personhood of artificial intelligence system** [Online]. Available URL: https://primelegal.in/2020/12/22/legal-personhood-of-artificial-intelligence-system/#_ftn1, 2023 (November, 11).
- Rodrigues, Rowena. “Legal and human rights issues of AI: Gaps, challenges and vulnerabilities.” **Journal of Responsible Technology** 4 (December, 2020): 20.
- Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Company, 118 U.S. 394 (1886).
- Simonart, Valérie. **Artificial intelligence and legal personality** [Online]. Available URL: <https://liedekerke.com/en/insights/artificial-intelligence-and-legal-personality>, 2023 (December, 4).
- Stanford Encyclopedia of Philosophy. **Aristotle’s Political Theory** [Online]. Available URL: <https://plato.stanford.edu/entries/aristotle-politics/>, 2015 (January, 4).
- Target, Tech. **What is Artificial Intelligence and How Does AI Work ?** [Online]. Available URL: <https://www.techtarget.com/searchenterpriseai/definition/AI-Artificial-Intelligence>, 2023 (November, 10).
- Torres-Spelliscy, Ciara. **Does “We the People” Include Corporations ?** [Online]. Available URL: https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/we-the-people/we-the-people-corporations/, 2023 (November, 18).

United Nations. **Universal Declaration of Human Rights** [Online]. Available URL: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, 2023 (November, 11).

Van den berg, Peter. “Slaves: persons or property? The Roman law on slavery and its reception in Western Europe and its overseas territories.” **Osaka University law review** 63 (February 2016): 171.

Wu, Yi. **AI in China: Regulations, Market Opportunities, Challenges for Investors** [Online]. Available URL: <https://www.china-briefing.com/news/ai-in-china-regulatory-updates-investment-opportunities-and-challenges/>, 2023 (November, 29).

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอายุความและระยะเวลา
ในการบอกกล่าวโมฆียะกรรมตามประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดร.กรณัฏฐ์ ปรเสริญศักดิ์

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอายุความและระยะเวลาในการบอกล้างโมฆียะกรรม
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
Legal Issues Concerning Prescription and the Periods for Avoiding
Voidable Acts Under the Civil and Commercial Code

ดร.กรณกมล ประเสริฐศักดิ์*
Dr.Kornkamon Prasertsak

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอายุความและระยะเวลาในการบอกล้างโมฆียะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากการศึกษาพบว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาอาจไม่ใช่อายุความเสมอไป ซึ่งในทางกฎหมายระยะเวลาและอายุความมีความแตกต่างกัน อายุความเป็นระยะเวลาอย่างหนึ่ง โดยกฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในเวลานั้น หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวสิทธิเรียกร้องย่อมขาดอายุความ ส่วนกรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาอย่างอื่นที่มีใช้อายุความ จึงไม่นำบทบัญญัติกฎหมายเรื่องอายุความมาใช้บังคับแต่อย่างใดก็ตาม อายุความและกำหนดระยะเวลาในการบอกล้างโมฆียะกรรมควรเป็นบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการตั้งข้อขีดค้นไว้เป็นกรอบระยะเวลาให้บุคคลกระทำการหรือใช้สิทธิภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดและเมื่อบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่อาจมีการตกลงให้แตกต่างเป็นอย่างอื่นได้ หากฝ่าฝืนย่อมตกเป็นโมฆะ

คำสำคัญ: อายุความ, ระยะเวลา, ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. (สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; น.ด. (สาขาวิชานิติศาสตร์) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. E-mail: kornkamon.pras@gmail.com

Lecturer in Law at Faculty of Law, Chulalongkorn University; LL.B. (Second Class Honours), Thammasat University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. in Private and Business Law, Chulalongkorn University; Doctor of Juridical Science (Laws), Chulalongkorn University.

วันที่รับบทความ (received) 25 มกราคม 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 9 พฤษภาคม 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 14 พฤษภาคม 2567.

Abstract

This paper discusses the legal issues concerning prescription and the periods for avoiding voidable acts under the Civil and Commercial Code. The study shows that the provisions regulate periods of time that may not always be related to prescription. According to the law, periods of time and prescription are different. Prescription, which is one type of period, requires the creditor to exercise the right to claim within a specific time frame. If a claim has not been enforced within the periods fixed by law, it is barred by prescription. Other periods, not related to prescription, do not fall under the provisions of prescription. However, prescription and the periods for avoiding voidable acts should be provisions related to public order or good morals. This is because the spirit of the law aims to set limits as a framework for people to act or exercise their rights within the periods fixed by law. When these provisions are related to public order or good morals, they cannot be altered by agreement. If violated, any such agreement would be void.

Keywords: prescription, periods of time, public order or good morals

1. บทนำ

กำหนดระยะเวลาตามกฎหมายกับอายุความดูเหมือนมีความคล้ายคลึงกัน เนื่องด้วยเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติถึงเรื่องเวลาเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม การที่บทบัญญัติกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งบัญญัติถึงกรอบระยะเวลาตามกฎหมาย กรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ตามบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ทำให้บทบัญญัตินั้น เป็นบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องอายุความเสมอไป ซึ่งมีความแตกต่างระหว่างระยะเวลาตามกฎหมายกับอายุความ โดยในบางกรณีบทบัญญัติกฎหมายก็บัญญัติไว้ชัดเจนว่าเป็นอายุความ แต่ในอีกหลายกรณีก็ไม่ได้กล่าวโดยชัดแจ้ง นอกจากนั้น ยังต้องมาพิจารณาปัญหาว่าอายุความเป็นบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เพราะในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติกับในทางกฎหมายสารบัญญัติยังมีรอยรอยกัน จึงอาจมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนไปในกรณีดังกล่าวที่จำต้องมาวิเคราะห์อย่างละเอียด รวมถึง กรณีกำหนดระยะเวลาตามกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกำหนดระยะเวลาตามกฎหมายในการบอกล้างโมฆียะกรรมตามมาตรา 181 และมาตรา 865 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งต้องมาพิจารณาเช่นกันว่าบทบัญญัติมาตราดังกล่าวเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ และคู่กรณีสามารถตกลงเปลี่ยนแปลงกำหนดระยะเวลาตามกฎหมายในการบอกล้างโมฆียะกรรมให้เป็นอย่างอื่นได้หรือไม่ เพราะหากเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วก็จะส่งผลถึงการตกลงที่ผิดแผกแตกต่างกับบทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจกระทำได้นี้ หลักกฎหมายและคำพิพากษาของศาลฎีกาในเรื่องอายุความและกรอบระยะเวลาในการบอกล้างโมฆียะกรรมที่กล่าวมานี้ยังมีขัดแย้ง และในบางกรณีก็ไม่มีคำอธิบายหรือมีคำอธิบายที่อาจคลาดเคลื่อนไป จึงทำให้ต้องมาพิจารณาปัญหากฎหมายในเรื่องดังกล่าวนี้ต่อไป

2. ความแตกต่างระหว่างระยะเวลาตามกฎหมายกับอายุความ

บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้ให้คำนิยามคำว่า “ระยะเวลา” และ “อายุความ” ไว้ การที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาที่อาจไม่ใช่อายุความเสมอไป ซึ่งในทางกฎหมายระยะเวลาและอายุความมีความแตกต่างกัน จึงเกิดปัญหาว่ากำหนดระยะเวลาอย่างใดเป็นอายุความ หรือกำหนดระยะเวลาอย่างใดเป็นเพียงกำหนดเวลาตามที่กฎหมายกำหนด เพราะบางกรณีบทบัญญัติของกฎหมายก็มิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง

ทั้งนี้ นักนิติศาสตร์หลากหลายท่านได้ให้คำจำกัดความคำว่า “ระยะเวลา” ไว้ เช่น พระยาเทพวิฑูรย์ให้คำจำกัดความ คำว่า “ระยะเวลา หมายถึงความถึง ส่วนความยาวแห่งเวลา ซึ่งผ่านไปหรือจะได้ผ่านไป

เช่น เวลานั้นปี เท่านั้นเดือน เท่านั้นวัน เหล่านี้เป็นต้น”¹ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ให้จำกัดความ “ความหมายของระยะเวลา ย่อมหมายถึง ความยาวของเวลาซึ่งอาจกำหนดไว้เป็นปี เดือน หรือเป็นวัน ก็ได้”² ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ จำกัดความว่า “ระยะเวลานั้น หมายความว่าถึง ระยะเวลาของเวลา หรือความยาวของเวลาซึ่งผ่านไปหรือจะผ่านไป ระยะเวลาอาจกำหนดเป็นปี เดือน สัปดาห์ วัน ชั่วโมง หรือนาทีก็ได้”³ และศาสตราจารย์ ดร.ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์ ให้จำกัดความว่า “ระยะเวลา หมายถึง ช่วงของเวลาที่สามารถกำหนดเป็นวัน สัปดาห์ เดือน ปี หรือชั่วโมง ก็ได้”⁴

สำหรับคำจำกัดความคำว่า “อายุความ” เช่น พระยาเทพวิฑูรฯ ให้คำจำกัดความและอธิบาย อายุความไว้ว่า “อันว่าอายุความนั้น พูดอย่างง่าย ๆ ก็คือ การที่กฎหมายกำหนดเวลาวาสีทรีเรียกร้อง ในหนี้สิน หรือสิทธิใด ๆ ต้องนำมาฟ้องร้องภายในกำหนดเท่านั้นเท่านี้ ถ้าปล่อยไว้เกินกำหนดก็ฟ้องไม่ได้”⁵ เรียกว่า คดีขาดอายุความ”⁶ ศาสตราจารย์ประกอบ หุตะสิงห์ ให้จำกัดความว่า “อายุความนั้น คือ ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าสิทธิเรียกร้องจะต้องฟ้องร้องเสียภายในกำหนดเวลานี้ ถ้าปล่อยทิ้งไว้ จนเกินกำหนดก็ฟ้องร้องบังคับไม่ได้ ซึ่งเรียกว่าคดีขาดอายุความ”⁷ ดังจะเห็นได้ว่า การที่กฎหมายกำหนด ให้เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทำให้อายุความมีลักษณะเป็น ระยะเวลาอย่างหนึ่ง และเมื่ออายุความเป็นระยะเวลา หลักทั่วไปว่าด้วยการนับระยะเวลาตามประมวล

¹บุญช่วย วณิกกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ ปอทอง, 2477), หน้า 580.

²หยุด แสงอุทัย, หนังสือกฎหมายแพ่งมูลเหตุหนึ่ง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 190.

³ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2527), หน้า 507.

⁴ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 25 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565), หน้า 281.

⁵ทั้งนี้ พระยาเทพวิฑูรฯ ให้คำจำกัดความและอธิบายอายุความไว้ตามบทบัญญัติของกฎหมายเดิมก่อนที่มีการชำระแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2535 คือ ตามมาตรา 163 (เดิม) ที่บัญญัติว่า “อันสิทธิเรียกร้องอย่างใด ๆ ถ้ามิได้ใช้บังคับเสียภายในระยะเวลาอันกฎหมายกำหนดไว้ ท่านว่าตกเป็นอันขาดอายุ ความห้ามมิให้ฟ้องร้อง” จึงทำให้อาจเข้าใจเป็นว่า ตามกฎหมายเดิมนั้น หากคดีขาดอายุความแล้วจะฟ้องร้องกันไม่ได้ แต่แท้จริงแล้วสิทธิหรือหนี้สินยังคงมีอยู่สามารถฟ้องร้องกันได้ และหากลูกหนี้ไม่ยกข้อต่อสู้ ศาลก็ย่อมพิพากษาให้ ดังเช่นหลักการตามกฎหมายในปัจจุบัน.

⁶บุญช่วย วณิกกุล, เรื่องเดิม, หน้า 614.

⁷ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (สำนักพิมพ์นิติบรรณการ: กรุงเทพมหานคร, 2507), หน้า 114.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 5 จึงนำมาใช้กับการนับอายุความด้วย จึงกล่าวโดยสรุปว่า อายุความ คือ ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดขึ้นเป็นเดือน หรือปี เพื่อใช้สิทธิเรียกร้อง ดังนั้น อายุความ เป็นระยะเวลาอย่างหนึ่งที่มีการจำกัดช่วงความยาวของเวลาไว้ในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งเช่นเดียวกับ ระยะเวลาตามกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตาม กำหนดระยะเวลาตามกฎหมายมิใช่อายุความเสมอไป ในการพิจารณาว่า บทบัญญัติใดเป็นบทบัญญัติเรื่องอายุนั้นในบางกรณีก็ยังไม่แน่ชัด ซึ่งบางกรณีบทบัญญัติของกฎหมายก็ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าเป็นอายุความ แต่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ในการใช้สิทธิเรียกร้อง จึงอนุมานกันว่าเป็นบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องอายุความ เช่น บทบัญญัติ มาตรา 419 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ในเรื่องลาภมิควรได้นั้น ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ฝ่ายผู้เสียหายรู้ว่ามิสิทธิเรียกคืน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่เวลาที่สิทธินั้นได้มีขึ้น” หรือบทบัญญัติมาตรา 474 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ในข้อรับผิดเพื่อชำระดอกเบี้ยพร่องนั้น ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นเวลาปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ได้พบเห็นความชำระดอกเบี้ยพร่อง” และบทบัญญัติมาตรา 481 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าผู้ขายมิได้เป็นคู่ความในคดีเดิม หรือถ้าผู้ซื้อได้ประนีประนอมยอมความกับบุคคลภายนอก หรือยอมตามที่บุคคลภายนอกเรียกร้องไซ้ ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีในข้อรับผิดเพื่อการรอนสิทธิเมื่อพ้นกำหนดสามเดือนนับแต่วันคำพิพากษาในคดีเดิม ถึงที่สุด หรือนับแต่วันที่ประนีประนอมยอมความ หรือวันที่ยอมตามบุคคลภายนอกเรียกร้องนั้น” หรือบทบัญญัติมาตรา 563 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “คดีอันผู้ให้เช่าจะฟ้องผู้เช่าเกี่ยวกับสัญญาเช่านั้น ท่านห้ามมิให้ฟ้องเมื่อพ้นกำหนดหกเดือนนับแต่วันส่งคืนทรัพย์สินที่เช่า” เป็นต้น

ทั้งนี้ บทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้ชัดเจนในกฎหมายว่าเป็นอายุความ ดังเช่น บทบัญญัติ มาตรา 448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้พึงจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด” โดยกฎหมายได้บัญญัติว่าเป็นอายุความไว้โดยตรง รวมถึง บทบัญญัติของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 6 อายุความ ในหมวด 2 กำหนดอายุความ กฎหมายก็บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าสิทธิเรียกร้องต่าง ๆ มีกำหนดอายุความกี่ปี เช่น มาตรา 193/31 บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องของรัฐที่จะเรียกเอาค่าภาษีอากร ให้มีกำหนดอายุความสิบปี ส่วนสิทธิเรียกร้องของรัฐที่จะเรียกเอาหนี้อย่างอื่นให้บังคับตามบทบัญญัติในลักษณะนี้” หรือมาตรา 193/32 บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุด หรือโดยสัญญาประนีประนอมยอมความ ให้มีกำหนดอายุความสิบปี ทั้งนี้ ไม่ว่าสิทธิเรียกร้องเดิมจะมีกำหนดอายุความเท่าใด” หรือมาตรา 193/33 บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องดังต่อไปนี้ ให้มีกำหนดอายุความห้าปี” และมาตรา 193/34 บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องดังต่อไปนี้ ให้มีกำหนดอายุความสองปี” เป็นต้น

ในทางตรงกันข้าม บทบัญญัติกฎหมายบางประเภทได้กำหนดเวลาสำหรับการใช้สิทธิเรียกร้องต่อศาล แต่มีการกำหนดเวลาขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์บางประการ เช่น กำหนดระยะเวลาบอกล้างโมฆียะกรรมตามมาตรา 181 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมนั้นจะบอกล้างมิได้เมื่อพ้นเวลาหนึ่งปีนับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ หรือเมื่อพ้นเวลาสิบปีนับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้น” และกำหนดเวลาบอกล้างสัญญาประกันตามมาตรา 865 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าในเวลาทำสัญญาประกันภัย ผู้เอาประกันภัยก็ดี หรือในกรณีประกันชีวิต บุคคลอันการใช้เงินย่อมอาศัยการทรงชีพหรือมรณะของเขานั้นก็ดี รู้อยู่แล้วละเว้นเสียไม่เปิดเผยข้อความจริง ซึ่งอาจจะได้จูงใจผู้รับประกันภัยให้เรียกเบี้ยประกันภัยสูงขึ้นอีกหรือให้บอกปิดไม่ยอมทำสัญญา หรือว่ารู้อยู่แล้วแถลงข้อความนั้นเป็นความเท็จไว้ ท่านว่าสัญญานั้นเป็นโมฆียะ” วรคสอง “ถ้ามิได้ใช้สิทธิบอกล้างภายในกำหนดเดือนหนึ่งนับแต่วันที่ผู้รับประกันภัยทราบมูลอันจะบอกล้างก็ดี หรือมิได้ใช้สิทธินั้นภายในกำหนดห้าปีนับแต่วันทำสัญญาก็ดี ท่านว่าสิทธินั้นเป็นอันระงับไป” ดังจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวนี้ มิใช่บทบัญญัติของกฎหมายที่มีกำหนดเวลาไว้สำหรับการใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล จึงมีอาจเรียกว่าเป็นบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องอายุความ แต่เป็นเพียงกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้น ในการพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายเรื่องอายุความจึงพิจารณาถึงการที่กฎหมายกำหนดเวลาไว้สำหรับการใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล แต่หากเป็นเพียงระยะเวลาตามกฎหมาย กฎหมายนั้นบัญญัติระยะเวลาขึ้นก็อาจด้วยวัตถุประสงค์บางประการ แต่มิใช่กรอบเวลาในการใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล เช่นนี้ จึงทำให้เรื่องระยะเวลาตามกฎหมายกับอายุความมีความแตกต่างกัน

3. อายุความในฐานะกำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิเรียกร้อง

อายุความที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 นี้ หมายถึง อายุความของสิทธิเรียกร้องเท่านั้น กล่าวคือ การไม่ใช้สิทธิเรียกร้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเรียกว่าอายุความ ทำให้สิทธิเรียกร้องนั้นหมดอำนาจไป⁸ ซึ่งอายุความเป็นระยะเวลาอย่างหนึ่ง โดยกฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในกำหนดเวลา ตามมาตรา 193/9 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องใด ๆ ถ้ามิได้ใช้บังคับภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด สิทธิเรียกร้องนั้นเป็นอันขาดอายุความ” การที่สิทธิเรียกร้องขาดอายุความมิได้หมายถึงสิทธิของเจ้าหนีั้ระงับไปโดยอัตโนมัติ แต่กฎหมายวางหลักเพื่อลงโทษเจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิ และให้ประโยชน์แก่ลูกหนี้ โดยลูกหนี้จะใช้ประโยชน์แห่งอายุความยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เจ้าหนี้หรือไม่ก็ได้ และก็มีได้หมายความว่าเจ้าหนี้จะใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลไม่ได้ แต่หมายความว่า สิทธิเรียกร้องนั้นอาจบังคับตามกฎหมายไม่ได้ หากลูกหนียกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ชำระหนี้ ตามมาตรา 193/10 ประมวลกฎหมายแพ่งและ

⁸ หยุด แสงอุทัย, เรื่องเดิม, หน้า 193.

พาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องที่ขาดอายุความ ลูกหนี้มีสิทธิที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องนั้นได้” และเมื่อยกอายุความเป็นข้อต่อสู้แล้ว ศาลก็ต้องพิพากษายกฟ้อง เพราะสิทธิเรียกร้องนั้นไม่อาจบังคับกันได้ตามกฎหมาย แต่ทั้งนี้ หากลูกหนี้ชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่ขาดอายุความแล้ว จะเรียกคืนมิได้ เพราะมูลหนี้ดังกล่าวนั้นยังมีอยู่ หาได้ระงับไปเพราะเหตุที่หนี้ขาดอายุความไม่

ทั้งนี้ การกำหนดอายุความก็เพื่อความเป็นธรรมแก่ลูกหนี้ หากปล่อยให้สิทธิเรียกร้องหรือหนี้ใด ๆ ไม่มีกำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิเรียกร้องเลย ลูกหนี้ซึ่งก็คือผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งสิทธิเรียกร้องนั้นก็ต้องได้รับความกังวลอยู่ตลอดไปไม่มีวันจบสิ้น และการกำหนดอายุความส่วนหนึ่งก็เป็นไปเพื่อความสงบเรียบร้อยในสังคม เพราะการที่หนี้ใด ๆ ไม่มีขอบเขตระยะเวลาในการใช้สิทธิ ย่อมจะส่งผลตามมาคือความเดือดร้อนวุ่นวายในสังคมอย่างต่อเนื่อง อันทำให้รัฐต้องมีนโยบายที่ขจัดปัญหาเพื่อให้สังคมสงบสุข จึงกำหนดระยะเวลาอันควรที่คู่กรณีจะใช้สิทธิเรียกร้องต่อกันขึ้นเป็นอายุความ อีกทั้งในเรื่องพยานหลักฐานต่าง ๆ หากไม่มีบทบัญญัติเรื่องอายุความ การเก็บรักษาหลักฐานหรือเอกสารต่าง ๆ ก็คงต้องมีอยู่ตลอดไป ซึ่งในความเป็นจริง เมื่อระยะเวลาผ่านไป เอกสารพยานหลักฐานก็ย่อมเสื่อมลง ฉะนั้น อายุความจึงช่วยปลดเปลื้องภาระเหล่านั้น นอกจากนั้น อายุความยังมีผลคล้าย ๆ กับเป็นการลบล้างสิทธิของผู้มีสิทธิแล้วปล่อยปละละเลยไม่ใช้สิทธิเรียกร้องที่ตนมีอยู่ ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการไม่สนใจที่จะบังคับตามสิทธิในหนี้สินที่ตนมีต่อผู้อื่น และในทางกลับกัน อายุความก็อาจเป็นเครื่องช่วยกระตุ้นเตือนให้บุคคลพึงใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเสียภายในเวลาอันสมควรด้วย⁹

4. ปัญหาอายุความเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

เมื่อพิจารณาคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (public order or good morals)” จะเห็นได้ว่าเป็นคำที่มีความหมายกว้างมาก จึงเป็นการยากที่จะให้คำจำกัดความว่ากรณีใดเป็นกฎหมายในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนบ้าง ซึ่งอาจขึ้นอยู่กับบริบทแวดล้อมทั้งปวง¹⁰ โดยนักนิติศาสตร์หลายท่านก็ได้ให้คำอธิบายความหมายในส่วนความสงบเรียบร้อยของประชาชนไว้โดยสังเขป อาทิ ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ได้อธิบายความสงบเรียบร้อยของประชาชนไว้ว่า “เป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้ เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ และจะได้คุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคม

⁹ประกอบ หุตะสิงห์, เรื่องเดิม, หน้า 116.

¹⁰Dai Mengyong, “Juristic acts, public order and good morals,” *Renmin Chinese Law Review* 10, 10 (2023): 1-32.

นั่นเอง”¹¹ และศาสตราจารย์ศักดิ์ สมองชาติ ให้ความหมายว่า “ประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติ หรือประชาชน หากจะกล่าวอย่างกว้าง ๆ การกระทำใดซึ่งมีผลกระทบถึงความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคมและหรือความมั่นคงของสถาบันครอบครัว ย่อมเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน”¹² เป็นต้น

สำหรับกรณีอายุความเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือไม่นั้น ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในการยกปัญหาคดีขาดอายุความขึ้นมาวินิจฉัยได้ว่า ปัญหาคดีขาดอายุความหรือไม่ ไม่ใช่ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลจะยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5)¹³ ดังนั้น เรื่องปัญหาคดีขาดอายุความในทางวิธีสบัญญัติ จึงพิจารณากันว่าไม่เป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ อาจด้วยเหตุผลเพราะศาลวินิจฉัยให้เป็นเรื่องที่ต้องให้การต่อสู้คดี ซึ่งการต่อสู้คดีแพ่งก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องเฉพาะคู่กรณี คือ โจทก์และจำเลยเท่านั้น การวินิจฉัยนอกเหนือไปจากประเด็นแห่งคดีเป็นการต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 วรรคหนึ่งตอนต้น ซึ่งบัญญัติว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือคำสั่งให้สิ่งใด ๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง” และเมื่อคู่กรณีอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกันในคดีแพ่ง การที่ฝ่ายหนึ่งมิได้ยกเหตุคดีขาดอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ศาลจึงมีอาจยกขึ้นได้เอง นอกจากนั้น ปัญหาดังกล่าวก็มีปัญหาที่เกี่ยวข้อง

¹¹จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 15.

¹²ศักดิ์ สมองชาติ, เรื่องเดิม, หน้า 41.

¹³คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7191/2558 (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา) ปัญหาว่า คดีขาดอายุความหรือไม่ ไม่ใช่ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลจะยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 142(5) แต่เป็นเรื่องที่จำเลยทั้งสองจะต้องให้การต่อสู้คดี ทั้งคำให้การในคดีส่วนแพ่งจำเลยทั้งสองต้องแสดงโดยชัดแจ้งว่า จำเลยทั้งสองยอมรับหรือปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ทั้งสิ้นหรือแต่บางส่วนรวมทั้งเหตุแห่งการนั้น ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 177 วรรคสอง ซึ่งตามคำให้การของจำเลยทั้งสองแสดงโดยชัดแจ้งในคำให้การว่าฟ้องโจทก์ขาดอายุความ 2 ปี ตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/35 โดยอ้างเหตุว่า จำเลยทั้งสองทำหนังสือรับสภาพหนี้หลังจากผิดนัดชำระค่าเช่าหลายปี เช่นนี้ เป็นกรณีจำเลยทั้งสองให้การว่ารับสภาพความรับผิดชอบโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือ จึงมีกำหนดอายุความ 2 ปี ตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/35 จำเลยทั้งสองไม่ได้ให้การต่อสู้ว่าฟ้องโจทก์ขาดอายุความ 5 ปี ตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/33(3) ประกอบมาตรา 193/14(1) และ 193/15 ศาลจึงไม่อาจหยิบยกอายุความ 5 ปี ตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/33(3) ขึ้นวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้เพราะเป็นการวินิจฉัยนอกเหนือไปจากคำให้การของจำเลยทั้งสองต้องห้ามตาม ป.วิ.พ. มาตรา 142 วรรคหนึ่ง.

กับความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) ซึ่งบัญญัติว่า “ในคดีที่อาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้นั้น เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะยกข้อเหล่านั้นขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาคดีไปก็ได้” โดยอาจพิเคราะห์ว่าการที่คดีขาดอายุความหรือไม่เป็นเรื่องในคดีระหว่างโจทก์จำเลย ไม่กระทบต่อประชาชนส่วนรวม¹⁴ จึงมิได้เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนส่วนรวมแต่อย่างใด และการที่ลูกหนี้จะยกเอาประโยชน์จากอายุความหรือไม่ ก็เป็นสิทธิเฉพาะตัวของลูกหนี้หาได้เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ ศาลจึงไม่อาจยกอายุความขึ้นมาวินิจฉัยได้เอง อันทำให้ปัญหาคดีขาดอายุความหรือไม่ในคดีแพ่ง ไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามแนวคำพิพากษาของศาล

แต่อย่างไรก็ตาม จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินสืบเนื่องกันมาตลอดว่าอายุความมิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลจึงไม่อาจยกขึ้นพิจารณาได้เองนั้น มีข้อควรวิเคราะห์ด้วยความเคารพว่า การที่ศาลไม่อาจยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ อาจเกิดจากเหตุตามมาตรา 193/29 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้ามิได้ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ศาลจะอ้างเอาอายุความมาเป็นเหตุยกฟ้องไม่ได้” เสียมากกว่า เพราะบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องอายุความบัญญัติไว้ชัดเจนให้เฉพาะกรณีที่คู่กรณียกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้เท่านั้นที่ศาลจะอ้างเหตุคดีขาดอายุความในการพิพากษายกฟ้อง¹⁵ แต่หากกลับกัน คู่กรณีฝ่ายที่ถูกฟ้องมิได้ยกเอาเหตุที่คดีขาดอายุความเป็นข้อต่อสู้ ศาลก็จำต้องวินิจฉัยคดีไปตามฟ้อง โดยศาลมิได้มีอำนาจยกอายุความขึ้นมาพิจารณาในคดีแพ่งได้เอง เช่นนี้ การที่ศาลไม่อาจยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ จึงน่าจะมาจากบทบัญญัติมาตรา 193/29 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่ด้วยเหตุที่ว่า ปัญหาเรื่องอายุความไม่ใช่ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

นอกจากนี้ หากยึดถือตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาว่าบทบัญญัติในเรื่องอายุความมิใช่บทบัญญัติอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ผลของการที่มิใช่บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย จะเท่ากับเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นหรืออาจตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างไรก็ได้ ทั้งนี้ เพราะตามมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” แต่กระนั้น ศาลฎีกากลับตัดสินโดยยอมรับว่า

¹⁴ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: ปณรัชช, 2552), หน้า 462.

¹⁵ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 322-323.

บุคคลไม่สามารถตกลงกันกำหนดอายุความเป็นอย่างอื่นได้¹⁶ นอกเหนือจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/11 ยังบัญญัติไว้ชัดเจนว่า “อายุความที่กฎหมายกำหนดไว้นั้น คู่กรณีจะตกลงกันให้คดีใช้หรือขยายออกหรือยื่นเข้าไม่ได้” โดยหากกฎหมายเปิดโอกาสให้มีการตกลงยกเว้น ยื่นเข้าหรือขยายอายุความได้ ก็จะเป็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งอาจเกิดกรณีที่สัญญาต่าง ๆ มีการตกลงยกเว้นกฎหมายเรื่องอายุความไว้ และก็เป็นโอกาสให้เจ้าหน้าที่บังคับบัญชาหลอกลวงให้ยกเว้นบทบัญญัติเรื่องอายุความ จนในท้ายที่สุด บทบัญญัติกฎหมายเรื่องอายุความอาจเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ตายแล้ว คือ ไม่มีโอกาสที่จะนำมาใช้ในทางปฏิบัติได้เลย¹⁷ และลูกหนี้ก็จำต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งสิทธิเรียกร้องนั้นตลอดไป ซึ่งการกำหนดอายุความก็เพื่อให้ระบบกฎหมายมีหลักประกันความแน่นอนของสิทธิเรียกร้อง อันมีเหตุผลมาจากนโยบายของรัฐ การกำหนดอายุความจึงเป็นไปเพื่อความสงบเรียบร้อยในสังคม เช่นนี้ บทบัญญัติกฎหมายในเรื่องอายุความจึงต้องถือว่าเป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน บุคคลจะตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นไม่ได้

อนึ่ง เมื่ออายุความเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่อาจอาศัยเพียงเจตนาของคู่กรณีมาตกลงยกเว้น ขยายออกหรือยื่นเข้าซึ่งอายุความ¹⁸ โดยอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นระยะเวลาเท่าใดก็จำต้องเป็นไปตามนั้น และหากฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 193/11 ผลย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นการตกลงที่ผิดแผกแตกต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงที่ฝ่าฝืนเช่นนี้จึงตกเป็นโมฆะ

กล่าวโดยสรุป ในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ ความเข้าใจในเรื่องอายุความว่าเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ ยังคงคลาดเคลื่อนอยู่ แม้ศาลพิพากษาโดยยอมรับว่าบุคคลไม่สามารถตกลงกำหนดอายุความเป็นอย่างอื่นหรือไม่สามารถตกลงขยายหรือยื่นอายุความให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ แต่ศาลกลับพิพากษาว่า ปัญหาคดีขาดอายุความหรือไม่

¹⁶คำพิพากษาฎีกาที่ 1383/2523 (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา) อายุความที่กฎหมายกำหนดไว้ผู้ใดหาอาจขยายออกหรือยื่นเข้าได้ไม่ ข้อบังคับของบริษัทนายจ้างที่ให้ลูกจ้างยื่นคำร้องขอรับบำเหน็จต่อบริษัทเมื่อพ้นจากการเป็นพนักงานภายใน 3 เดือนจึงไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย; คำพิพากษาฎีกาที่ 1842/2548 (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา) กรณีของโจทก์ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น จึงต้องใช้อายุความ 10 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30 บังคับ จำเลยจะกำหนดระยะเวลาการใช้สิทธิเรียกร้องขอรับเงินสงเคราะห์รายเดือน (บำนาญ) ของโจทก์ให้น้อยลงไม่ได้ ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/11.

¹⁷ศันนท์กรณีย์ โสทธิพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 291.

¹⁸สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่, อายุความ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2561), หน้า 300.

มิใช่ข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลจะยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง และในทางตรงกันข้าม ทางด้านกฎหมายสารบัญญัติ บทบัญญัติกฎหมายในเรื่องอายุความก็พิจารณาได้ว่าเป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่นนี้ จึงอาจเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนไปในปัญหาคดีแพ่งเรื่องอายุความที่กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติมีการปรับใช้กฎหมายในเรื่องเดียวกันแต่กลับเกิดการปรับใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาว่าอายุความเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในกฎหมายวิธีสบัญญัติโดยหลักแล้วศาลก็ต้องมีอำนาจหยิบยกเรื่องอายุความขึ้นมาวินิจฉัยได้ แม้ไม่มีการยกขึ้นกล่าวอ้างไว้เป็นประเด็นก็ตาม แต่กระนั้น เหตุที่ศาลมีอายุความมาเป็นเหตุยกฟ้องในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ก็เนื่องด้วยบทบัญญัติมาตรา 193/29 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติในทางกฎหมายสารบัญญัติที่ได้บัญญัติยกเว้นไว้เป็นพิเศษโดยเฉพาะ จึงเห็นว่าเป็นการต้องห้ามอย่างชัดแจ้งนั่นเอง

5. ปัญหากำหนดระยะเวลาตามกฎหมายในการบอกล้างโมฆียะกรรมเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ และสามารถตกลงเปลี่ยนแปลงกำหนดระยะเวลาตามกฎหมายในการบอกล้างโมฆียะกรรมให้เป็นอย่างอื่นได้หรือไม่

นอกจากปัญหาเรื่องอายุความเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่แล้ว ปัญหาเรื่องระยะเวลาก็ยังคงเป็นคำถามว่ากำหนดระยะเวลาตามกฎหมายในการบอกล้างโมฆียะกรรมเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ และสามารถตกลงยกเว้น ย่นหรือขยายระยะเวลาตามกฎหมายในการบอกล้างโมฆียะกรรมได้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วิเคราะห์กรณีการบอกล้างโมฆียะกรรมตามบทบัญญัติมาตรา 181 และมาตรา 865 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเมื่อทั้งสองมาตราดังกล่าวมิใช่อายุความ จึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 193/11 ที่กล่าวมาในหัวข้อก่อนหน้านี้

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 181 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมนั้นจะบอกล้างมิได้เมื่อพ้นเวลาหนึ่งปีนับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ หรือเมื่อพ้นเวลาสิบปีนับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้น” และบทบัญญัติมาตรา 865 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้ามิได้ใช้สิทธิบอกล้างภายในกำหนดเดือนหนึ่งนับแต่วันที่ได้รับประกันภัยทราบมูลอันจะบอกล้างก็ดี หรือมิได้ใช้สิทธินั้นภายในกำหนดห้าปีนับแต่วันทำสัญญาที่ดี ท่านว่าสิทธินั้นเป็นอันระงับไป” ซึ่งบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้ไม่ใช่บทบัญญัติกฎหมายในเรื่องอายุความ เพราะมิได้มีกำหนดเวลาไว้สำหรับการใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล แต่เป็นเพียงกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ใน การบอกล้างโมฆียะกรรมเท่านั้น โดยจะเห็นได้ว่า ในการบอกล้าง

โมฆียะกรรมย่อมกระทำได้โดยการแสดงเจตนาแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นบุคคลที่มีตัวกำหนดได้แน่นอนตามบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 178 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิต้องอาศัยการฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลบอกล้างโมฆียะกรรม และกรณีการบอกล้างสัญญาประกันภัยตามมาตรา 865 ก็สามารถบอกล้างไปยังผู้เอาประกันภัยได้โดยตรงเลย¹⁹

บทบัญญัติกฎหมายมาตรา 181 และมาตรา 865 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องระยะเวลา ซึ่งหมายถึงเพียงว่า ผู้มีสิทธิบอกล้างหากประสงค์จะใช้สิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมก็ต้องบอกล้างภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายบัญญัติไว้ในแต่ละมาตรา และตราบไต่ที่นิติกรรมที่เป็นโมฆียะนั้นยังมิได้บอกล้าง นิติกรรมนั้นก็ยังคงสมบูรณ์ โดยกฎหมายเปิดโอกาสให้คู่กรณีตัดสินใจว่าจะยังคงยึดถือนิติกรรมนั้นไว้หรือจะบอกล้างนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้น ทั้งนี้ เพราะด้วยเหตุที่นิติกรรมอันเป็นโมฆียะ แม้มีความผิดปกติดูอยู่แต่ก็มีได้ร้ายแรงมากนัก แต่กระนั้นกฎหมายก็กำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆียะไว้เพื่อให้บุคคลใช้สิทธิบอกล้างภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายบัญญัติ และหากมีคดีขึ้นมาสู่ศาล แม้คู่ความมิได้ยกการเกินกำหนดระยะเวลาขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ศาลก็มีอำนาจวินิจฉัยได้เอง²⁰

อย่างไรก็ตาม ปัญหากรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดสำหรับการบอกล้างโมฆียะกรรมนั้นสามารถตกลงเปลี่ยนแปลงกำหนดระยะเวลาขึ้นเป็นอย่างอื่นได้หรือไม่ หรือบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงมีอาจตกลงให้แตกต่างได้ ทั้งนี้ มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5852/2537 วินิจฉัยว่า ...ระยะเวลาบอกล้างโมฆียะกรรมไม่ใช่อายุความ จึงไม่อยู่ในบังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 191 (เดิม) ที่จะยื่นเข้าไม่ได้ เมื่อจำเลยผู้รับประกันชีวิตสมัครใจยอมลดระยะเวลาในการบอกล้างโมฆียะกรรมจากกำหนด 5 ปี นับแต่วันทำสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 865 วรรคสอง ลงมาเป็นกำหนด 2 ปี นับแต่วันที่จำเลยอนุมัติให้ต่ออายุกรมธรรม์ประกันชีวิต จำเลยจึงต้องผูกพันตามนั้น...²¹

¹⁹สรพล จ. สุขทรศนีย์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะประกันภัย, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 42.

²⁰รติชัย รถทอง, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2563), หน้า 338.

²¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5852/2537 (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา) ตามคำร้องขอต่ออายุกรมธรรม์ประกันชีวิตมีข้อความว่าหลังจากครบ 2 ปี นับแต่วันที่จำเลยอนุมัติให้ต่ออายุกรมธรรม์ประกันชีวิต จำเลยไม่มีสิทธิโต้แย้งหรือบอกเลิกข้อผูกพันในกรมธรรม์ฉบับนี้แต่ประการใด ซึ่งข้อความดังกล่าวผูกพันจำเลย เมื่อปรากฏว่าจำเลยได้อนุมัติให้ต่ออายุกรมธรรม์ประกันชีวิต เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2527 จำเลยจึงต้องบอกล้างเสียในวันที่ 9 พฤศจิกายน 2529 ฉะนั้น เมื่อจำเลยเพิกบอกล้างเมื่อวันที่ 30 มกราคม 2530 จึงเป็นการมิได้บอกล้างโมฆียะกรรมเสียภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ 9 พฤศจิกายน 2527 จำเลยจึงต้องผูกพันตามกรมธรรม์ประกันชีวิตดังกล่าว.

นอกจากนี้ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5520/2564 วินิจฉัยว่า ...บทบัญญัติเกี่ยวกับการบอกล้างโมฆะกรรม ไม่ใช่บทบัญญัติเคร่งครัดและเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาจึงสามารถตกลงเกี่ยวกับกำหนดเวลาในการบอกล้างโมฆะกรรมโดยแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 วรรคสอง ได้...²² ซึ่งเหตุผลดังกล่าวตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ จำต้องได้รับการวิเคราะห์อย่างละเอียด โดยรายละเอียดที่ปรากฏตามคำพิพากษาเป็นคดีการฟ้องเรียกเงินตามสัญญาประกันชีวิต ซึ่งผู้ตายทำประกันชีวิตไว้กับบริษัทจำเลยผู้รับประกันภัยเมื่อวันที่ 22 มกราคม 2559 โดยไม่ต้องมีการตรวจสอบสุขภาพ ต่อมาเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2560 ผู้ตายถึงแก่ความตายเนื่องจากขาดอากาศหายใจจากการสำลักอาหารลงปอด และจำเลยได้รับประวัติการรักษาพยาบาลของผู้ตายจากโรงพยาบาลพบว่า ผู้ตายมีประวัติป่วยเป็นโรคความดันโลหิตสูงและเข้ารับการรักษาโรคดังกล่าวก่อนทำประกันชีวิตกับจำเลย และเมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2560 จำเลยได้แจ้งบอกล้างสัญญาประกันชีวิตไปยังโจทก์ผู้รับประกันภัยแล้ว โดยอ้างข้อเท็จจริงว่าผู้ตายได้แสดงข้อความโดยปกปิดข้อความจริงที่เกี่ยวกับสุขภาพซึ่งเป็นสาระสำคัญในช่วงก่อนและระหว่างการทำสัญญาประกันภัยต่อจำเลย ทำให้สัญญาประกันภัยดังกล่าวตกเป็นโมฆะ จำเลยจึงบอกล้างโมฆะกรรมตามสัญญาประกันภัยดังกล่าว ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยจึงมีว่า ศาลอุทธรณ์แผนกคดีผู้บริโภคตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 วรรคสอง คลาดเคลื่อนต่อเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายมาตราดังกล่าวหรือไม่

²²คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5520/2564 (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา) ตาม ป.พ.พ. มาตรา 175 โมฆะกรรมในนิติกรรมที่เกิดจากความบกพร่องในความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ ศาลมีคำสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ การแสดงเจตนาเพราะสำคัญผิดถูกฉ้อฉลหรือถูกข่มขู่รวมถึงบุคคลวิกลจริต และบัญญัติให้มีสิทธิบอกล้างได้ และตามมาตรา 177 ยังบัญญัติว่าอาจให้สัตยาบันเพื่อให้เป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ตั้งแต่เริ่มแรกได้ จึงชี้ชัดว่าโมฆะกรรมไม่ใช่บทบังคับให้นิติกรรมเสียไปเลยเป็นโมฆะกรรม แต่ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาที่แสดงเจตนาทราบเหตุแห่งโมฆะกรรมแล้ว ยังคงประสงค์ที่จะให้นิติกรรมดังกล่าวนั้นมีผลบังคับหรือไม่ บทบัญญัติเกี่ยวกับการบอกล้างโมฆะกรรม ไม่ใช่บทบัญญัติเคร่งครัดและเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาจึงสามารถตกลงเกี่ยวกับกำหนดเวลาในการบอกล้างโมฆะกรรมโดยแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 วรรคสอง ได้ เมื่อตามสำเนาหนังสือรับรองการประกันชีวิตข้อ 2.4.1. ระบุว่า กรณีที่สมาชิกผู้เอาประกันภัยไม่เปิดเผยความจริงหรือแถลงข้อความเท็จ บริษัทจะบอกล้างสัญญาภายในหนึ่งปีนับแต่วันทำสัญญา ทั้งตามเอกสารหมายเลข 6 ส่วนที่ 3 ข้อกำหนดทั่วไปข้อที่ 2 ระบุว่า บริษัทจะไม่โต้แย้งหรือคัดค้านความไม่สมบูรณ์ของสัญญาประกันภัยที่มีผลใช้บังคับมาเป็นเวลา 1 ปีนับแต่วันที่กรมธรรม์มีผลบังคับ สัญญาจึงมีผลผูกพันผู้ตายและจำเลย จำเลยไม่อาจใช้สิทธิบอกล้างเกินกว่าระยะเวลาดังกล่าว.

ศาลฎีกาพิจารณาและวินิจฉัยโดยให้เหตุผลว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 175 และมาตรา 177 ซึ่งระบุว่า โฆษณกรรมไม่ใช่บทบังคับให้นิติกรรมเสียไปเลยเป็นโฆษณกรรม แต่ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาที่แสดงเจตนาทราบเหตุแห่งโฆษณกรรมแล้วยังคงประสงค์ที่จะให้นิติกรรมดังกล่าวนี้มีผลบังคับหรือไม่ บทบัญญัติเกี่ยวกับการบอกล้างโฆษณกรรมจึงไม่ใช่บทบัญญัติที่บังคับเคร่งครัดและเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาจึงสามารถตกลงเกี่ยวกับกำหนดเวลาในการบอกล้างโฆษณกรรมโดยแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 วรรคสองได้ เมื่อตามสำเนาหนังสือรับรองการประกันชีวิตระบุว่า กรณีที่สมาชิกผู้เอาประกันภัยไม่เปิดเผยความจริงหรือแถลงข้อความเท็จ บริษัทจะบอกล้างสัญญาภายใน 1 ปี นับแต่วันทำสัญญา ทั้งตามเอกสารในส่วนข้อกำหนดทั่วไประบุว่า บริษัทจะไม่ได้แย้งหรือคัดค้านความไม่สมบูรณ์ของสัญญาประกันภัยที่มีใช้บังคับมาเป็นเวลา 1 ปี นับแต่วันที่กรมธรรม์มีผลบังคับสัญญาจึงผูกพันผู้ตายและจำเลย จำเลยไม่อาจใช้สิทธิบอกล้างเกินกว่าระยะเวลาดังกล่าว ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น²³

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5520/2564 ดังกล่าว การวินิจฉัยว่าการตกลงเกี่ยวกับระยะเวลาในการบอกล้างโฆษณกรรมตามมาตรา 865 วรรคสอง สามารถทำได้นั้น เมื่อวิเคราะห์เหตุผลในการย่นระยะเวลากการบอกล้างโฆษณกรรมจะเห็นได้ว่า เป็นคำวินิจฉัยที่อาจมีขึ้นเพื่อความเป็นธรรมเฉพาะคดีตามมาตรา 865 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น มีอาจยึดถือเป็นหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับกรณีกำหนดระยะเวลาในการบอกล้างโฆษณกรรมทุกกรณีว่าไม่เป็นกฎหมายเคร่งครัดและไม่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ ตามมาตรา 865 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องประกันภัย เนื่องจากธุรกิจประกันภัยอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะและมีหน่วยงานเฉพาะควบคุม เพราะการดำเนินงานของบริษัทประกันภัยอาจมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ เช่นนี้ จึงมีคำสั่งนายทะเบียนในการวางข้อกำหนดกรมธรรม์มาตรฐานที่ตัดทอนระยะเวลาในการบอกล้างโฆษณกรรมให้สั้นลง โดยเห็นว่าการกำหนดระยะเวลาตามมาตรา 865 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้นยาวเกินไป จึงมีการย่นระยะเวลา 5 ปี ลงมาเหลือ 2 ปี และ 1 ปี เพื่อให้บริษัทประกันภัยมีความรอบคอบในการรับประกันมากยิ่งขึ้นและเป็นการเร่งรัดให้ผู้รับประกันภัยต้องตรวจสอบข้อมูลโดยเร็วเพื่อให้เกิดความแน่นอนในสัญญาประกันภัยที่ทำนั้น การที่กำหนดระยะเวลาในการบอกล้างโฆษณกรรมเนิ่นนานไป และผู้รับประกันภัยเพิ่งตรวจสอบข้อมูลจึงมีการบอกล้างโฆษณกรรมเมื่อใกล้ครบกำหนดระยะเวลา 5 ปี ตามมาตรา 865 วรรคสอง ก็อาจทำให้ผู้เอาประกันภัยได้รับความเสียหายจากการบอกล้างโฆษณกรรมเกินสมควร ซึ่งเมื่อธุรกิจประกันภัยเป็นธุรกิจเฉพาะจึงทำให้ปัจจุบันรัฐต้องเข้ามาควบคุมและกำหนดให้ผู้รับประกันในฐานะ

²³เรื่องเดียวกัน.

ผู้มีวิชาชีพต้องเร่งรัดตรวจสอบให้เร็วขึ้น อันเป็นการเพิ่มความคุ้มครองผู้เอาประกันภัยในฐานะผู้บริโภคด้วย โดยบุคคลผู้มีสิทธิบอกกล่าวโมฆียะกรรมในกรณีนี้ คือ บริษัทผู้รับประกันภัยที่จำต้องใช้ความระมัดระวังในระดับวิชาชีพ และตามเนื้อหาสัญญาประกันภัยที่ทำขึ้นระหว่างผู้เอาประกันภัยและผู้รับประกันภัย ในคดีดังกล่าว เมื่อผู้รับประกันภัยได้ตกลงยินยอมไม่ได้แย้งคัดค้านความไม่สมบูรณ์ของสัญญาประกันภัย ที่มีผลบังคับมาเป็นเวลา 1 ปี นับแต่วันที่กรมธรรม์มีผลบังคับ อันมีลักษณะเป็นการตกลงที่เป็นโทษ ต่อผู้รับประกันภัยซึ่งเป็นบริษัทผู้ประกอบกิจการประกันภัยเอง ข้อตกลงตามสัญญาสำเร็จรูปเช่นนี้ ศาลฎีกาแผนกคดีผู้บริโภคซึ่งเป็นศาลที่วินิจฉัยคดีดังกล่าวจึงอาจพิจารณาเพื่อความเป็นธรรมว่า เมื่อบริษัทผู้รับประกันภัยกำหนดระยะเวลาดังกล่าวให้เป็นโทษแก่ตนทั้งที่เป็นผู้มีวิชาชีพเฉพาะ ก็ย่อมคาดได้ว่า บริษัทผู้รับประกันภัยได้พิจารณาอย่างดีแล้ว ส่วนผู้เอาประกันภัยอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเพียงบุคคลธรรมดา เป็นผู้กระทำการให้สัญญาเป็นโมฆียะ และมีใช้ผู้มีสิทธิบอกกล่าวโมฆียะกรรมตามมาตรา 865 วรรคสอง การที่ผู้มีสิทธิบอกกล่าวโมฆียะกรรมซึ่งมีอำนาจเหนือกว่ายอมตกลงยกเว้นกำหนดระยะเวลาในการบอกกล่าวโมฆียะกรรมลง จึงเชื่อได้ว่าศาลคำนึงถึงประโยชน์แก่ผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำกว่า กรณีตามบทบัญญัติมาตรา 865 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงอาจมีลักษณะเป็นบทบัญญัติเฉพาะเรื่อง ประกอบกับเหตุผลที่ธุรกิจประกันภัยอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะและมีหน่วยงานเฉพาะเข้ามาควบคุมทำให้สัญญาประกันภัยดังกล่าวมีข้อกำหนดเฉพาะที่แตกต่างได้ แต่อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ควรหมายความว่าบทบัญญัติในการบอกกล่าวโมฆียะกรรมทุกกรณี เช่น มาตรา 181 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่บทบัญญัติเคร่งครัดและไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว การที่พิพากษาว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการบอกกล่าวโมฆียะกรรม มิใช่บทบัญญัติเคร่งครัดและไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ด้วยความเคารพอย่างสูง บทบัญญัติเคร่งครัด (jus strictum) มีลักษณะเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถใช้ดุลพินิจเพิ่มเติมเสริมแต่งเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นให้เป็นอย่างอื่นได้ บทกฎหมายเคร่งครัดจึงมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ (Rule) บังคับไว้แน่นอนตายตัว ผู้ใช้กฎหมายจึงต้องใช้กฎหมายตามความที่บัญญัติไว้อย่างแข็งขันแล้วนั้น²⁴ ซึ่งบทกฎหมายเคร่งครัดทำให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอน และผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสามารถรับรู้ถึงสิทธิและหน้าที่ของตนเองได้ โดยมีการยึดถือความหมายและตีความบทบัญญัติกฎหมายตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด²⁵ ทั้งนี้ ถ้าเรื่องกำหนดระยะเวลาตามกฎหมาย

²⁴ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 53.

²⁵LSD, jus strictum [Online], available URL: <https://www.lsd.law/define/jus-strictum>, 2024 (March, 25).

ในการบอกกล่าวโมฆียะกรรมมิใช่บทบัญญัติเคร่งครัดแล้ว การบัญญัติกฎหมายก็คงไม่มีความจำเป็นจะต้องบัญญัติกฎหมายถึงกรอบระยะเวลาตามกฎหมายในการบอกกล่าวโมฆียะกรรมไว้ เพราะหากกฎหมายเปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ในทุกกรณี บทบัญญัติกฎหมายที่เป็นกรอบระยะเวลาก็อาจมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ และเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายถึงกำหนดเวลาในการบอกกล่าวโมฆียะกรรมก็เพื่อมุ่งหมายให้กรณีที่มีการใช้สิทธิบอกกล่าวโมฆียะกรรมดังกล่าวจะต้องกระทำในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด มิอาจใช้สิทธิในการบอกกล่าวโมฆียะกรรมเกินกรอบเวลาที่กฎหมายกำหนดได้ ดังนั้น หากคู่กรณีสามารถตกลงเกี่ยวกับกำหนดระยะเวลาในการบอกกล่าวโมฆียะกรรมให้แตกต่าง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีตกลงให้ขยายระยะเวลาดังกล่าวออกไปเกินกว่ากรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่นนี้ก็เป็นการขัดต่อกฎหมายได้ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องกำหนดระยะเวลาในการบอกกล่าวโมฆียะกรรมตามกฎหมายนั้น บทกฎหมายเช่นนี้เห็นว่าจะควรเป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะหากปล่อยให้คู่กรณีมีการตกลงกันเองในกรอบเวลาเรื่องการบอกกล่าวโมฆียะกรรมแล้ว ผลที่ตามมาก็เชื่อว่าจะเกิดการตกลงที่ไม่เป็นธรรมและมีการได้เปรียบเสียเปรียบซึ่งกันและกัน โดยกำหนดระยะเวลาในการบอกกล่าวโมฆียะกรรมตามกฎหมายเป็นบทกฎหมายที่ได้กำหนดระยะเวลาไว้อย่างชัดเจนแล้ว อันจะช่วยทำให้การบอกกล่าวโมฆียะกรรมต้องกระทำภายในกำหนดเวลาที่แน่นอนเท่านั้น การเป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงอาจมาจากการที่กฎหมายตั้งข้อขัดกันไว้เพื่อประสงค์จะรักษาความสงบปลอดภัยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้เรื่องดังกล่าวจะเป็นเรื่องที่ทำกันระหว่างเอกชนต่อเอกชน²⁶ แต่หากปล่อยให้มีการตกลงเรื่องกรอบระยะเวลาในการบอกกล่าวโมฆียะกรรมให้เป็นอย่างอื่นก็อาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในการบังคับใช้กฎหมายในสังคมตามมาได้

สำหรับกรอบระยะเวลาในการบอกกล่าวโมฆียะกรรมที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 181 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้น ก็ไม่เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่า มาตรา 181 เป็นบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือไม่ และสามารถตกลงให้แตกต่างได้หรือไม่ ซึ่งมาตรานี้มีลักษณะเป็นการกำหนดกรอบระยะเวลาที่ให้ผู้มีสิทธิบอกกล่าวโมฆียะกรรมจะต้องบอกกล่าวนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้นภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด โดยผู้มีสิทธิบอกกล่าวโมฆียะกรรมจะใช้สิทธิของตนในการบอกกล่าวนิติกรรมอันเป็นโมฆียะหรือไม่ก็ได้ แต่หากใช้สิทธิในการบอกกล่าวนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้น ก็จำเป็นต้องใช้สิทธิภายในกรอบระยะเวลาตามมาตรา 181 ดังกล่าว ซึ่งผู้มีสิทธิบอกกล่าวนิติกรรมอันเป็นโมฆียะตามมาตรา 181 เช่น ผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้เยาว์เมื่อบรรลุนิติภาวะแล้ว

²⁶ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 3** (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 13.

หรือได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม บุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถเมื่อพ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถแล้ว หรือผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แล้วแต่กรณี บุคคลวิกลจริตขณะที่ยังจิตของบุคคลนั้นไม่วิกลแล้ว บุคคลผู้แสดงเจตนาเพราะสำคัญผิด หรือถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ และทนายทของผู้นำนิติกรรมดังกล่าว เมื่อผู้นำนิติกรรมที่มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมนั้นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 175 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะเห็นได้ว่า บุคคลที่มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมเป็นบุคคลที่สมควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากการทำนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆียะ และกฎหมายก็เปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านี้สามารถบอกล้างนิติกรรมนั้นได้ภายในกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ควรถูกจำกัดสิทธิในการบอกล้างโมฆียะกรรมให้น้อยกว่ากรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด²⁷ บทบัญญัติกฎหมายในเรื่องกำหนดระยะเวลาในการบอกล้างโมฆียะกรรมมาตรานี้ จึงควรเป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นกัน และไม่ควรเปิดโอกาสให้มีการตกลงเปลี่ยนแปลงกรอบระยะเวลาตามกฎหมายให้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งกฎหมายกำหนดกรอบระยะเวลาไว้เท่าใด ก็ควรจะเป็นไปตามนั้น หากฝ่าฝืนตกลงผิดแผกแตกต่างจากบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงที่ฝ่าฝืนเช่นนี้ ย่อมตกเป็นโมฆะ

6. บทสรุป

จากบทความเรื่องนี้ แสดงให้เห็นว่ากำหนดระยะเวลาตามกฎหมายกับอายุความมีความแตกต่างกัน ผลของระยะเวลาและอายุความก็ย่อมแตกต่างกันไป อายุความเป็นระยะเวลาอย่างหนึ่ง แต่บทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติถึงกำหนดระยะเวลาอาจมิใช่อายุความ โดยอายุความเป็นกฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด หากพ้นกำหนดแล้วคดีย่อมขาดอายุความ ทำให้ลูกหนี้มีสิทธิที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องนั้นได้ โดยลูกหนี้อายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ และเมื่อยกอายุความเป็นข้อต่อสู้แล้ว ศาลก็ต้องพิพากษายกฟ้อง ส่วนการที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาอย่างอื่นที่มิใช่อายุความ จึงไม่นำบทบัญญัติเรื่องอายุความมาใช้บังคับ การไม่ได้ใช้สิทธิภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว หากมีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ศาลก็มีอำนาจยกเรื่องกำหนดระยะเวลาขึ้นมาวินิจฉัยได้เอง แม้คู่ความจะมีได้ยกเป็นข้อต่อสู้ก็ตาม

ทั้งนี้ แม้ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะวินิจฉัยว่า ปัญหาคดีขาดอายุความหรือไม่ ไม่ใช่ข้อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลจะยกขึ้นวินิจฉัยได้เองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142(5) แต่การที่ศาลไม่อาจยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้

²⁷ ศันสน์ภรณ์ โสติพันธ์, เรื่องเดิม, หน้า 238.

น่าจะมาจากเหตุตามมาตรา 193/29 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มากกว่า มีใช้เนื่องจากปัญหาเรื่องอายุความไม่ใช่ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะศาลยังยอมรับว่าบุคคลไม่สามารถตกลงกันกำหนดอายุความเป็นอย่างอื่นได้ พร้อมทั้งมาตรา 193/11 ยังบัญญัติห้ามไม่ให้คู่กรณีตกลงกันงดใช้หรือขยายออกหรือยื่นเข้าซึ่งอายุความ กฎหมายเรื่องอายุความจึงมีลักษณะเป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การที่กฎหมายกำหนดเรื่องอายุความก็เพื่อก่อให้เกิดผลแก่รัฐ ทั้งความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงในสิทธิของบุคคล และมีให้เกิดการนำคดีมาฟ้องร้องกันเมื่อเกินเวลาที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น เมื่ออายุความเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงตกลงให้แตกต่างไม่ได้ หากฝ่าฝืนย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สำหรับปัญหาเรื่องระยะเวลาตามกฎหมาย โดยเฉพาะกรณีการบอกล้างโมฆียะกรรมตามบทบัญญัติมาตรา 181 และมาตรา 865 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งทั้งสองมาตรานี้มีใช้อายุความ จึงไม่นำบทบัญญัติเรื่องอายุความมาใช้บังคับ โดยกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดสำหรับการบอกล้างโมฆียะกรรมนั้น แม้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การตกลงเกี่ยวกับระยะเวลาในการบอกล้างโมฆียะกรรมตามมาตรา 865 วรรคสอง สามารถทำได้ แต่ทั้งนี้ก็มีใช้หลักกฎหมายว่าบทบัญญัติในการบอกล้างโมฆียะกรรมทุกกรณีไม่เป็นบทบัญญัติเคร่งครัดและไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยเห็นว่า คำวินิจฉัยในคดีดังกล่าวที่ได้วินิจฉัยมาอาจมีขึ้นเพื่อความเป็นธรรมเฉพาะคดีและเป็นเรื่องที่มีข้อกำหนดอันเป็นกฎหมายเฉพาะในเรื่องประกันภัยที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดกรอบระยะเวลาในการบอกล้างโมฆียะกรรมนั้น ควรจะเป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเจตนารมณ์ของการกำหนดระยะเวลาในการบอกล้างโมฆียะกรรมเนื่องมาจากการที่กฎหมายต้องการตั้งข้อขีดค้นไว้เป็นกรอบระยะเวลา จึงไม่ควรเปิดโอกาสให้คู่กรณีตกลงแตกต่างได้ โดยเฉพาะบทบัญญัติมาตรา 181 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้มีสิทธิบอกล้างนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ ซึ่งเป็นบุคคลที่สมควรได้รับความคุ้มครองจากการทำนิติกรรมนั้น จึงไม่ควรถูกจำกัดระยะเวลาในการบอกล้างโมฆียะกรรมให้น้อยกว่ากรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากมีการตกลงฝ่าฝืน ข้อตกลงดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ

เรื่องกำหนดระยะเวลาตามกฎหมายกับอายุความดังที่กล่าวมาแล้ว จึงสมควรพิจารณาว่าเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และมีอาจมีการตกลงที่แตกต่างจากบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นได้ ทั้งนี้ เพื่อความแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายทั้งปวง

บรรณานุกรม

- จิต เศรษฐบุตร. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- บุญช่วย วณิกกุล. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 4**. พระนคร: โรงพิมพ์ปอทอง, 2477.
- ประกอบ หุตะสิงห์. **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา**. สำนักพิมพ์นิติบรรณการ: กรุงเทพมหานคร, 2507.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 5. ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์: คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มิถุนายน 2526.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: ปณรัชช, 2552.
- รติชัย รดทอง. **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2563.
- ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์. **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 26. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2567.
- ศักดิ์ สอนงาชาติ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2527.
- สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่. **อายุความ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2561.
- สรพล สุขทรศนี. **คำอธิบายกฎหมายลักษณะประกันภัย**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- หยุด แสงอุทัย. **หนังสือกฎหมายแพ่งมูลหนี้หนึ่ง**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.
- LSD. **jus strictum** [Online]. Available URL: <https://www.lsd.law/define/jus-strictum>, 2024 (March, 25)
- Mengyong, Dai. "Juristic acts, public order and good morals." *Renmin Chinese Law Review* 10, 10 (2023): 1-32.

การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแพ่ง
สำหรับคดีซื้อขายออนไลน์

ดร.พิชญ์ วิทยารัฐ
ภคิน อัครธีรานุภาพ

การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแพ่งสำหรับคดีซื้อขายออนไลน์ Civil Court Proceeding of Online Sale Transaction Case

ดร.พิชญ์ วิทยารัฐ*
Dr.Pich Wittayarat
ภคิน อัครธีรานุภาพ**
Pkin Akkhrathiranuphab

บทคัดย่อ

การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแพ่งสำหรับคดีซื้อขายออนไลน์การติดต่อสื่อสารผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในยุคปัจจุบันนั้นเป็นที่แพร่หลายเป็นอย่างมาก ทำให้การซื้อขายผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ทางออนไลน์มีจำนวนเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก จึงทำให้เกิดข้อพิพาทในการซื้อขายออนไลน์มีสูงตามไปด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุนี้ศาลยุติธรรมจึงได้มีการปรับเปลี่ยนรูปแบบสำหรับการดำเนินคดีซื้อขายออนไลน์ในการอำนวยความสะดวกแห่งความยุติธรรม เพื่อให้บุคคลทุกคนได้เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมง่ายขึ้น ได้รับการคุ้มครองสิทธิ ได้รับการชดเชย การเยียวยาอย่างเหมาะสมเมื่อเกิดข้อพิพาทจากการซื้อขายออนไลน์ ในการนี้คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมจึงได้มีมติจัดตั้ง “แผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง” เพื่อรองรับปัญหาข้อพิพาทอันเกิดจากการซื้อขายออนไลน์ และได้มีการออก

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; LL.M. in International Trade and Commercial Law, Durham University, UK; นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: pich_w@ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. in International Trade and Commercial Law, University of Durham, UK; LL.D. Ramkhamhaeng University.

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; LL.M. in International Financial Services Law, University of Manchester, UK. E-mail: pkin.a@ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. (Second Class Honours), Thammasat University; LL.M. in International Financial Services Law, University of Manchester, UK.

วันที่รับบทความ (received) 28 พฤศจิกายน 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 18 มกราคม 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 18 มกราคม 2567.

ประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทในเรื่องการซื้อขายออนไลน์โดยเฉพาะ โดยมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาประกอบกับข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2563 และประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้วิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ในคดีซื้อขายออนไลน์

เขตอำนาจของศาลแพ่งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์นั้นสามารถรับคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลแพ่งได้ทั่วราชอาณาจักรไม่ว่าคดีนั้นจะเกิดในเขตหรือนอกเขตของศาลแพ่ง หรือคดีที่เกิดในศาลแขวง ซึ่งมีพื้นที่ทับซ้อนกับเขตของศาลแพ่งก็ตาม เพื่อเป็นช่องทางอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนทั่วไป โดยคดีที่อยู่ในอำนาจของแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งนี้ครอบคลุมถึงเฉพาะคดีผู้บริโภค หมายความว่าฝ่ายหนึ่งของคู่สัญญาต้องเป็นผู้บริโภคและอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นผู้ประกอบการเท่านั้น ซึ่งการทำสัญญาดังกล่าวจะต้องเป็นการทำสัญญาผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ โดยแม้ชื่อของแผนกจะใช้ชื่อว่าคดี “ซื้อขาย” ออนไลน์ แต่หากดูในคำนิยามคำว่า “ซื้อ” หรือ คำว่า “ขาย” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ประกอบด้วยโดยคำนิยามมาตรา 3 ให้ความหมายรวมถึง การเช่า การเช่าซื้อ หรือได้มาหรือจัดหาให้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ด้วยเหตุนี้ อำนาจของแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งจึงครอบคลุมไปถึงการซื้อขายและการให้บริการต่าง ๆ บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตด้วย อีกทั้งการดำเนินกระบวนการพิจารณาในแผนกคดีซื้อขายออนไลน์นี้จะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาในระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์เต็มรูปแบบในทุกขั้นตอน ตั้งแต่การยื่นคำฟ้องผ่านระบบ e-Filing การส่งหมายเรียกและเอกสารต่าง ๆ ตลอดไปถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาผ่านระบบ Google Meet รวมทั้งการทำคำพิพากษาที่จะต้องทำในรูปแบบของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยเช่นกัน

คำสำคัญ: คดีซื้อขายออนไลน์, ศาลแพ่ง, ระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์

Abstract

As communication via electronic media is currently popular, a number of sale transaction via electronic media is increasingly high. This, consequently, leads people to dispute over online sale transaction. Thus, the Court of Justice has adjusted its proceedings of sale transaction case so as to accelerate the administration of justice to all people to protect their rights, to compensate them for their loss and to remedy their damage to their online transaction appropriately. Regarding the issue, the Judicial Administration Commission establishes “Online Sale Transaction Case Division of the Civil Court” in order to serve as resolution of online sale transaction dispute. Furthermore, it has launched Announcement of the Judicial Administration Commission on Establishment of Online Sale Transaction Case Division of the Civil Court that gives authority of the Division to settle dispute for online sale transaction. Specifically which shall be applied to cases subject to the provisions of Regulation of the President of the Supreme Court on Electronic Court Proceedings B.E. 2563 (2020) and Announcement of the Office of the Judiciary on Criteria, Methods and Conditions relating to the Electronic Court Procedures for Online Sale Transaction Case.

Jurisdiction of the Online Sale Transaction Case Division of the Civil Court covers all cases throughout the Kingdom of Thailand either such case is under the jurisdiction of the Civil Court or not, or under the jurisdiction of any Kwaeng Court sharing its jurisdiction with the Civil Court so that it can accelerate the administration of justice to all people. The jurisdiction of the Online Sale Transaction Case Division of the Civil Court covers only consumer cases where a party is a consumer and the other party is an entrepreneur who enter into a contract via the internet and electronic devices. A part of the Division’s name is Online “Sale Transaction”, which shall be implied under the definition of “Purchase” and “Sale” of the Consumer Protection Act B.E. 2565 (2022) Section 3, providing that “includes a lease, hire-purchase or acquisition by any means in return for remuneration in the form of money or any other benefit”. As a result, jurisdiction of the Online Sale Transaction Case Division of the Civil Court covers sale, purchase, as well as any services on the internet. As for court proceedings of the Online Sale Transaction Case Division of the Civil Court,

it shall be proceeded via full electronic system starting with submission of plaint via e – Filing System, followed by service of summon and legal documents, court proceeding taking place via Google Meet, as well as judgement in electronic file.

Keywords: online sale transaction case, civil court, electronic system

1. บทนำ

การสื่อสารและเทคโนโลยีที่สูงขึ้นในโลกยุคปัจจุบัน รวมถึงการที่มีสิ่งอำนวยความสะดวกเพิ่มมากขึ้นมีผลทำให้พฤติกรรมของคนนั้นมีการปรับเปลี่ยนไปตามยุคสมัย โดยเฉพาะการทำการซื้อขายสินค้าโดยผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือที่เรียกว่าการซื้อขายออนไลน์นั้นได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก เพราะมีความสะดวกสบายไม่ต้องเสียเวลาเดินทาง สามารถหาข้อมูลเปรียบเทียบลักษณะของสินค้าได้โดยง่าย เปรียบเทียบราคาของผู้ขายก่อนที่จะเลือกซื้อได้ ซึ่งทำให้อัตราการทำธุรกรรมในการซื้อขายนั้นเพิ่มขึ้นเป็นอันมาก อย่างไรก็ตาม การมีธุรกรรมการซื้อขายได้ง่ายและมากขึ้นนั้นทำให้เกิดปัญหาและข้อพิพาทเพิ่มขึ้นเกี่ยวกับการซื้อขายออนไลน์เป็นจำนวนมากเช่นกัน จากการที่ผู้ขายและผู้ซื้อไม่รู้จักกันอยู่ห่างไกลกัน ไม่สามารถตรวจสอบสินค้าที่ซื้อขายกันได้ก่อน เป็นปัจจัยที่ทำให้เกิดข้อพิพาทได้โดยง่าย

ด้วยเหตุนี้ ศาลยุติธรรมจึงได้มีการปรับเปลี่ยนรูปแบบสำหรับการดำเนินคดีซื้อขายออนไลน์ในการอำนวยความสะดวกแห่งความยุติธรรม เพื่อให้บุคคลทุกคนได้เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมง่ายขึ้น ได้รับการคุ้มครองสิทธิ ได้รับการชดเชย การเยียวยาอย่างเหมาะสมเมื่อเกิดข้อพิพาทจากการซื้อขายออนไลน์ ในการนี้คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมจึงได้มีมติจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งเพื่อรองรับปัญหาข้อพิพาทอันเกิดจากการซื้อขายออนไลน์¹ และได้มีการออกประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง อีกทั้งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 138 ตอนที่ 87 ก ในวันที่ 20 ธันวาคม 2564 ดังนั้น ประกาศนี้จึงมีผลบังคับใช้ในวันที่ 21 ธันวาคม 2564 เป็นต้นไป

โดยวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งนั้น ในประกาศฉบับนี้ได้ระบุไว้ว่า การซื้อขายสินค้าและบริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นที่แพร่หลาย ทำให้เกิดข้อพิพาทตามมาเป็นจำนวนมาก “แต่ช่องทางระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ไม่เอื้อต่อการที่ผู้บริโภคจะเข้าถึงได้โดยสะดวก เป็นผลให้ผู้บริโภคจำนวนมากไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่สุจริต จึงมีความจำเป็นต้องจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ขึ้นในศาลแพ่งให้เป็นระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์เต็มรูปแบบ” ซึ่งจะทำให้ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการซื้อขายหรือการให้บริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ด้วยตนเองโดยตรงสะดวกและรวดเร็วมากยิ่งขึ้น²

¹การประชุมคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ครั้งที่ 13/2564.

²ศูนย์วิทยบริการศาลยุติธรรมเฉลิมพระเกียรติ, ห้องสมุดศาลยุติธรรม, ประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง [Online], available URL: <https://library.coj.go.th/th/media/58813/media-58813.html>, 2566 (มิถุนายน, 21).

ด้วยเหตุที่กล่าวข้างต้น บทความนี้มีความประสงค์ที่จะอธิบายและวิเคราะห์ถึงอำนาจในการจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง ประเภทคดีที่แผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งมีอำนาจและรูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาของแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งตามประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง

2. อำนาจในการจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งและอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอิเล็กทรอนิกส์

การแบ่งแผนกในส่วนราชการของศาลยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือ ศาลฎีกานั้น สามารถจัดการได้ด้วยการออกประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม³ โดยคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมนี้จะมีประธานศาลฎีกาเป็นประธาน และมีคณะกรรมการมาจากทั้งศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา รวมทั้งยังมีผู้ทรงคุณเป็นองค์ประชุมด้วย⁴ ซึ่งอำนาจของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมนี้มีอำนาจที่จะออกประกาศเพื่อการบริหารราชการศาลยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับงานบริหารราชการและงานธุรการของสำนักงานศาลยุติธรรม ให้เป็นไปตามนโยบายของประธานศาลฎีกา⁵ ด้วยอำนาจดังที่กล่าวมานี้คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมจึงได้มีการออก “ประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง” เพื่อจัดให้มีช่องทางการระงับข้อพิพาทได้สะดวก เป็นธรรมและมีความรวดเร็วยิ่งขึ้น

ในส่วนของการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น การที่คดีซื้อขายออนไลน์นั้นเป็นคดีแพ่ง กฎหมายจึงกำหนดให้ประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาสามารถมีข้อกำหนดให้คดีบางประเภทสามารถกำหนดรูปแบบการพิจารณาพิพากษาคดีที่เหมาะสมเป็นการเฉพาะ เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความสะดวก รวดเร็ว⁶ อีกทั้งประธานศาลฎีกายังสามารถ

³ พระธรรมนูญศาลยุติธรรม, มาตรา 4 ศาลฎีกา ศาลชั้นอุทธรณ์ และศาลชั้นต้น อาจแบ่งส่วนราชการเป็นแผนกหรือหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่น และจะให้มีอำนาจในคดีประเภทใดหรือคดีในท้องที่ใด ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของแต่ละศาลนั้นแยกต่างหากโดยเฉพาะก็ได้ โดยให้ออกเป็นประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม.

⁴ สำนักคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม, คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม [Online], available URL: <https://ojac.coj.go.th/th/content/page/index/id/121885,2566> (พฤศจิกายน, 26).

⁵ สำนักคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม, อำนาจหน้าที่ ก.บ.ศ. [Online], available URL: [https://ojac.coj.go.th/th/content/page/index/id/121266#:~:text=อักษร%20\(Increase%20Text\)-,อำนาจหน้าที่%20ก.บ.ศ.,หน้าที่%20ดังต่อไปนี้,2566](https://ojac.coj.go.th/th/content/page/index/id/121266#:~:text=อักษร%20(Increase%20Text)-,อำนาจหน้าที่%20ก.บ.ศ.,หน้าที่%20ดังต่อไปนี้,2566) (มิถุนายน, 21).

⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 34/1 เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว และเที่ยงธรรมหรือเพื่อความเหมาะสมสำหรับคดีบางประเภท ให้ประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามีอำนาจออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการฟ้องคดี การสืบพยานและการรับฟังพยานหลักฐานการวินิจฉัยคดี ตลอดจนการดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ได้ตามความจำเป็น.

ออกข้อกำหนดเพื่อให้มีการจัดทำสารบบความและสารบบคำพิพากษาให้อยู่ในรูปแบบข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ได้⁷ รวมถึงการยื่นและส่งคำคู่ความและเอกสารไม่ว่าจะเป็นการยื่นหรือส่งต่อศาลหรือต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งสามารถดำเนินการทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อสารสนเทศอื่นใดก็ได้⁸ ซึ่งอำนาจดังกล่าวมานี้ประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาจึงได้มีการออก “ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2563” เพื่อใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอิเล็กทรอนิกส์

ส่วนในการกำหนดรายละเอียดในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือการยื่น ส่ง หรือรับเอกสาร หรือการนั่งพิจารณาคดีและการบันทึกคำเบิกความพยานนั้น ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2563 ได้กำหนดให้เป็นไปตามที่สำนักงานศาลยุติธรรมกำหนดด้วยเหตุนี้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีซื้อขายออนไลน์ สำนักงานศาลยุติธรรมได้ออก “ประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้วิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ในคดีซื้อขายออนไลน์” เพื่อใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีกับคดีที่อยู่ในอำนาจศาลแพ่งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์โดยเฉพาะ

3. เขตอำนาจการพิจารณาคดีของแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง

เขตอำนาจของแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งนั้นได้มีประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง ข้อ 4 อ้างอิงถึงพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 16 และมาตรา 19/1 ซึ่งกำหนดให้อำนาจแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งนั้นมีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีดังต่อไปนี้

⁷ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 51 วรรคสองการจัดทำสารบบความหรือสารบบคำพิพากษา การรวบรวมเอกสารในสำนวนความ และการเก็บรักษาสำเนาคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) (4) และ (5) อาจกระทำในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และให้ถือว่าสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวที่รับรองโดยวิธีการที่ศาลกำหนดเป็นสำเนาสารบบความหรือสารบบคำพิพากษา หรือเป็นสำเนาเอกสารในสำนวนความแล้วแต่กรณี และให้ใช้แทนต้นฉบับได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา โดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และเมื่อข้อกำหนดนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้.

⁸ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 68 การยื่นและส่งคำคู่ความและเอกสารในลักษณะนี้ไม่ว่าการนั้นจะเป็นโดยคู่ความฝ่ายใดทำต่อศาลหรือต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง หรือศาลทำต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทุกฝ่าย รวมทั้งการแจ้งคำสั่งของศาลหรือข้อความอย่างอื่นไปยังคู่ความหรือบุคคลอื่นใด อาจดำเนินการโดยทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศอื่นใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และเมื่อข้อกำหนดนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้.

3.1 คดีที่อยู่ในเขตของศาลแพ่ง

ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 16 วรรคสอง ซึ่งให้กำหนดให้ศาลแพ่งมีเขตอำนาจครอบคลุมตลอดในท้องที่กรุงเทพมหานคร นอกจากศาลที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลดังต่อไปนี้ คือ ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ศาลแพ่งตลิ่งชัน ศาลแพ่งธนบุรี ศาลแพ่งพระโขนง และศาลแพ่งมีนบุรี ดังนั้น หากคดีที่มีเขตอำนาจอยู่ในศาลต่าง ๆ เหล่านี้ จะไม่ถือว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลแพ่งซึ่งจะเป็นกรณีตามข้อ 3.2 ต่อไป

โดยคำว่าที่ที่เกิดขึ้นในหรือนอกเขตอำนาจของศาลแพ่งนั้นไม่ได้มีความหมายถึงเพียงแค่ว่า “มูลคดีเกิด” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 4(1) เท่านั้น แต่ยังมี ความหมายกว้างกว่านั้นซึ่งครอบคลุมไปถึงคดีตามมาตรา 3(1) มาตรา 4 ทวิ มาตรา 4 ตริ มาตรา 5 หรือมาตรา 7 ด้วย กล่าวคือ หากคดีใดมีมูลคดีเกิดขึ้นในเรือไทยหรืออากาศยานไทยที่อยู่นอกราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 3(1) ให้ศาลแพ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ นั้นแปลว่า คดีเหล่านี้ถือว่ามิใช่คดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลแพ่งตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมมาตรา 16 วรรคสอง หรือ คดีที่ไม่ใช่คดีอันเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในราชอาณาจักรไทย อีกทั้งมูลคดีและภูมิลำเนา ของจำเลยไม่ได้เกิดหรือตั้งอยู่ในราชอาณาจักรไทย แต่หากโจทก์มีสัญชาติไทยหรือมีภูมิลำเนาอยู่ใน ราชอาณาจักรไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 4 ตริ ให้สามารถฟ้องคดีได้ ต่อศาลแพ่ง ในกรณีเช่นนี้จึงต้องถือว่าคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลแพ่งอยู่แล้วตามพระธรรมนูญ ศาลยุติธรรมมาตรา 16 วรรคสองเช่นกัน หรือในกรณีที่คดีนั้นมีจำเลยหลายคน และโจทก์ได้ยื่นฟ้อง จำเลยร่วมกันในภูมิลำเนาของจำเลยคนหนึ่งที่มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตอำนาจของศาลแพ่ง เช่นนี้ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 5 ก็ให้สามารถยื่นฟ้องคดียังภูมิลำเนาของจำเลยคนใด คนหนึ่งได้ ซึ่งกรณีนี้ก็ต้องถือว่าเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลแพ่งเช่นกันตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 16 วรรคสอง ในกรณีเหล่านี้ เมื่อคดีอยู่ในอำนาจของศาลแพ่งอยู่แล้ว ศาลแพ่งแผนกคดีซื้อขาย ออนไลน์จึงสามารถรับคดีไว้พิจารณาและพิพากษาได้ตามปกติ⁹

3.2 คดีที่อยู่นอกเขตของศาลแพ่ง

คดีที่อยู่นอกเขตของศาลแพ่ง คือ คดีที่ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจศาลแพ่งตาม 3.1 ที่กล่าว มาแล้ว ซึ่งอาจจะเป็นเพราะภูมิลำเนาจำเลย หรือมูลคดีไม่ได้เกิดในเขตอำนาจของศาลแพ่ง ซึ่งการที่ เป็นคดีที่อยู่นอกเขตของศาลแพ่งนั้นอาจเป็นคดีเล็กน้อยที่อยู่ในเขตอำนาจผู้พิพากษาคนเดียวในศาล จังหวัดหรือศาลแขวงตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมมาตรา 25(4) หรือ (5) ก็ได้¹⁰ โดยหากคดีที่อยู่ใน

⁹ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 108.

¹⁰เรื่องเดียวกัน, หน้า 144.

นอกเขตอำนาจของศาลแพ่งแล้วฟ้องคดีต่อศาลแพ่ง ศาลแพ่งอาจใช้ดุลพินิจได้ 2 กรณีคือ ก. ยอมรับคดีไว้พิจารณา หรือ ข. มีคำสั่งโอนไปยังศาลยุติธรรมอื่นที่มีเขตอำนาจตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 16 วรรคสาม¹¹

โดยปกติแล้ว หลักการสำคัญอย่างหนึ่งที่ตามมาตรา 16 วรรคสามนี้คือการที่ศาลแพ่งใช้ดุลพินิจรับคดีไว้พิจารณาตั้งแต่ในชั้นตรวจฟ้อง นั่นก็คือการที่โจทก์ยื่นคำฟ้องเข้ามาในศาลแพ่ง ซึ่งศาลแพ่งทราบว่าเป็นคดีนอกเขตอำนาจของศาลแพ่ง แต่ศาลแพ่งมีคำสั่งโดยชัดแจ้งว่ายอมรับคดีไว้พิจารณา ซึ่งการยอมรับนั้นอาจจะเป็นการยอมรับโดยมีคำสั่งโดยชัดแจ้ง¹² เช่น ศาลมีคำสั่ง “เป็นกรณีตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมมาตรา 16 วรรคสาม พิจารณาคดีแล้วให้รับฟ้องไว้พิจารณาพิพากษาสำเนาให้จำเลย หมายถึงเรียกจำเลยให้ให้การแก้คดี” หรือจะเป็นการยอมรับโดยปริยาย¹³ เช่น การที่ศาลรับฟ้องโดยไม่สั่งโอนคดี หรือการที่ศาลสั่งให้โจทก์เสียค่าธรรมเนียมศาลเพิ่ม เป็นต้น

เพราะฉะนั้น การที่โจทก์ยื่นคำฟ้องออนไลน์เพื่อฟ้องคดีแพ่งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์นั้น แสดงว่าโจทก์ประสงค์จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลแพ่ง ซึ่งคดีนั้นมีโอกาสที่จะเป็นคดีที่อยู่นอกเขตอำนาจของศาลแพ่งสูง เนื่องจากคดีออนไลน์นั้นมูลคดีหรือภูมิลำเนาจำเลยอยู่ในเขตอำนาจศาลอื่น การที่ศาลแพ่งรับฟ้องคดีซื้อขายออนไลน์นี้ นั่นก็แสดงว่าศาลแพ่งได้ใช้ดุลพินิจรับฟ้องไว้แล้วตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมมาตรา 16 วรรคสาม ซึ่งเมื่อรับฟ้องไว้แล้วศาลแพ่งต้องพิจารณาและพิพากษาคดีนั้นให้แล้วเสร็จ จะยกฟ้องด้วยเหตุคดีไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลอีกไม่ได้ หรือจะใช้ดุลพินิจโอนคดีไปยังศาลที่มีเขตอำนาจอีกไม่ได้

3.3 คดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลแขวงที่ทับซ้อนกับศาลแพ่ง

พื้นที่ในเขตของศาลแพ่งนั้นจะมีศาลแขวงทับซ้อนอยู่ดังต่อไปนี้ คือ ศาลแขวงพระนครเหนือ ศาลแขวงดอนเมือง และศาลแขวงดุสิต หากคดีนั้นอยู่ในเขตศาลแขวงเหล่านี้ ก็จะไม่ใช่คดีที่เกิดนอกเขตศาลแพ่งตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมมาตรา 16 วรรคสาม แต่เป็นกรณีที่ต้องด้วยมาตรา 19/1 ซึ่งให้อำนาจศาลแพ่งสามารถใช้ดุลพินิจได้ คือ ก. ยอมรับพิจารณาคดีที่ยื่นฟ้อง หรือ ข. มีคำสั่งโอนคดีไปยังศาลแขวงพระนครเหนือ ศาลแขวงดอนเมือง หรือศาลแขวงดุสิตก็ได้ เช่นกัน¹⁴

¹¹พรพรหม อินทรมพรรย, พระธรรมนูญศาลยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561), หน้า 59-60.

¹²คำพิพากษาฎีกาที่ 6890/2537.

¹³คำพิพากษาฎีกาที่ 2115/2523 (ประชุมใหญ่).

¹⁴พรพรหม อินทรมพรรย, เรื่องเดิม, หน้า 71.

จะสังเกตได้ว่า เพื่ออำนวยความสะดวกแห่งความยุติธรรม เพื่อให้บุคคลทุกคนได้เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมง่ายขึ้น ได้รับการคุ้มครองสิทธิ ได้รับการชดเชย การเยียวยาอย่างเหมาะสม เมื่อเกิดข้อพิพาทจากการซื้อขายออนไลน์ ศาลแพ่งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์สามารถรับคดีได้ทุกคดีไม่ว่า คดีนั้นจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลแพ่งหรือนอกเขตอำนาจของศาลแพ่งก็ตาม คดีที่ยื่นฟ้องออนไลน์ยังแผนกคดีซื้อขายออนไลน์นี้จึงไม่มีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในการจะรับคดีไว้พิจารณาได้หรือไม่

4. ประเภทคดีที่แผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งมีอำนาจ

คดีที่ศาลแพ่งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ที่รับพิจารณาคดีได้นั้น จะต้องเป็น “คดีซื้อขายออนไลน์” ซึ่งตามประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง มาตรา 3 ให้ความหมายว่า คดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3(1)¹⁵ ที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าหรือบริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพราะฉะนั้น จากความหมายในคำนิยามของประกาศฉบับนี้สามารถพิจารณาประเภทของคดีที่ศาลแพ่งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ได้ดังต่อไปนี้

4.1 เป็นคดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคตามมาตรา 19 หรือกฎหมายอื่นกับผู้ประกอบธุรกิจ

ด้วยเหตุนี้ สถานะของบุคคลที่เป็นคู่กรณีจึงเป็นสิ่งสำคัญกับอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลแพ่งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์โดยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้บริโภคและอีกฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจ

4.1.1 **ผู้บริโภค** มีความหมายอยู่ตามมาตรา 3 ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งโดยปกติแล้วผู้บริโภคจะเป็นผู้ซื้อสินค้าหรือบริการมาเพื่อใช้ประโยชน์ด้วยตนเอง ไม่ได้เป็นคนกลางที่ซื้อสินค้าหรือบริการมาเพื่อทำการค้าต่อไปยังบุคคลอื่นอีกทอดหนึ่ง เพราะฉะนั้น หากการซื้อเป็นการซื้อมาเพื่อขายต่อหรือให้บริการต่อ บุคคลนั้นจะไม่ถือเป็นผู้บริโภค ตัวอย่างเช่น การที่ซื้อสินค้าในลักษณะการซื้อสินค้าจำนวนมากและสามารถคืนสินค้าโดยการหักกลบลบหนี้ที่ค้างชำระอยู่มิใช่การซื้อสินค้าไปใช้เอง แต่เป็นการซื้อเพื่อไปขายต่อ เพราะหากขายไม่หมดก็นำมาคืนได้ เช่นนี้ผู้ซื้อ

¹⁵พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551, มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ “คดีผู้บริโภค” หมายความว่า (1) คดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคตามมาตรา 19 หรือกฎหมายอื่นกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ.

ย่อมอยู่ในฐานะผู้ประกอบการธุรกิจ ไม่ใช่ผู้บริโภคร¹⁶ หรือการที่ผู้เช่าทำกิจการโรงสีข้าว ได้เช่าเครื่องจักรของผู้ให้เช่าไปเพื่อใช้ในกิจการโรงสีข้าวของตน กรณีเช่นนี้ผู้เช่ามิได้เช่าเพื่อนำไปใช้ประโยชน์ด้วยตัวของผู้เช่าเอง แต่เช่าเพื่อประโยชน์ในทางการค้าอีกทอดหนึ่ง ผู้เช่าจึงไม่ใช่ผู้บริโภคร¹⁷ (แต่หากชาวนาเช่าเครื่องจักรสีข้าวเพื่อไปใช้งานสีข้าวของชาวนานั่นเอง เช่นนี้ก็ถือเป็นผู้บริโภคได้เช่นกัน) มากกว่านั้น ผู้บริโภคจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการซื้อขายหรือการบริการนั้น ถ้าไม่ได้ประโยชน์จากการซื้อขายหรือการบริการนั้นด้วยตนเอง ก็ไม่ถือเป็นผู้บริโภค ยกตัวอย่างเช่น ผู้รับเหมาก่อสร้างได้รับงานจากผู้ว่าจ้างมาใช้ในการสร้างวิลล่า ผู้รับเหมาก่อสร้างดังกล่าวจึงได้ไปว่าจ้างช่างโดยให้ผู้รับจ้างช่างเข้ามาดำเนินการออกแบบ จัดหาอุปกรณ์และติดตั้งการทดสอบ การบำรุงรักษาเกี่ยวกับอุปกรณ์สรวายน้ำสำหรับวิลล่า 5 หลังดังกล่าว จะเห็นได้ว่าผู้รับเหมาก่อสร้างนั้นเป็นคนกลางในการว่าจ้างต่อไปยังผู้รับเหมาช่าง ไม่ใช่ผู้ที่ได้รับผลแห่งการทำงานหรือได้ใช้ประโยชน์จากงานนั้นโดยตรงแต่อย่างใด จึงมิใช่ผู้ได้รับการบริการและไม่ใช่ผู้บริโภคร¹⁸

ท่านอาจารย์เอื้อน ขุนแก้ว ได้ให้ความเห็นว่า “เมื่อนำความหมายมาพิจารณาประกอบกับวัตถุประสงค์ที่กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองช่วยเหลือผู้บริโภคซึ่งเป็นบุคคลที่ด้อยโอกาสและเสียเปรียบในสังคม เช่นนี้คำว่า เป็นผู้ซื้อสินค้าหรือบริการมาก็เพื่อใช้ประโยชน์ด้วยตนเอง ไม่ได้เป็นคนกลางที่ซื้อสินค้าหรือบริการมาเพื่อทำการค้าต่อไปยังบุคคลอื่นอีกทอดหนึ่ง”¹⁹

ด้วยเหตุนี้ หากสัญญาซื้อขายหรือบริการดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการก็จะถือเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเองจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และไม่สามารถดำเนินคดีโดยวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคได้ตามมาตรา 3(1) พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 และคดีดังกล่าวก็จะไม่อยู่ภายใต้อำนาจศาลแพ่งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ตาม ข้อ 3 ของประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง

4.1.2 ผู้ประกอบการ ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ได้ให้ความหมายโดยอ้างอิงตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 เช่นกัน โดยคำนิยามให้ความหมายว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย หรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้าหรือผู้ให้บริการและความหมายรวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาด้วย ดังนั้น ผู้ประกอบการจึงนั้น

¹⁶คำวินิจฉัยประธานศาลอุทธรณ์ที่ 259/2553.

¹⁷คำวินิจฉัยประธานศาลอุทธรณ์ที่ 379/2555.

¹⁸คำวินิจฉัยประธานศาลอุทธรณ์ที่ 82/2553.

¹⁹เอื้อน ขุนแก้ว, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยามพับลิชชิ่ง จำกัด, 2562), หน้า 7-8.

จะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ โดยการจะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจนั้นจะมีอาชีพในการดำเนินการในการทำธุรกิจในเรื่องนั้น ซึ่งการที่มีการซื้อสินค้าเพื่อมีวัตถุประสงค์ในการขายต่อ เมื่อนำของดังกล่าวไปขายต่อให้แก่ผู้ซื้อ บุคคลนั้นก็จะถือเป็นผู้ประกอบการธุรกิจด้วยเช่นกัน แต่ถ้าซื้อสินค้ามาไม่ได้เพื่อขายต่อ แต่เป็นการซื้อเพื่อนำมาใช้เอง เช่น ซื้อกางเกงมาเพื่อใส่เอง ซื้อรถยนต์มาเพื่อใช้เอง กรณีนี้หากใช้ของนั้นแล้วต่อมามีโอกาสจะขายสินค้านั้นต่อในลักษณะนี้คงไม่ถือเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ²⁰

มากกว่านั้น คำนิยามของคำว่าผู้ประกอบการธุรกิจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ดังกล่าวยังให้หมายความรวมถึงผู้ประกอบการตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัยด้วย ซึ่งตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 4 ให้ความหมายถึง ผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างผลิต ผู้นำเข้า ผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างผลิต หรือผู้นำเข้าได้ และรวมถึงผู้ซึ่งใช้ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความ หรือแสดงด้วยวิธีใด ๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิตหรือผู้นำเข้า

4.2 คดีผู้บริโภคที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าหรือการบริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

จากคำนิยามนี้อาจแบ่งองค์ประกอบของคดีที่จะอยู่ในอำนาจของศาลแพ่งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ได้ 2 ประการดังนี้

4.2.1 เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายและการบริการ โดยการซื้อขายนั้นหากเป็นโดยปกติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะหมายถึงสัญญาระหว่างฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่าผู้ซื้อต้องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปให้อีกฝ่ายที่เรียกว่าผู้ขาย และผู้ซื้อตกลงจะชำระราคาให้ นั่นหมายความว่า การทำสัญญาใด ๆ ที่ไม่เป็นผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปให้อีกฝ่ายหนึ่ง ก็จะไม่เป็นสัญญาซื้อขาย เช่น การทำสัญญาซื้อตัวเครื่องบิน จะเป็นสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งรับขนคนโดยสารโดยได้บำเหน็จตอบแทน ลักษณะเช่นนี้จะไม่ใช่สัญญาซื้อขาย แต่เป็นสัญญารับขนคนโดยสาร

อย่างไรก็ตาม ประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งได้อ้างอิงถึงคดีผู้บริโภคจึงอาจต้องดูคำนิยามคำว่าซื้อขายที่อยู่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ประกอบด้วย โดยคำนิยามมาตรา 3 ให้คำว่า “ซื้อ”²¹ และคำว่า “ขาย”²²

²⁰ คำวินิจฉัยประธานศาลอุทธรณ์ที่ 185/2558.

²¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ ซื้อ หมายความว่ารวมถึง เช่าซื้อ หรือได้มาไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยให้ค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น.

²² พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ ขาย หมายความว่ารวมถึง ให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือจัดหาให้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ตลอดจนการเสนอหรือการชักชวนเพื่อการดังกล่าวด้วย.

ให้หมายความรวมถึง การเช่า การเช่าซื้อ หรือได้มาหรือจัดหาให้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากคำนิยามนี้ การซื้อขายจึงอาจหมายถึงสัญญาอื่น ๆ ที่มีค่าตอบแทนได้ทั้งหมด ดังนั้น การที่จะได้มาโดยที่มีการชำระเงินเป็นการตอบแทนย่อมถือเป็นการซื้อขายตามคำนิยามนี้ได้ แม้จะไม่ใช้การได้มาในลักษณะที่เป็นกรรมสิทธิ์ก็ตาม เช่น การซื้อตัวเครื่องบิน ที่แม้จะเป็นสัญญารับขนคนโดยสาร แต่จะมีลักษณะการได้มาหรือจัดหาให้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยให้ค่าตอบแทน ก็คงต้องถือว่าเป็น การซื้อขายตามความหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แล้ว รวมทั้งการซื้อตัวอื่น ๆ เช่น ตัวชมภาพยนตร์ ตัวชมคอนเสิร์ต ตัวชมกีฬา แม้จะไม่มีกรรมสิทธิ์ใดๆต่อกันระหว่างคู่สัญญา แต่ก็ต้องถือว่าเป็นลักษณะการได้มาหรือจัดหาให้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยให้ค่าตอบแทน จึงถือว่าเป็นการซื้อขาย ซึ่งหากดำเนินการให้ได้มาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ก็จะอยู่ในอำนาจแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง

นอกจากการซื้อขายแล้ว ยังรวมถึงการบริการต่าง ๆ ด้วย ซึ่งในปัจจุบันการให้บริการนั้นมีผู้ประกอบการทั้งรายใหญ่ รายย่อยจำนวนมาก ตัวอย่างเช่น การให้บริการสตรีมมิ่ง (การรับส่งสัญญาณส่งไฟล์มัลติมีเดียทั้งภาพและเสียงผ่านเครือข่ายระบบอินเทอร์เน็ตด้วยการใช้เทคโนโลยีต่าง ๆ ซึ่งไม่ต้องมีการดาวน์โหลดไฟล์ทั้งหมดจนครบในการรับชม เช่น Netflix, Youtube หรือ Spotify เป็นต้น) การให้ใช้โปรแกรม (เช่น Microsoft 365, Photoshop หรือ Canva) ซึ่งเป็นการดาวน์โหลดโปรแกรมมาใช้และชำระเงินเป็นรายเดือน รายปี หรือการให้บริการขนส่งของหรืออาหาร (Grab หรือ Lineman) การให้บริการในการเล่นเกมส์โดยเสียค่าใช้จ่าย เป็นต้น

4.2.2 เป็นการดำเนินการผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต อินเทอร์เน็ต คือ เครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมต่อกันโดยอาศัยโครงสร้างระบบสื่อสารโทรคมนาคมเป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยนข้อมูลซึ่งจะครอบคลุมทั่วโลกโดยการดำเนินการผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอาจทำได้ด้วยเครื่องมือหลายอย่างที่สามารถต่อเข้าสู่ระบบได้ เช่น คอมพิวเตอร์ หรือโทรศัพท์มือถืออันเป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เพราะฉะนั้น การซื้อขายหรือการบริการผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้น คู่สัญญาจะอยู่คนละที่กัน ไม่ได้อยู่ในสถานที่เดียวกันทำสัญญากันผ่านตัวกลางอันเป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ดังนั้น หากคู่สัญญาไปอยู่ในที่เดียวกันและทำสัญญาซื้อขายกันโดยจะมีการโอนเงินชำระเงินผ่านแอปพลิเคชันธนาคารในโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือใช้จ่ายผ่านบัตรเครดิต เช่นนี้ก็จะไม่ได้มีการทำสัญญากันผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ยกตัวอย่างเช่น ผู้ซื้อเข้าร้านค้าไปซื้อของที่ร้านสะดวกซื้อและชำระราคาผ่านทางแอปพลิเคชันธนาคารในโทรศัพท์ เช่นนี้ไม่ใช่การซื้อขายบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต แต่หากผู้ซื้อส่งของจากร้านสะดวกซื้อในแอปพลิเคชันของร้านสะดวกซื้อและให้ร้านสะดวกซื้อนั้นมาส่ง เช่นนี้เป็นการทำสัญญาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

เพราะฉะนั้น อำนาจของแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง จะพิจารณาได้เฉพาะคดีซื้อขายออนไลน์ ซึ่งหมายความว่าคดีดังกล่าวจะต้องเป็นคดีผู้บริโภค นั่นคือ คู่สัญญาคนหนึ่ง

ต้องเป็นผู้บริโภคและอีกคนหนึ่งจะต้องเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ และทั้งสองผ่านตกลงทำสัญญาอันเป็นการซื้อขาย ซึ่งรวมถึงการเช่า เช่าซื้อ หรือจัดให้ได้มาโดยเสียค่าตอบแทนด้วย หรือเป็นการบริการ ที่มีการทำขึ้นบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

5. รูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาของแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง

ตามประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ ในศาลแพ่ง ข้อที่ 4 นั้นกำหนดให้การดำเนินคดีใช้ในระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์เต็มรูปแบบในทุกขั้นตอน ซึ่งเป็นเสมือนบังคับว่าหากมีขั้นตอนใดที่ไม่สามารถดำเนินการในระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์เต็มรูปแบบได้ จะต้องกลับไปดำเนินคดีตามปกติ (ไปดำเนินคดีผ่านศาลในเขตอำนาจตามปกติ) โดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์นั้นอยู่ภายใต้ประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้วิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ในคดีซื้อขายออนไลน์ โดยจะมีขั้นตอนดังต่อไปนี้

5.1 ดำเนินการยื่นคำฟ้องผ่านระบบ e-Filing²³

การจะดำเนินกระบวนการพิจารณาในระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์จะมีการยื่นคำฟ้องผ่านระบบ e-Filing²⁴ โดยผู้ที่ต้องการเข้าใช้งานจะต้องเข้าไปที่ <https://efiling3.coj.go.th/eFiling/#/> และลงทะเบียนโดยแยกประเภทผู้ใช้งานเป็น ประชาชน กับ ทนาย/อัยการ โดยสำหรับประชาชนนั้น การลงทะเบียนจะเชื่อมต่อกับแอปพลิเคชัน COJ Connect บนโทรศัพท์เคลื่อนที่ (เข้าไปดาวน์โหลดได้ที่ <https://appstore.coj.go.th/cojconnect/>) โดยให้ผู้เข้าใช้งานกรอกรายละเอียดข้อมูลส่วนตัวบนแอปพลิเคชันและเข้าระบบ e-Filing โดยการเชื่อมต่อข้อมูลกับแอปพลิเคชัน COJ Connect

²³ประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้วิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ ข้อ 6 การยื่น ส่ง หรือรับเอกสารในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์หรือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จัดทำขึ้นตามประกาศนี้ ให้คู่ความและเจ้าหน้าที่ดำเนินการโดยทางระบบรับส่งอิเล็กทรอนิกส์ (ระบบส่งอิเล็กทรอนิกส์ (e-Filing) หรือระบบบริการข้อมูลคดีศาลยุติธรรม (Case Information Online Service : CIOS) หรือระบบอิเล็กทรอนิกส์อื่นของสำนักงานศาลยุติธรรม.

²⁴ประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้วิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ในคดีซื้อขายออนไลน์ ข้อ 5 การยื่นคำฟ้อง คำให้การ คำคู่ความหรือเอกสารยื่นต่อศาล ให้ยื่นทางระบบรับส่งอิเล็กทรอนิกส์ (e-Filing) สำหรับคดีซื้อขายได้ทุกวันตลอดเวลา โดยกรอกข้อมูลแนบเอกสารและปฏิบัติตามขั้นตอนที่ระบบกำหนด หากกระทำเสร็จสมบูรณ์นอกเวลาทำการปกติหรือนอกวันทำการปกติของศาล ให้ถือว่าเป็นการยื่นในเวลาแรกหรือวันทำการแรกที่เปิดทำการปกติถัดไป ทั้งนี้ ให้ถือตามเวลาของระบบ.

การบรรยายฟ้องยังคงต้องบรรยายฟ้องโดยอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172 ซึ่งการบรรยายคำฟ้องโจทก์ต้องระบุถึงตัวข้อหายื่นคำฟ้อง โดยจะต้องเป็นคำฟ้องในเรื่องที่เกี่ยวกับคดีซื้อขายออนไลน์ตามที่ได้บรรยายไว้ในหัวข้อที่ 4 ข้างต้น ทั้งต้องมีข้อเท็จจริงอันเรียกว่า ข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาถึงการกระทำของจำเลยที่ถูกฟ้องว่ามีการกระทำอันที่จะต้องรับผิดชอบ อย่างไร ซึ่งการบรรยายข้อเท็จจริงนี้ต้องเป็นการบรรยายรายละเอียดที่เพียงพออันจะทำให้จำเลยทราบถึง เหตุการณ์ที่โจทก์ได้ยื่นคำฟ้องโดยละเอียด ซึ่งอาจจะมีการแนบพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เข้าไปด้วย ซึ่งอาจจะเป็นเอกสารบันทึกเกี่ยวกับการพูดคุยระหว่างคู่ความในการทำสัญญา ภาพบันทึก ซึ่งอาจจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวที่แสดงให้เห็นถึงการผิดสัญญาหรือความเสียหายของสินค้า ที่มีการซื้อขายกัน หรือหลักฐานการชำระราคาสินค้าระหว่างคู่สัญญา เพื่อเป็นรายละเอียดในการ ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป และสุดท้ายต้องระบุถึงคำขอบังคับที่ระบุถึงความต้องการของโจทก์ ว่าโจทก์นั้นต้องการสิ่งใดจากการฟ้องร้องดังกล่าวนี้ เช่นการเรียกค่าเสียหายพร้อมดอกเบี้ย เป็นต้น

ในส่วนของการซื้อจำเลยนั้นหากมีข้อเท็จจริงก็ให้ระบุนำให้ครบถ้วน แต่ในบางครั้งที่ติดต่อ ซื้อขายออนไลน์ โดยสภาพและลักษณะของการทำสัญญาที่ทำกันผ่านเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้ มีการพบปะเฉพาะหน้ากันโดยตรง ทำให้คู่สัญญาอาจจะไม่ได้มีการทราบถึงชื่อนามสกุลกัน เช่นนี้ สามารถระบุเพียงนามหรือ Profile ที่ใช้ในการติดต่อทำนิติกรรมกับโจทก์ในทางออนไลน์ก็ได้ หรือ หากทราบข้อมูลอื่นใดเกี่ยวกับจำเลยก็จะต้องระบุนำให้มีรายละเอียดมากที่สุด โดยในกรณีนี้จะมีเจ้าหน้าที่ ประสานงานขอหรือเรียกข้อมูลเพื่อยืนยันตัวตนของจำเลยไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและรายงานผล ให้ศาลต่อไป²⁵

5.2 การส่งหมายเรียกและเอกสาร

โดยปกติแล้วการซื้อขายออนไลน์นั้นคู่กรณีที่ทำสัญญาซื้อขายกันจะต้องติดต่อซื้อขาย กันผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์อยู่แล้ว ซึ่งอาจจะเป็นการติดต่อผ่านไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรืออีเมล (E-mail) หรืออาจจะเป็นการติดต่อผ่านแอปพลิเคชันที่ใช้ในการซื้อขาย เช่น Shopee กับ Lazada เป็นต้น หรืออาจจะเป็นการติดต่อผ่านข้อความโดยตรง (Direct Message) ในสื่อสังคมออนไลน์ เช่น Facebook, Instagram, Tiktok หรือ Line ซึ่งการติดต่อทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์เหล่านี้ ผู้เสียหายซึ่งเป็นโจทก์ฟ้องคดี จะมีช่องทางการติดต่อกับฝ่ายคู่กรณีซึ่งถูกฟ้องเป็นจำเลยในทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์อยู่แล้ว

²⁵ประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้วิธีพิจารณาคดีทาง อิเล็กทรอนิกส์ในคดีซื้อขายออนไลน์ ข้อ 6 คำฟ้องจะระบุตัวจำเลยเพียงชื่อหรือนาม (Profile) ที่จำเลยใช้ในการ ติดต่อทำนิติกรรมกับโจทก์ทางออนไลน์ก็ได้ ในกรณีที่ทราบข้อมูลอื่นที่เกี่ยวกับตัวตนจำเลยก็ให้ระบุนำให้มากที่สุด เท่าที่ทำได้.

ดังนั้น การส่งหมายต่าง ๆ รวมถึงเอกสารก็สามารถส่งผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ในช่องทางที่คู่กรณีใช้ในการติดต่อกับผู้เสียหายได้เลย โดยประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้วิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ในคดีซื้อขายออนไลน์ข้อ 7 นั้น กำหนดให้มีการจัดส่งหมายเรียกและเอกสารในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งการส่งนั้นนอกจากจะสามารถส่งไปยังไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ของจำเลยได้แล้ว ยังสามารถส่งไปยังสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศอื่นได้ด้วย ดังนั้น การส่งจึงสามารถส่งไปยังบัญชีผู้ใช้งานของจำเลยในสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศอื่นได้ด้วย เช่น ส่งข้อความไปยังบัญชีผู้ขายในแอปพลิเคชันที่ใช้ในการซื้อขาย เช่น Shopee หรือ Lazada ก็ได้ หรือส่งข้อความโดยตรงผ่านสื่อสังคมออนไลน์ เช่น Facebook, Instagram, Tiktok หรือ Line ก็ได้ด้วยเช่นกัน ไม่จำเป็นจะต้องส่งไปยังภูมิลำเนาหรือสำนักงานของจำเลย ดังเช่นกรณีปกติ โดยการส่งในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์นี้คู่ความนั้นทราบข้อความนับแต่เวลาที่ข้อความนั้นไปถึงคู่ความตามไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศของจำเลย

เมื่อจำเลยได้รับหมายเรียกและเอกสารสำเนาคำฟ้องต่าง ๆ แล้ว หากจำเลยประสงค์จะยื่นคำให้การสามารถทำได้ผ่านระบบ e-Filing โดยวิธีการเข้าใช้งานก็จะเหมือนกับการที่โจทก์ยื่นคำฟ้องโดยจำเลยต้องเข้าไปที่ <https://efiling3.coj.go.th/eFiling/#/> เพื่อลงทะเบียนเสียก่อน ซึ่งสำหรับประชาชนนั้นการลงทะเบียนก็จะเชื่อมต่อกับแอปพลิเคชัน COJ Connect บนโทรศัพท์เคลื่อนที่ด้วยเช่นกัน

5.3 การไกล่เกลี่ย การนั่งพิจารณาและคำพิพากษา

การไกล่เกลี่ยและการนั่งพิจารณานั้นจะต้องทำผ่านวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งการนั่งพิจารณานั้นตามคำนิยามข้อ 1 ประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้วิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ในคดีซื้อขายออนไลน์ ให้รวมถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลทั้งหมด เช่น การชี้สองสถาน สืบพยาน การไต่สวนฟังคำขอหรือคำแถลงและการดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ต่อคู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดี เพราะฉะนั้น ทุกขั้นตอนที่ในการพิจารณาคดีของศาลแพ่งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์นั้นจะต้องทำผ่านวิธีการอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดรวมทั้งการทำคำพิพากษาและคำสั่งต่าง ๆ ของศาล ทั้งการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาหรือการออกหมายบังคับคดีก็ให้ศาลจัดทำในรูปแบบข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เช่นกัน

โดยปัจจุบันศาลแพ่งแผนกซื้อขายออนไลน์ได้มีการดำเนินการผ่านแอปพลิเคชัน Google meet โดยสามารถเข้าห้องพิจารณาได้ที่ <https://civil.coj.go.th/th/content/category/detail/id/22/iid/277616> การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ผ่าน Google meet นี้ เจ้าหน้าที่จะมีการบันทึกภาพและเสียงกระบวนการพิจารณาไว้ในรูปแบบข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์และนำไปจัดเก็บไว้ในสารบบความ แต่อย่างไรก็ตาม การบันทึกนี้จะทำได้เฉพาะเจ้าหน้าที่เท่านั้น คู่ความ

หรือบุคคลอื่นไม่สามารถบันทึกภาพและเสียงการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ รวมถึงห้ามมิให้เผยแพร่ภาพและเสียงกระบวนการพิจารณาด้วย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล

โดยก่อนเริ่มกระบวนการพิจารณาใดก็ตาม คู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น ทนายความ ผู้รับมอบอำนาจ หรือพยาน จะต้องมีการแสดงตนก่อน ซึ่งการแสดงตนนั้นจะเป็นการแสดงบัตรประจำตัวประชาชนผ่านกล้องและจะมีการแสดงผลในจอภาพผ่านระบบ Google meet เมื่อปรากฏภาพแล้วก็ให้เจ้าหน้าที่ทำการบันทึกภาพ โดยภาพที่บันทึกนั้นจะเห็นใบหน้าของบุคคลนั้น พร้อมทั้งบัตรประชาชนอย่างชัดเจนเพื่อเป็นหลักฐานรวมไว้ในสำนวนความของศาล

6. บทสรุป

ศาลยุติธรรมโดยคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมได้มีการออกประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง ในการอำนวยความสะดวกแก่ความยุติธรรม เพื่อให้บุคคลทุกคนได้เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมง่ายขึ้น ได้รับการคุ้มครองสิทธิ ได้รับการชดเชย การเยียวยาอย่างเหมาะสมเมื่อเกิดข้อพิพาทจากการซื้อขายออนไลน์ที่ในปัจจุบันมีการทำธุรกรรมในรูปแบบนี้เพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก โดยให้เขตอำนาจของศาลแพ่งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์นั้นสามารถรับคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลแพ่งได้ทั่วราชอาณาจักรไม่ว่าคดีนั้นจะเกิดในเขตหรือนอกเขตของศาลแพ่ง หรือเกิดในศาลแขวงซึ่งมีพื้นที่ทับซ้อนกับเขตของศาลแพ่งก็ตาม เพื่อเป็นช่องทางอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนทั่วไป โดยคดีที่อยู่ในอำนาจของแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งนี้ครอบคลุมถึงเฉพาะคดีผู้บริโภค นั้นหมายความว่าฝ่ายหนึ่งของคู่สัญญาต้องเป็นผู้บริโภคและอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นผู้ประกอบการเท่านั้น ซึ่งการทำสัญญาดังกล่าวจะต้องเป็นการทำสัญญาผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ โดยแม้ชื่อของแผนกจะใช้ชื่อว่าคดี “ซื้อขาย” ออนไลน์ แต่หากดูในคำนิยามคำว่า “ซื้อ” หรือ คำว่า “ขาย” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ประกอบด้วย โดยคำนิยามมาตรา 3 ให้ความความรวมถึง การเช่า การเช่าซื้อ หรือได้มาหรือจัดทำให้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ด้วยเหตุนี้อำนาจของแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่งจึงครอบคลุมไปถึงการซื้อขายและการให้บริการต่าง ๆ บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตด้วย อีกทั้งการดำเนินกระบวนการพิจารณาในแผนกคดีซื้อขายออนไลน์นี้จะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาในระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์เต็มรูปแบบในทุกขั้นตอนตั้งแต่การยื่นคำฟ้องผ่านระบบ e-Filing การส่งหมายเรียกและเอกสารต่าง ๆ ตลอดไปถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาผ่านระบบ Google Meet รวมทั้งการทำคำพิพากษาที่จะต้องทำในรูปแบบของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยเช่นกัน

บรรณานุกรม

- พรพรหม อินทร์มรรย. พระธรรมนุญศาลยุติธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายระบบศาลและพระธรรมนุญศาลยุติธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- เอื้อน ชุนแก้ว. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิง จำกัด, 2562.
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.
- พระธรรมนุญศาลยุติธรรม.
- พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551.
- ประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้วิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ในคดีซื้อขายออนไลน์.
- ประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้วิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์.
- ประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง.
- ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2563.
- คำพิพากษาฎีกาที่ 2115/2523 (ประชุมใหญ่).
- คำพิพากษาฎีกาที่ 6890/2537.
- คำวินิจฉัยประธานศาลอุทธรณ์ที่ 259/2553.
- คำวินิจฉัยประธานศาลอุทธรณ์ที่ 379/2555.
- คำวินิจฉัยประธานศาลอุทธรณ์ที่ 82/2553.
- คำวินิจฉัยประธานศาลอุทธรณ์ที่ 185/2558.

หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในบริบทอาเซียน:
เปรียบเทียบกับกฎบัตรสหประชาชาติ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์

หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในบริบทอาเซียน:
เปรียบเทียบกับกฎบัตรสหประชาชาติ*
Non-interference Principle in the Context of ASEAN:
Compare with the United Nations Charter

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์**
Assistant Professor Chananphon Boonkerdsap

บทคัดย่อ

สมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรืออาเซียน กำหนดหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐสมาชิกอาเซียนอื่นไว้ในกฎบัตรอาเซียน ข้อ 2 (2) อี หลักการนี้กำหนดว่ารัฐสมาชิกอาเซียนจะต้องไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอาเซียนอื่น เช่น การไม่ใช้กำลังโดยตรงต่อรัฐสมาชิกอาเซียนอื่น ไม่วิพากษ์สถานการณ์ภายในของรัฐสมาชิกอาเซียนอื่น รวมทั้งไม่กระทำการใด ๆ ที่เป็นการก้าวก่ายเขตอำนาจภายในของรัฐสมาชิกอาเซียนอื่น

บทความนี้มุ่งศึกษาประเด็นหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎบัตรอาเซียนเป็นสำคัญ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎบัตรสหประชาชาติ ทำให้เห็นว่ารัฐสมาชิกอาเซียนมีแนวปฏิบัติต่อหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐสมาชิกอื่นตามกฎบัตรอาเซียนอย่างเคร่งครัดกว่า

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการที่รัฐสมาชิกอาเซียนมีแนวปฏิบัติที่เคร่งครัดต่อหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐสมาชิกอื่น อาจเป็นอุปสรรคในการให้ความร่วมมือ การจัดการ รวมทั้งการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นภายในภูมิภาค

คำสำคัญ: อาเซียน, สหประชาชาติ, หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน

*บทความวิชาการนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาลัทธิสุตฺรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

This article is a part of Doctor of Laws Program, Faculty of Law, Thammasat University.

**นักศึกษาลัทธิสุตฺรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: chananphon.boon@dome.tu.ac.th

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

วันที่รับบทความ (received) 26 พฤศจิกายน 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 25 กุมภาพันธ์ 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 29 กุมภาพันธ์ 2567.

Abstract

The Association of Southeast Asian Nations, or ASEAN, has provided the principle of non-interference in internal affairs of other ASEAN Member States in the ASEAN Charter, article 2 (2) e.

The author may consider the following formation:

This article requires that an ASEAN Member States shall not intervene in internal affairs of any other ASEAN Member States; such as a direct use of force against the other ASEAN Member States, criticism of the internal situation of the other ASEAN Member State, or any other action which may interfere with internal jurisdiction of the other ASEAN Member State.

This article emphasis on the studying of the non-interference principle of the ASEAN Charter by comparing it with the non-intervention principle of the United Nations Charter. It finds that the non-interference principle of the ASEAN Charter is more stringent than that of the United Nations Charter.

Accordingly, the author is of the opinion that the more stringent application of the ASEAN the non-interference principle can be an obstacle to cooperation, management, and solution of issues occurring within the region.

Keywords: ASEAN, The United Nations, non-interference

1. บทนำ

อาเซียนเป็นองค์การระหว่างประเทศ เกิดจากการรวมกลุ่มของประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เพื่อความร่วมมือในด้านต่าง ๆ และแก้ไขปัญหาาร่วมกัน โดยหนึ่งในหลักการที่รัฐสมาชิกอาเซียนยึดถือร่วมกันคือ “หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิก (non-interference in the internal affairs)” ซึ่งอาเซียนและรัฐสมาชิกต่างยึดถือและปฏิบัติตามหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัด โดยจะพยายามไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอื่น (จะมีบ้างในบางสถานการณ์ที่รัฐสมาชิกเข้าแทรกแซง แต่ก็ไม่ได้แทรกแซงอย่างจริงจัง) ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวอาจเป็นอุปสรรคต่อการให้ความร่วมมือ การจัดการ รวมทั้งการแก้ไขปัญหาาร่วมกันได้

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในบริบทของอาเซียน โดยผู้เขียนจะอธิบายและศึกษาหลักการดังกล่าวในบริบทของอาเซียนเปรียบเทียบกับหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในบริบททั่วไปตามกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อชี้ให้เห็นว่าอาเซียนมีการยึดถือหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดมากไปซึ่งอาจเป็นอุปสรรคต่อการให้ความร่วมมือ การจัดการ และการแก้ไขปัญหาาร่วมกันในระหว่างรัฐสมาชิก

2. ความเข้าใจเบื้องต้นของหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศมีหลักการสำคัญหลักการหนึ่งคือ “การไม่แทรกแซงกิจการภายใน” ซึ่งหลักการนี้ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาต่าง ๆ หลายฉบับ เช่น กฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) กฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 (Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations 1986)¹ เป็นต้น

¹อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญาอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศและระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 อธิบายบทตอนหนึ่งกำหนดว่าอนุสัญญานี้มีหลักการตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติว่า รัฐจะไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น.

ทั้งนี้ คำว่า “การแทรกแซง” ในบริบทกฎหมายระหว่างประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า Intervention หรือ Interference จะหมายถึง การที่รัฐ หน่วยงานของรัฐ รวมถึงองค์การระหว่างประเทศ มีการกระทำใด ๆ ที่เป็นการใช้อำนาจ เข้าไปก้าวก่าย หรือยุ่งเกี่ยวกับกิจการภายใน ปัญหา หรือความขัดแย้งของรัฐอื่น ไม่ว่าจะเป็นการเข้าไปวิพากษ์ แสดงความคิดเห็น เข้าไปสอดแทรกในความสัมพันธ์ของรัฐ แต่ไม่รวมถึงการเข้าไปยุ่งเกี่ยวอันมาจากการให้ความยินยอม ความร่วมมือ (cooperation) หรือเป็นกรณีการร้องขอ เช่น การเป็นผู้จัดเจรจา (good offices) หรือ เป็นผู้ไกล่เกลี่ย (mediation)² เป็นต้น

เพราะฉะนั้น “การไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น” ซึ่งตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า “Non-Intervention” และ “Non-Interference”³ จึงมีความหมายว่า การที่รัฐใด ๆ หรือองค์การระหว่างประเทศ จะไม่เข้าไปแทรกแซง ไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกิจการภายในและเขตอำนาจรัฐของรัฐอื่น⁴ และไม่เข้าไปในดินแดนของรัฐอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม รวมถึงไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับปัญหาความขัดแย้ง ไม่เข้าไปวิพากษ์แสดงความคิดเห็นต่อความสัมพันธ์ของรัฐอื่น

ปัจจุบันรัฐทั้งหลายต่างก็ยึดหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในเป็นหนึ่งในนโยบายและแนวปฏิบัติที่สำคัญของรัฐ โดยบทความฉบับนี้จะกล่าวถึงหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในกรอบของอาเซียนเพื่อเปรียบเทียบกับกรอบขององค์การสหประชาชาติ

²Niki Aloupi, “The Right to Non-intervention and Non-interference,” *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 4, 3 (2015): 572., Lee Jones, “ASEAN and the Norm of Non-Interference in Southeast Asia: A Quest for Social Order,” *Nuffield College Politics Group Working Paper* (2009): 5., Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise* 1,2 (London: Longmans, Green and Co., 2012), 188-189., Raymond John Vincent, “The Principle of Non-Intervention and International Order,” (Thesis for degree of Doctor of Philosophy, Australian National University, 1971), pp. 1 and 5.

Lassa Oppenheim ให้ความเห็นว่าการจัดเจรจา (good offices) การไกล่เกลี่ย (mediation) เป็นการกระทำที่เป็นมิตรของรัฐที่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับปัญหาความขัดแย้งของสองรัฐ เป็นเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี.

³ตามกฎบัตรสหประชาชาติจะใช้คำว่า non-intervention ส่วนบริบทของอาเซียนจะใช้คำว่า non-interference เช่นที่ปรากฏในกฎบัตรอาเซียน ปฏิญญาว่าด้วยเขตสันติภาพ เสรีภาพ และความเป็นกลาง ค.ศ. 1971 และสนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ค.ศ. 1976.

⁴ZHANG Naigen, “The Principle of Non-Interference and Application in Practices of Contemporary International Law” *Fudan Journal of the Humanities and Social Science* 1 (2016): 5. and Philip Kunig, “Intervention, Prohibition of” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012): 3.

3. หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในกรอบขององค์การสหประชาชาติ และในกรอบของอาเซียน

หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีที่มาจากแนวความคิดในหลักการพื้นฐานที่ว่ารัฐทุกรัฐต่างมีพันธกรณีต้องเคารพอำนาจอธิปไตยทางดินแดนของกันและกัน สืบเนื่องมาจากรัฐทุกรัฐต่างมีความเท่าเทียมกันในเอกราชและอำนาจอธิปไตย ทำให้ไม่มีรัฐใดอยู่เหนือรัฐใด⁵ รัฐทุกรัฐจึงสามารถใช้เขตอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดในดินแดนของตน⁶ เมื่อเป็นเช่นนี้ รัฐทั้งหลายย่อมมีอิสระในการใช้สิทธิปกครองตนเอง รวมถึงการดำเนินกิจการภายในรัฐ โดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศอื่น⁷ นอกจากนี้ การที่หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในมีแนวคิดจากหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น จึงทำให้หลักการนี้มีความสัมพันธ์กับหลักการห้ามใช้กำลังบังคับ (non use of force)⁸ หรือการไม่ใช้กำลังบังคับต่อบุรณภาพทางดินแดนหรือความเป็นอิสระทางการเมืองของรัฐอื่น⁹ โดยในอดีตก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 จะสิ้นสุดลง การตีความการไม่แทรกแซงกิจการภายในจะมุ่งเน้นไปที่การไม่ใช้กำลังไปคุกคามบังคับรัฐอื่น แต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ การตีความการไม่แทรกแซงกิจการภายในได้มีการเปลี่ยนแปลงไป¹⁰ (จะอธิบายในหัวข้อ 3.1 ต่อไป)

⁵Malcolm N. Shaw, *International Law* (New York: Cambridge University Press, 2011), p. 1147. and R.J. Vincent, op. cit., p., 14.

อนุสัญญามอนเตวิเดโอว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ ค.ศ. 1933 (Montevideo Convention on the Rights and Duties of States 1933) ข้อ 1 ได้กำหนดว่าการที่ดินแดนหรือองค์ภาวะใดจะมีความเป็นรัฐได้ จะต้องต้องมีองค์ประกอบครบ 4 ประการ คือ มีพลเมืองถาวร มีดินแดนที่กำหนดได้ มีรัฐบาล และมีความสามารถที่จะไปดำเนินการความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ซึ่งองค์ประกอบประการสุดท้ายหมายถึง การมีเอกราชและอำนาจอธิปไตย เพราะฉะนั้นเมื่อดินแดนหรือองค์ภาวะใดมีองค์ประกอบครบก็จะเป็นรัฐเสมอเหมือนกัน.

⁶Niki Aloupi, op. cit., p. 567.

⁷ZHANG Naigen, op. cit., p. 2.

⁸Malcolm N. Shaw, op. cit., p. 1148.

⁹Alina Kaczorowska, *Public International Law*, 4th ed. (London: Routledge, 2010), p. 689.

Use of Force (ภาษาอังกฤษ) *Jus ad bellum* (ภาษาละติน) หรือหลักการใช้กำลังบังคับ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ การที่รัฐใช้กำลังทางทหารโจมตีบุรณภาพทางดินแดนของรัฐอื่น แต่ไม่รวมการใช้มาตรการทางเศรษฐกิจ (การกีดกันทางเศรษฐกิจ) ต่อร์รัฐอื่น.

¹⁰Philip Kunig, op. cit., pp. 3-4.

ทั้งนี้ ในหัวข้อที่ 3 ผู้เขียนจะอธิบายถึงหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในกรอบขององค์การสหประชาชาติตามกฎบัตรสหประชาชาติก่อน จากนั้นจะอธิบายหลักการดังกล่าวในกรอบของอาเซียนตามกฎบัตรอาเซียน ดังนี้

3.1 หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในกรอบขององค์การสหประชาชาติตามกฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations)

กฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐสมาชิกองค์การสหประชาชาติมีวัตถุประสงค์เพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศโดยองค์การสหประชาชาติจะดำเนินมาตรการใด ๆ เพื่อป้องกัน และไม่ให้มีการกระทำใด ๆ อันเป็นการคุกคามต่อสันติภาพ ไม่ให้มีการรุกราน และไม่ให้มีการละเมิดสันติภาพ รวมถึงการจัดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี...¹¹ อีกทั้งกำหนดพันธกรณีของรัฐภาคีที่จะไม่ใช้กำลังทหารคุกคามหรือละเมิดบูรณภาพทางดินแดนหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐอื่นในทางที่ไม่สอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ...¹² และองค์การสหประชาชาติจะไม่แทรกแซง (intervene) เรื่องที่ตกอยู่ในเขตอำนาจภายในของรัฐใด ๆ ยกเว้นเป็นกรณีการใช้มาตรการบังคับตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติก็จะเข้าแทรกแซงได้¹³

¹¹United Nations Charter, Article 1 (1)

“(1) To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace;”

¹²United Nations Charter, Article 2 (4)

“(4) All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

¹³United Nations Charter, Article 2 (7)

“(7) Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.”

เมื่อพิจารณาร่าง (travaux préparatoires) ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งมีการตีความคำว่า การแทรกแซง (intervene) ในข้อ 2 (7) ทำให้เข้าใจได้ว่า ข้อกำหนดว่าองค์การสหประชาชาติจะไม่แทรกแซงรัฐอื่นนั้นหมายความว่ากฎบัตรไม่ได้ให้อำนาจองค์กรใด ๆ ขององค์การสหประชาชาติเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเขตอำนาจภายในของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการวิพากษ์ การเสนอความคิดเห็น การไต่สวน หรือการเข้าไปศึกษาเรื่องใด ๆ ที่เป็นกิจการภายในของรัฐหนึ่งหรือกลุ่มของรัฐใด ๆ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าการกระทำที่เป็นการแทรกแซงนั้น ไม่ได้จำกัดว่าต้องมีการบีบบังคับเท่านั้น เพียงแค่มีการแทรกแซงโดยแท้จริงก็พอแล้ว¹⁴ และเมื่อพิจารณาจากตัวกฎบัตรแล้วจะเห็นได้ว่าองค์การสหประชาชาติไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงเรื่องที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจภายในรัฐสมาชิกเว้นแต่มีสถานการณ์ที่เข้าตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ประกอบกับเมื่อสมัชชาขององค์การสหประชาชาติได้ออกมติสมัชชาที่ 2625 (XXV) (United Nations General Assembly Resolution 2625 (XXV)) เมื่อวันที่ 24 ธันวาคม ค.ศ. 1970 เพื่อรับเอาปณิญาว่าด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรและความร่วมมือระหว่างรัฐในทางที่สอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ ค.ศ. 1962 (Declaration on Principles of International Law Friendly Relations and Co-operation among the States in accordance with the Charter of the United Nations 1962) ซึ่งปณิญานี้ได้ออกมาโดยสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ ให้รัฐภาคีดำเนินความสัมพันธ์อย่างเป็นมิตรและให้ความร่วมมือในการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยรัฐใด ๆ หรือกลุ่มของรัฐจะไม่มีสิทธิแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น กล่าวคือ ไม่ดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วยการคุกคามหรือใช้กำลังต่อบูรณภาพทางดินแดนของรัฐอื่น อีกทั้งรัฐยังมีพันธกรณีที่จะไม่แทรกแซงเขตอำนาจภายในของรัฐอื่นด้วย¹⁵ จุดนี้ทำให้ผู้เขียนเข้าใจความสัมพันธ์ของการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎบัตรสหประชาชาติว่า นอกจากจะไม่แทรกแซงเขตอำนาจภายในของรัฐ ไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกิจการภายในของรัฐแล้ว ยังมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับหลักการไม่ใช้กำลังบังคับที่เรียกว่า non use of force ด้วย

¹⁴David R. Gilmour, "The meaning of intervene with in article 2 (7) of the United Nations Charter: An historical perspective," *The International and Comparative Law Quarterly* 16, 2 (1967): 333.

¹⁵United Nations General Assembly Resolution 2625 (XXV) and Declaration on Principles of International Law Friendly Relations and Co-operation among the States in accordance with the Charter of the United Nations 1962.

ปฏิญญายังกำหนดห้ามรัฐแทรกแซงกิจการภายในโดยทางอ้อมต่อรัฐอื่นด้วย เช่น การไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวความเป็นอิสระทางการเมือง เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมของรัฐอื่น¹⁶ ทำให้การตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง จะขยายรวมถึงการไม่แทรกแซงกิจการภายในโดยทางอ้อมด้วย ต่างจากช่วงก่อนเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่การตีความการไม่แทรกแซงกิจการภายในจะมุ่งเน้นไปที่การไม่ใช้อำนาจรัฐเข้าแทรกแซงกิจการภายในโดยทางตรงด้วยการใช้กำลังคุกคาม หรือบีบบังคับรัฐอื่นเท่านั้น

อีกทั้งในปี ค.ศ. 1981 ได้มีมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 36/103 (9 ธันวาคม 1981) ประกาศการไม่ยอมรับให้มีการแทรกแซงกิจการภายในรัฐอื่น ซึ่งประกาศว่าจะไม่มีรัฐใดหรือกลุ่มของรัฐใดที่จะมีสิทธิเข้าแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่นไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใด รวมทั้งเป็นพันธกรณีของรัฐใดหรือกลุ่มของรัฐใดที่จะไม่กระทำการดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ มีการกำหนดการกระทำที่จะเข้าข่ายเป็นการแทรกแซงกิจการภายในว่าเป็นกรณีที่รัฐ/กลุ่มของรัฐเข้าไปแทรกแซงรัฐอื่นในเรื่องอำนาจอธิปไตย ความเป็นอิสระทางการเมือง บุรณภาพทางดินแดน ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชาติ ความมั่นคงของรัฐ รัฐจึงมีพันธกรณีที่จะต้องละเว้นการใช้กำลังในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ละเมิดอำนาจอธิปไตย ความเป็นอิสระทางการเมือง บุรณภาพทางดินแดน ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชาติ ไม่ยุ่งเกี่ยวการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมของรัฐ¹⁷

นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหนึ่งในองค์กรหลักขององค์การสหประชาชาติ ยังได้รับรองหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎบัตรสหประชาชาติไว้ในคำวินิจฉัยชี้ขาดในคดีนิการากัว (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America/ Nicaragua case)) ซึ่งเป็นคดีระหว่างประเทศนิการากัวกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีการยืนยันว่ารัฐอธิปไตยมีสิทธิชอบด้วยกฎหมายที่จะกระทำกิจกรรมภายในรัฐโดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐต่างประเทศ ทั้งนี้ การละเมิดต่อหลักการแทรกแซงกิจการภายในเป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ (และหากการแทรกแซงกิจการภายในเกิดจากการใช้กำลังทหารบีบบังคับเพื่อเข้าแทรกแซงจะเป็นการใช้กำลังบังคับ (use of force) ซึ่งเป็นความผิดตามหลักกฎหมายเด็ดขาด (*Jus Cogens*) ด้วย)¹⁸

¹⁶Declaration on Principles of International Law Friendly Relations and Co-operation among the States in accordance with the Charter of the United Nations 1962.

¹⁷UNGA Res 36/103 (9 December 1981) UN Doc A/RES/36103.

¹⁸See Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America/ Nicaragua case).

สรุปได้ว่าหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นกรณีที่ต้องพิจารณา สหประชาชาติจะไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐอื่นไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม กล่าวคือ ไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกิจการภายใน/การเมืองภายใน หรือเขตอำนาจภายในของรัฐอื่น ไม่ใช้กำลังบังคับต่อบูรณภาพทางดินแดน ไม่ยุ่งเกี่ยวความเป็นอิสระทางการเมือง ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชาติ รวมถึงการไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวในปัญหาความขัดแย้ง หรือเข้าไปวิพากษ์แสดงความคิดเห็น หรือสอดแทรกความสัมพันธ์ของรัฐอื่น เว้นแต่จะเข้าช้อยกเว้น หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในจึงเป็นหลักการที่ขบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ และผูกพันรัฐสมาชิกองค์การสหประชาชาติให้ต้องปฏิบัติตาม รัฐใดละเมิดหลักการดังกล่าว จะเป็นการละเมิดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁹

แม้กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 2 (7) จะมีหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน แต่ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้อย่างชัดเจนว่า หากมีสถานการณ์ที่เข้าตามหมวด 7 กล่าวคือ มีสถานการณ์ที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการคุกคามต่อสันติภาพ หรือเป็นการละเมิดสันติภาพ หรือเป็นการรุกราน คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมีอำนาจที่จะออกข้อมติในรูปคำแนะนำหรือคำวินิจฉัย²⁰ พร้อมทั้งกำหนดว่าจะใช้มาตรการตามข้อ 41 ข้อ 42 ตามลำดับ²¹ เพื่อจัดการปัญหาดังกล่าว เมื่อเป็นเช่นนั้น องค์การสหประชาชาติ (โดยหน่วยงานหรือรัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้อง) ก็จะเข้าแทรกแซงเพื่อดำเนินการตามมาตรการที่กำหนดเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ แม้ว่า

¹⁹การพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นกิจการภายในของรัฐหรือไม่นั้น จะไม่ได้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของรัฐ แต่จะเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น เรื่องใดอยู่ภายใต้บังคับของพันธกรณีระหว่างประเทศสำหรับรัฐใด เรื่องนั้นก็ไม่ใช่เรื่องของกิจการภายในของรัฐนั้น แต่จะเป็นกิจการระหว่างประเทศ.

²⁰มติที่อยู่ในรูปคำแนะนำ (recommendation) จะไม่มีผลบังคับรัฐสมาชิก แม้รัฐสมาชิกไม่ปฏิบัติตามก็ไม่เป็นการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนมติที่อยู่ในรูปคำชี้ขาด (decision) จะมีผลบังคับรัฐสมาชิกให้ต้องปฏิบัติตาม เนื่องจากกฎบัตรสหประชาชาติข้อ 25 กำหนดไว้ว่า รัฐสมาชิกมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามมติในรูปคำวินิจฉัย เมื่อเป็นเช่นนั้นตามหลักสนธิสัญญา รัฐภาคีจึงต้องผูกพันและปฏิบัติตามสนธิสัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) หรือ Consent to be bound เพราะฉะนั้น หากรัฐสมาชิกไม่ปฏิบัติตามมติในรูปคำวินิจฉัย จะเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศและต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ.

²¹United Nations Charter, Article 39

“The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.”

มาตรการที่กำหนดจะมีการใช้กำลังทางอากาศ ทางทะเล หรือทางพื้นดินก็ตาม²² เช่น สถานการณ์ที่ประเทศเกาหลีเหนือดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับอาวุธนิวเคลียร์ ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมีการออกข้อมติบังคับกับประเทศเกาหลีเหนือ โดยไม่ให้มีการกระทำใด ๆ และให้ยกเลิกกิจกรรมทั้งหมดที่เกี่ยวกับการทดลองอาวุธนิวเคลียร์และการปล่อยชีปนาวุธ พร้อมทั้งชี้ขาดให้รัฐสมาชิกอื่นจะต้องไม่ให้ความช่วยเหลือประเทศเกาหลีเหนือ²³ หรือสถานการณ์ความขัดแย้งในสาธารณรัฐแอฟริกากลางระหว่างกองกำลังติดอาวุธชาวคริสต์และมุสลิมตั้งแต่ปี ค.ศ. 2013 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีมติส่งกองกำลังสหประชาชาติที่ชื่อว่า United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in the Central African Republic (MINUSCA) เข้าไปจัดการปัญหา และยังมีมติให้อำนาจกองกำลังทหารฝรั่งเศสเข้าไปสนับสนุนกองกำลัง MINUSCA เพื่อต่อสู้ด้วย²⁴ เป็นต้น

ในทางระหว่างประเทศยังเคยมีการอ้างแนวทางที่เป็นข้อยกเว้นหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในคือ หลักการแทรกแซงด้วยเหตุผลมนุษยธรรม (Humanitarian Intervention) อันเป็นหลักการตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International Humanitarian Law) หลักการแทรกแซงด้วยเหตุผลมนุษยธรรมเป็นการใช้กำลังของรัฐเข้าแทรกแซงอีกรัฐหนึ่งโดยที่รัฐนั้นไม่ได้อนุญาตแต่เหตุที่แทรกแซงก็เพื่อช่วยเหลือ ช่วยระงับเหตุการณ์ที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงและยังรวมถึงกรณีที่กองกำลังทหารใช้กำลังแทรกแซงในรัฐใดรัฐหนึ่งเพื่อช่วยเหลือทางมนุษยธรรมทั้งรัฐและกองกำลังทหารที่เข้าแทรกแซงนี้สามารถทำได้โดยไม่เป็นการละเมิดต่อหลักการไม่ใช้กำลังและหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐอื่น²⁵ เช่น สถานการณ์ความขัดแย้งในประเทศซูดานจนมีการแยกตัวมาเป็นรัฐใหม่คือ ประเทศสาธารณรัฐเซาท์ซูดาน (Republic of South Sudan) คณะมนตรี

²²มาตรการตามข้อ 41 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ จะเป็นมาตรการที่ไม่ได้ใช้กำลังอาวุธ รวมถึงการใช้มาตรการตัดสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ (คว่ำบาตร) ตัดการคมนาคม การสื่อสารทางไปรษณีย์ โทรเลข วิทยุ รวมถึงการตัดสัมพันธ์ทางการทูต ส่วนมาตรการตามข้อ 42 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ จะเป็นมาตรการใช้กำลังทหารทางอากาศ ทางทะเล หรือทางพื้นดิน ทั้งนี้ จะใช้มาตรการตามข้อ 42 ได้ต่อเมื่อใช้มาตรการตามข้อ 41 แล้วยังไม่สามารถจัดการปัญหาได้.

²³Security Council Resolution 2464 (2019), 1874 (2009).

²⁴Repertoire of the Practice of the Security Council, Part VII-Actions with respect to threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression (Chapter VII of the Charter) [Online], available URL: https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/22nd_supp_part_vii_advance_version.pdf#page=63, 2021 (September, 1).

²⁵Taylor B. Seybolt, *Humanitarian Military Intervention, The Conditions for Success and Failure* (London: Oxford University, 2008), pp. 5-6.

การแทรกแซงด้วยเหตุผลมนุษยธรรม ไม่รวมถึงกรณีการแทรกแซงของรัฐเพื่อปกป้องพลเมืองของตน และไม่รวมถึงกรณีการคว่ำบาตรทางการทูตและทางเศรษฐกิจ.

ความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมีมติส่งกองกำลังสหประชาชาติที่ชื่อว่า United Nations Mission in South Sudan (UNMISS) เข้าไปเพื่อให้ความช่วยเหลือรัฐบาลของประเทศเซาท์ซูดาน รวมถึงให้ทหารและตำรวจของประเทศเซาท์ซูดานจะต้องร่วมกันปกป้อง ช่วยเหลือ บรรเทา และแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับพลเรือนโดยยึดหลักความรับผิดชอบในการปกป้องตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ²⁶ มีข้อสังเกต หลักการแทรกแซงด้วยเหตุผลมนุษยธรรมไม่ได้มีปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติ ประกอบกับรัฐที่มีการกระทำแทรกแซงด้วยเหตุผลมนุษยธรรมส่วนมากเป็นชาติมหาอำนาจ

ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2001 องค์การสหประชาชาติมีรายงานคณะกรรมการการระหว่างประเทศในประเด็นการแทรกแซงและอำนาจอธิปไตย (The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty) หรือ ICISS Report มีการกล่าวถึงหลักความรับผิดชอบของรัฐในการปกป้องพลเมืองของตนจากการถูกฆ่า ความสูญเสียต่อชีวิตอย่างเป็นวงกว้าง การถูกข่มขืน และอื่น ๆ โดยในรายงานยังมุ่งเน้นหากรัฐไม่สมัครใจหรือไม่สามารถปกป้องพลเมืองของตนได้ รัฐอื่น/ประชาคมระหว่างประเทศก็จะเข้ามาช่วยเหลือป้องกัน ซึ่งหลักการนี้เรียกว่า หลักความรับผิดชอบที่จะปกป้องพลเมืองของตน (Responsibility to Protect หรือ R2P)²⁷ ต่อมาในการประชุมสุดยอดรัฐสมาชิกสหประชาชาติ (World Summit) ปี ค.ศ. 2005 สมัชชาแห่งสหประชาชาติได้มีมติสมัชชาที่ 60/1 2005 กำหนดให้รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบที่จะปกป้องพลเมืองของตนจากเหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) อาชญากรรมสงคราม (war crimes) การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยวิธีการชำระล้างเผ่าพันธุ์ที่เรียกว่า ethnic cleansing และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ทั้งนี้ ประชาคมระหว่างประเทศทั้งหลายจะต้องให้การสนับสนุน ให้ความช่วยเหลือรัฐดังกล่าวในการใช้สิทธิตามหลัก R2P หากรัฐที่เกิดเหตุไม่อาจปกป้องพลเมืองของตนให้พ้นวิกฤติได้ ประชาคมระหว่างประเทศ รวมถึงองค์การสหประชาชาติเองย่อมมีสิทธิเข้าช่วยเหลือรัฐที่เกิดปัญหาตามหลัก R2P เช่นกัน โดยอาจเป็นการใช้มาตรการทางทูต มาตรการด้านมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรือมาตรการอื่นในรูปแบบสันติวิธีในทางที่สอดคล้องกับหมวด 6 และหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ²⁸

²⁶Security Council Resolution 1996 (2001).

²⁷Global Centre for the Responsibility to Protect, **The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, 2001** [Online], available URL: <https://www.globalr2p.org/resources/the-responsibility-to-protect-report-of-the-international-commission-on-intervention-and-state-sovereignty-2001/>, 2023 (May, 30).

²⁸United Nations General Assembly Resolution 60/1 2005 (16 September 2005). and William R. Slomanson, **Fundamental Perspectives on International Law** (London: Cambridge, 2003), p. 491.

จากที่กล่าวมาทั้งหมดในหัวข้อที่ 3.1 ปัจจุบันองค์การสหประชาชาติและรัฐสมาชิกจะมีพันธกรณีไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น เว้นแต่จะเข้าข่ายยกเว้นคือเป็นสถานการณ์ภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ หรือกรณีการแทรกแซงภายใต้หลัก R2P²⁹

3.2 หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎบัตรอาเซียน (The 2007 ASEAN Charter)

สมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรืออาเซียน เป็นองค์การระหว่างประเทศ มีรัฐสมาชิกก่อตั้งคือ ประเทศไทย ประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอินโดนีเซีย และประเทศฟิลิปปินส์ เพื่อรวมกลุ่มให้ความร่วมมือกันและเพื่ออำนาจต่อรองกับรัฐอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐมหาอำนาจ³⁰

กฎบัตรสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือกฎบัตรอาเซียน ข้อ 2 กำหนดหลักการสำคัญให้รัฐสมาชิกอาเซียนปฏิบัติเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอาเซียน หนึ่งในหลักการสำคัญคือ “การไม่แทรกแซงกิจการภายในของกันและกัน” ซึ่งหลักการนี้ปรากฏอยู่ในข้อ 2 (2) (อี) กล่าวได้ว่าอาเซียนและรัฐสมาชิกอาเซียนจะดำเนินการใด ๆ ในทางที่สอดคล้องกับหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอาเซียน (non-interference in the internal affairs)³¹ โดยมีข้อสังเกตว่ากฎบัตรอาเซียนใช้คำว่า “non-interference” ไม่ได้ใช้คำว่า “non-intervention” ในความหมายว่าไม่แทรกแซง (กิจการภายใน)

²⁹หลัก R2P ไม่ได้มีปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติ แต่เป็นหลักการที่ใช้ในปัจจุบัน (*lex lata*) ปรากฏอยู่ในรูปมติองค์การสหประชาชาติ.

³⁰ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง โลกเข้าสู่ยุคสงครามเย็นด้วยอุดมการณ์ทางการเมืองที่แตกต่างกัน สองขั้วของมหาอำนาจทั้งสองรัฐคือ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสหภาพโซเวียต โดยทั้งสองรัฐต่างมีอุดมการณ์ทางการเมืองที่แตกต่างกันคือ สหรัฐอเมริกายึดหลักการการเป็นค่ายเสรีประชาธิปไตย ในขณะที่สหภาพโซเวียตยึดหลักการการเป็นค่ายสังคมนิยม และรัฐทั้งสองต่างพยายามแข่งขันกันเพื่อจะขยายอิทธิพลและอุดมการณ์ทางการเมืองของตนไปยังภูมิภาคต่าง ๆ รวมทั้งภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ในยุคนั้นแม้จะมีรัฐหลายรัฐได้รับเอกราชจากรัฐเจ้าอาณานิคม แต่ก็ยังคงถูกอิทธิพลของมหาอำนาจตะวันตกเข้าแทรกแซงอยู่ หลายรัฐจึงมีแนวความคิดที่ต้องการรวมกลุ่มกันเพื่อให้มีความร่วมมือกัน และเพื่อมีอำนาจต่อรองกับรัฐอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐมหาอำนาจ อาเซียนก็ถือกำเนิดขึ้นด้วยเหตุผลนี้เช่นกัน

อาเซียนถือกำเนิดขึ้นเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1967 ภายใต้แนวความคิดของพันเอก (พิเศษ) ถนัด คอมันตร์ ซึ่งดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทยในขณะนั้น โดยเริ่มต้นจากการเจรจากันที่แหลมแท่น จังหวัดชลบุรี จากนั้นก็มีการลงนามในปฏิญญากรุงเทพฯ (Bangkok Declaration) เพื่อจัดตั้งองค์การอาเซียนขึ้น.

³¹The ASEAN Charter, Article 2 (2) (e)

“2. ASEAN and its Member States shall act in accordance with the following Principles:

(e) non-interference in the internal affairs of ASEAN Member States;”

3.2.1 พัฒนาการของหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎหมายอาเซียน

หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอาเซียน (non-interference) เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกฎบัตรอาเซียนอันเป็นผลมาจากความกังวลร่วมกันของรัฐสมาชิกและความระมัดระวังการแทรกแซงกิจการภายในจากรัฐอื่น ในการก่อตั้งอาเซียนเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1967 มีการลงนามปฏิญญากรุงเทพ ฯ (Bangkok Declaration) ซึ่งในปฏิญญากรุงเทพ ฯ ยังไม่ได้มีการใช้คำว่า “จะไม่แทรกแซงกิจการภายใน (non-interference)” มีปรากฏเพียงการรับรองเสรีภาพและความมั่นคงจากการแทรกแซงจากภายนอก³² เท่านั้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1971 เมื่อมีการรับเอาปฏิญญาด้านเขตสันติภาพ เสรีภาพ และความเป็นกลาง ค.ศ. 1971 (Declaration on the Zone of Peace, Freedom and Neutrality, 1971 หรือ ZOPFAN) ได้มีการรับรองหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐอื่นขึ้นในอารัมภบท จึงถือได้ว่าหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในรัฐสมาชิกอาเซียนปรากฏครั้งแรกในปฏิญญานี้³³

ในการประชุมพิเศษรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 1971 ณ กรุงกัวลาลัมเปอร์ ประเทศมาเลเซีย ซึ่งที่ประชุมได้มีการรับเอาปฏิญญา ZOPFAN โดยในอารัมภบทของปฏิญญาได้กล่าวถึงการรับเอาหลักการที่ว่ารัฐสมาชิกจะต้องเคารพต่ออำนาจอธิปไตยและบูรณภาพทางดินแดนของรัฐอื่น ละเว้นการคุกคามหรือการใช้กำลังทหารต่อรัฐอื่น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็จะระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี นอกจากนี้ ยังยึดหลักสิทธิในความเท่าเทียมและสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองรวมทั้งการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น (non-interference in affairs of States) ทั้งนี้ หลักการนี้ได้รับแรงบันดาลใจจากหลักการอันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติ³⁴ ทำให้เข้าใจได้ว่าปฏิญญานี้มีวัตถุประสงค์ในทางเดียวกับหลักการตามกฎหมายสหประชาชาติอันเป็น

³²Ministry of Foreign Affairs, *The ASEAN Declaration (Bangkok Declaration) Adopted by the Foreign Ministers at the 1st ASEAN Ministerial Meeting in Bangkok, Thailand on 8 August 1967* [Online], available URL: https://image.mfa.go.th/mfa/0/OcXc7u4THG/migrate_directory/other-20130527-162937-870593.pdf, 2022 (October, 14).

³³Walter Woon, *The ASEAN Charter: a commentary* (Singapore: NUS Press, 2015), p. 36.

³⁴ที่ประชุมพิเศษรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนประกอบด้วยรัฐมนตรีต่างประเทศของประเทศอินโดนีเซีย ประเทศมาเลเซีย ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศสิงคโปร์ และผู้แทนทูตของประเทศไทย ได้รับเอาปฏิญญาด้านเขตสันติภาพ เสรีภาพ และความเป็นกลาง ค.ศ. 1971 มีข้อความตอนหนึ่งว่า

“INSPIRED by the worthy aims and objectives of the United Nations, in particular by the principles of respect for the sovereignty and territorial integrity of all states, abstention from threat or use of force, peaceful settlement of international disputes, equal rights and self-determination and non-interference in affairs of States.”

หลักการทั่วไปตามกรอบกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐจะต้องดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศด้วยการไม่ใช้กำลังเข้าแทรกแซงหรือบีบบังคับรัฐอื่นและไม่กระทำการใดๆ ที่เป็นการแทรกแซง/ก้าวก่ายเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจภายในของรัฐอื่น รวมทั้งการไม่วิพากษ์หรือแสดงความคิดเห็นต่อรัฐอื่น

ต่อมาในปี ค.ศ. 1976 รัฐสมาชิกอาเซียนได้รับเอาสนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ค.ศ. 1976 (Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia, 1976 หรือ TAC) ซึ่งรัฐสมาชิกอาเซียนได้มีข้อตกลงร่วมกันอันเป็นกรอบวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาที่จะส่งเสริมสันติภาพและความมั่นคงในภูมิภาค ความเป็นมิตรภาพอันดีงาม และส่งเสริมให้มีความร่วมมือกันระหว่างรัฐสมาชิก³⁵ โดยรัฐสมาชิกจะต้องดำเนินความสัมพันธ์บนพื้นฐานของหลักการที่กำหนดไว้ในข้อ 2 หนึ่งในหลักการสำคัญคือ “การไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอื่น” (non-interference in the internal affairs of one another)³⁶ ทั้งนี้ หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามสนธิสัญญานี้ก็ได้รับแนวทางมาจากปฏิญญาว่าด้วยเขตสันติภาพ เสรีภาพ และความเป็นกลาง ค.ศ. 1971 และได้พัฒนามาสู่การเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกฎบัตรอาเซียนในเวลาต่อมา³⁷ โดยกำหนดไว้ในข้อ 2 (2) อี

จะเห็นได้ว่าอาเซียนมีการกำหนดหลักการที่จะไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกไว้เรื่อยมาด้วยเหตุผลที่ว่า

1) เพื่อความมั่นคงภายในของรัฐสมาชิก เนื่องจากอาเซียนเป็นองค์การระหว่างประเทศที่รัฐสมาชิกแต่ละรัฐมีความแตกต่างกัน มีความหลากหลายทางเชื้อชาติ ศาสนา และวัฒนธรรม ซึ่งแต่ละรัฐต่างก็มีระบบโครงสร้างที่อ่อนแอและขาดความชอบธรรม การเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับสถานการณ์

³⁵Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia 1976, Preamble

“

ANXIOUS to promote regional peace and stability through abiding respect for justice and the rule of law and enhancing regional resilience in their relations;

....”

Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia 1976, Article 1

“The purpose of this Treaty is to promote perpetual peace, everlasting amity and cooperation among their peoples which would contribute to their strength, solidarity and closer relationship.”

³⁶Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia 1976, Article 2

“In their relations with one another, the High Contracting Parties shall be guided by the following fundamental principles:

c. Non-interference in the internal affairs of one another;

....”

³⁷Walter Woon, op. cit., pp. 36-37.

ของรัฐอื่นจะทำให้เกิดความไม่พอใจและก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างกันได้ เพราะฉะนั้น การดำเนินนโยบายไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกคือ รัฐไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับสถานการณ์ของรัฐสมาชิกอื่นจะทำให้ลดความขัดแย้งที่รุนแรงระหว่างกันได้³⁸

2) ประสบการณ์ในอดีตที่รัฐสมาชิกอาเซียนเคยถูกแทรกแซงจากรัฐมหาอำนาจเนื่องจากรัฐสมาชิกอาเซียนหลายรัฐเคยตกเป็นอาณานิคมของรัฐมหาอำนาจตะวันตกมาก่อนและเมื่อได้รับเอกราช รัฐสมาชิกอาเซียนจึงไม่ต้องการที่จะถูกแทรกแซงจากรัฐต่างประเทศอีกต่อไป ส่งผลให้มีการดำเนินนโยบายที่จะไม่ให้มีการแทรกแซงกิจการภายในรัฐอื่นอย่างจริงจัง³⁹

3.2.2 แนวปฏิบัติของรัฐสมาชิกอาเซียนต่อหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎหมายอาเซียน

ดังที่กล่าวมาในหัวข้อ 3.2.1 เมื่อหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกตามกฎหมายอาเซียนมีแนวทางการทำความเข้าใจจากปฏิญญาว่าด้วยเขตสันติภาพ เสรีภาพ และความเป็นกลาง ค.ศ. 1971 กับสนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ค.ศ. 1976 ซึ่งทั้งปฏิญญาและสนธิสัญญาดังกล่าวได้รับแรงบันดาลใจจากกรอบวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติ เพราะฉะนั้น ผู้เขียนขอตีความหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกตามกฎหมายอาเซียนว่าเป็นหลักการที่อาเซียนและรัฐสมาชิกจะต้องไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอื่นด้วยการไม่ใช้กำลังเข้าแทรกแซงหรือบีบบังคับรัฐสมาชิกอื่น ไม่กระทำการใด ๆ ที่เป็นการแทรกแซง/ก้าวก่ายเรื่องเกี่ยวกับเขตอำนาจภายใน รวมทั้งไม่วิพากษ์หรือแสดงความคิดเห็นกับสถานการณ์ภายในของรัฐสมาชิกอื่น

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่าทั้งกฎบัตรอาเซียน ปฏิญญาว่าด้วยเขตสันติภาพ เสรีภาพ และความเป็นกลาง ค.ศ. 1971 และสนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ค.ศ. 1976 ต่างก็ไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นที่ให้รัฐสมาชิก/รัฐภาคีเข้าแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่นได้ ทำให้เข้าใจว่าอาเซียนและรัฐสมาชิกอาเซียนจะต้องมีพันธกรณีตามกฎหมายอาเซียนที่จะไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอื่นโดยไม่มีข้อยกเว้น

เมื่อเป็นเช่นนี้ ในทางปฏิบัติก็เป็นที่ปรากฏให้เห็นอย่างกว้างขวางว่าอาเซียนและรัฐสมาชิกอาเซียนต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอย่างจริงจัง แม้กระทั่งเรื่องดังกล่าวจะเป็นเพียงการวิพากษ์หรือแสดงความคิดเห็นก็ตาม รัฐสมาชิกอาเซียนก็จะหลีกเลี่ยงหรือระมัดระวังในการแสดงความคิดเห็น ดังจะเห็นได้จากการดำเนินแนวนโยบายของรัฐสมาชิกเอง เช่น

³⁸Eric Corthay, "The ASEAN Doctrine of Non-Interference in Light of the Fundamental Principle of Non-Intervention," *Asian-Pacific Law&Policy Journal* 17 (2016): 6.

³⁹Ibid., p. 7.

1) รัฐสมาชิกจะหลีกเลี่ยงการวิพากษ์การกระทำของรัฐบาลของรัฐสมาชิกอาเซียนที่ปฏิบัติต่อประชาชนในชาติ ไม่ว่าจะเป็นกรณีการฝ่าฝืนสิทธิมนุษยชน การใช้อำนาจนิติบัญญัติ รูปแบบการปกครองของรัฐบาล⁴⁰

2) รัฐสมาชิกจะไม่วิพากษ์การกระทำของรัฐบาลสมาชิกที่ฝ่าฝืนหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในรูปแบบอื่น ๆ⁴¹

3) รัฐสมาชิกจะต้องไม่ให้การสนับสนุน ไม่ให้ความช่วยเหลือ และไม่ให้ที่หลบภัยแก่กลุ่มกบฏ กลุ่มต่อต้านรัฐบาลที่ก่อความไม่มั่นคงเพื่อล้มล้างรัฐบาลของรัฐสมาชิก⁴² และ

4) รัฐสมาชิกจะให้การสนับสนุนทางการเมือง รวมถึงการให้ความช่วยเหลือแก่รัฐบาลของรัฐสมาชิกหากมีสถานการณ์ที่เป็นการต่อต้าน ล้มล้างรัฐบาล หรือสถานการณ์ที่เป็นภัยความมั่นคงทางทหาร การเมือง และเศรษฐกิจ⁴³

ตัวอย่างเช่น เหตุการณ์การทำรัฐประหารในประเทศไทย เหตุการณ์ที่ประเทศอินโดนีเซียเข้ายึดครองติมอร์ตะวันออก เหตุการณ์การกักขังโดยไม่มีการพิจารณาคดีของประเทศมาเลเซียและสิงคโปร์ ฯลฯ ซึ่งรัฐสมาชิกอาเซียนต่างก็ไม่ได้วิพากษ์ถึงเหตุการณ์ดังกล่าว นอกจากจะแถลงการณ์เป็นครั้งคราวเท่านั้น⁴⁴ หรือเหตุการณ์ที่รัฐบาลประเทศเมียนมาละเมิดสิทธิมนุษยชนชาวโรฮิงญาจนนำไปสู่ความรุนแรงเข้าข่ายเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และเป็นคดีขึ้นสู่การพิจารณาในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่รัฐสมาชิกอาเซียนก็ได้กล่าวหาการกระทำของรัฐบาลเมียนมาแต่อย่างใด ในทางกลับกันได้มีถ้อยแถลงการณ์ของประธานอาเซียนและแถลงการณ์ร่วมของรัฐมนตรีต่างประเทศที่แสดงการสนับสนุนรัฐบาลประเทศเมียนมาและคาดหวังเพียงว่าคณะกรรมการไต่สวนของเมียนมาจะดำเนินการไต่สวนปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้วยความยุติธรรมเท่านั้น⁴⁵

จากแนวทางปฏิบัติดังกล่าวทำให้มีนักวิชาการมองว่าแนวปฏิบัติของอาเซียนที่ไม่แทรกแซงกิจการภายในของกันและกันไม่ใช่เป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่ปรากฏในความตกลงให้ต้องปฏิบัติ

⁴⁰Lee Jones, *ASEAN, Sovereignty and Intervention in Southeast Asia* (Great Britain: Palgrave Macmillan, 2012), p. 4.

⁴¹Ibid.

⁴²Ibid.

⁴³Ibid.

⁴⁴John Funston, *ASEAN and the Principle of Non-Intervention- practice and Prospects* (Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2000), p. 3.

⁴⁵Rebecca Barber and Sarah Teitt, *ASEAN Summit: A change to engage on the Rohingya crisis* [Online], available URL: <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/asean-summit-chance-engage-rohingya-crisis>, 2021 (September, 2).

เท่านั้น แต่ยังแทรกอยู่ในวิถีชีวิต กระบวนการคิดของชาติสมาชิกอาเซียนดังเช่นคำกล่าวของนายกรัฐมนตรีของประเทศสิงคโปร์ที่ว่า “พวกเราจะไม่เปลี่ยนแปลงโลกและประเทศเพื่อนบ้านของเรา” ทำให้มีนักวิชาการหลายท่านกล่าวว่าหลักการนี้เป็นหลักการอันเป็นที่รัก (cherished principle) ของชาวอาเซียน⁴⁶

อย่างไรก็ดี การที่อาเซียนและรัฐสมาชิกอาเซียนไม่เข้าไปแทรกแซงกิจการภายในด้วยการเข้าไปยุ่งเกี่ยวหรือเข้าไปพัวพันสถานการณ์ภายในของรัฐสมาชิกอื่น แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าสถานการณ์ปัญหาที่เป็นความกังวลร่วมกันของรัฐสมาชิกจะไม่ถูกยกเป็นประเด็นขึ้นมาอภิปรายกันในเวทีประชุม ไม่ว่าจะเป็นเวทีประชุมผู้นำอาเซียนหรือเวทีประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียน⁴⁷ หรือสถานการณ์บางอย่างที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงซึ่งรัฐสมาชิกต้องให้ความช่วยเหลือก็อาจมีการเข้าไปยุ่งเกี่ยวบ้าง (แม้จะมีได้บังคับได้อย่างจริงจังนัก) เช่น การเข้าไปเป็นผู้ไกล่เกลี่ยของประเทศไทยในกรณีปัญหาความขัดแย้งระหว่างประเทศมาเลเซียและประเทศฟิลิปปินส์เกี่ยวกับการอ้างอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนซาบาห์ กรณีประเทศอินโดนีเซียเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการส่งเครื่องบินเข้าไปช่วยเหลือประเทศฟิลิปปินส์เพื่อต่อต้านการจลาจลในปี ค.ศ. 1986⁴⁸ เหตุการณ์ภัยพิบัติพายุไซโคลนนาร์กิส (Cyclone Nagis) ในปี ค.ศ. 2008 ซึ่งเกิดในประเทศเมียนมา เมื่ออาเซียนเห็นว่ารัฐบาลเมียนมาไม่สามารถจัดการความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ จึงได้มีการโน้มน้าวให้รัฐบาลเมียนมายอมรับความช่วยเหลือจากรัฐต่างประเทศ⁴⁹ และสถานการณ์การประท้วงที่เกิดขึ้นในประเทศเมียนมาปี ค.ศ 2021 ภายหลังที่กองกำลังฝ่ายความมั่นคง (นำโดยผู้บัญชาการทหารสูงสุด พลเอก อาวุโส มิน อ่อง หล่าย) ได้ก่อรัฐประหารยึดอำนาจจากรัฐบาลพลเรือนและสลายการชุมนุมของประชาชนผู้ประท้วงอย่างรุนแรงทำให้ประชาชนเสียชีวิตจำนวนมาก รัฐสมาชิกอาเซียนได้ใช้เวทีการประชุมผู้นำอาเซียน (ASEAN Leaders’ Meeting) เมื่อวันที่ 24 เมษายน ค.ศ. 2021 ออกแถลงการณ์ของประธานในที่ประชุมเพื่อมีฉันทามติร่วมกัน (Five-Point Consensus) ให้หยุดการกระทำละเมิดในเมียนมา การสนทนาอย่างสร้างสรรค์ในรัฐสมาชิกด้วยกัน การให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม การให้ความสะดวกในกระบวนการไกล่เกลี่ยและผู้แทนพิเศษ พร้อมทั้งคณะจะเดินทางไปประเทศเมียนมาเพื่อพบปะดำเนินการปัญหาดังกล่าวก็นับได้ว่าอาเซียนได้มีแนวทางที่จะเข้าไปจัดการปัญหามากขึ้น⁵⁰

จากที่กล่าวมาทั้งหมดในหัวข้อที่ 3.2 ผู้เขียนขอสรุปว่า หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอาเซียน (Non-interference in the internal affairs of one another) เป็นหลักการที่อาเซียนและรัฐสมาชิกอาเซียนจะไม่ใช้กำลังไปละเมิดอำนาจอธิปไตยและบูรณภาพทางดินแดน

⁴⁶Lee Jones, op. cit., p. 3.

⁴⁷Walter Woon, op. cit., p. 60.

⁴⁸John Funston, op. cit., p. 6.

⁴⁹Walter Woon, op. cit., p. 60.

⁵⁰Chairman’s Statement on the ASEAN Leaders’ Meeting, 24 April 2021 and Five-Point Consensus.

ของรัฐบาลสมาชิกอื่นไม่ใช้กำลังเข้าไปแทรกแซง ไม่มีการกระทำใดๆ ที่เป็นการก้าวล่วงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจรัฐภายใน หรือไปบีบบังคับรัฐสมาชิก และยังหมายความรวมถึงการหลีกเลี่ยงที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับปัญหาหรือไปวิพากษ์สถานการณ์ภายในของรัฐสมาชิก รวมถึงการไม่ให้การสนับสนุนฝ่ายต่อต้านรัฐบาลของรัฐสมาชิก เว้นแต่สถานการณ์ที่เป็นกังวลร่วมกันในทางระหว่างประเทศ อาเซียน และรัฐสมาชิกอาจนำมาเป็นประเด็นอภิปรายหรือออกเป็นแถลงการณ์ได้ (อย่างไรก็ดี ทางปฏิบัติ รัฐสมาชิกอาเซียนก็ได้แทรกแซงหรือบังคับได้อย่างจริงจัง)

3.3 การพิจารณาเปรียบเทียบหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งเป็นกรอบทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ

จากหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในในกรอบทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ตามกฎบัตรสหประชาชาติและในกรอบของกฎบัตรอาเซียน เบื้องต้นพบว่ามีการใช้คำศัพท์ที่แปลว่าการไม่แทรกแซง (กิจการภายใน) ต่างกัน กฎบัตรสหประชาชาติใช้คำว่า “non-intervention” ส่วนกฎบัตรอาเซียนใช้คำว่า “non-interference”⁵¹

การใช้คำศัพท์ที่ต่างกันนี้ มีนักวิชาการพยายามแยกความหมายของคำทั้งสองว่ามีนัยต่างกัน โดยให้ความเห็นว่าการใช้คำว่า non-intervention น่าจะเป็นการใช้กับสถานการณ์ที่ห้ามมิให้รัฐหนึ่งแทรกแซงด้วยการใช้กำลังบีบบังคับ รวมถึงการใช้กำลังทหารไปแทรกแซงหรือกระทำต่ออำนาจอธิปไตยหรือบูรณภาพทางดินแดนของรัฐหนึ่ง ส่วนคำว่า non-interference จะเป็นการห้ามแทรกแซงในสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการเมืองระหว่างประเทศ แต่ก็มีนักวิชาการคิดต่างโดยเห็นว่าไม่ว่าจะใช้คำว่า non-intervention หรือ non-interference ก็ไม่มีความหมายต่างกัน

จากการศึกษาหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าโดยทางทฤษฎี/หลักการ หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎหมายระหว่างประเทศและตามกฎบัตรอาเซียน ต่างก็มีความหมายในทำนองเดียวกัน ไม่ว่าจะใช้คำว่า non-intervention หรือ non-interference ก็ตาม ด้วยเหตุผลที่ว่าข้อกำหนดหลักการนี้ในกฎบัตรอาเซียนมีแนวทางจากหลักการอันเป็นกรอบวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติ ความแตกต่างจะขึ้นอยู่กับแนวทางปฏิบัติและการมีข้อยกเว้นของหลักการ

ความแตกต่างของหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎบัตรอาเซียนมีดังนี้

3.3.1 เมื่อพิจารณาข้อยกเว้นที่ปรากฏในกฎบัตรทั้งสอง กฎบัตรสหประชาชาติมีการกำหนดข้อยกเว้นไว้อย่างชัดเจนในกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 2 (7) ทำให้องค์การสหประชาชาติ (โดยหน่วยงาน

⁵¹ ปรากฏว่าด้วยเขตสันติภาพ เสรีภาพ และความเป็นกลาง ค.ศ. 1971 กับสนธิสัญญามิตรภาพและความร่วมมือในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ค.ศ. 1976 ต่างก็ใช้คำภาษาอังกฤษว่า non-interference ไม่ใช่คำว่า non-intervention.

ที่เกี่ยวข้องหรือรัฐสมาชิก) มีอำนาจที่จะเข้าแทรกแซงได้ภายใต้กฎบัตร ซึ่งจะเห็นได้จากมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่มีมติให้กองกำลังสหประชาชาติและรัฐสมาชิกเข้าแทรกแซงได้

แต่ในกฎบัตรอาเซียนไม่ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้เลย ทำให้อาเซียนและรัฐสมาชิกอาเซียนมีพันธกรณีต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในอย่างเคร่งครัดโดยไม่มีข้อยกเว้น

3.3.2 เมื่อพิจารณาข้อยกเว้นจากกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ องค์การสหประชาชาติเคยใช้หลักการตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ทำให้มีการแทรกแซงด้วยเหตุผลมนุษยธรรมอันเป็นข้อยกเว้นของหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน ซึ่งจะเห็นได้จากมติคณะมนตรีความมั่นคงที่อ้างถึงหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและให้กองกำลังสหประชาชาติและรัฐสมาชิกเข้าไปปฏิบัติการช่วยเหลือ รวมถึงการออกมติสมัชชาในเรื่องหลัก R2P เพื่อให้มีการเข้าแทรกแซงรัฐอื่นได้ในกรณีที่กำหนด เช่น เหตุการณ์ความขัดแย้งใน Libyan Arab Jamahiriya ปี ค.ศ. 2001 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติมีมติให้รัฐสมาชิกสหประชาชาติให้ความร่วมมือดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องพลเมืองและพื้นที่ใน Libyan Arab Jamahiriya และ Benghazi ซึ่งมีพลเมืองอาศัยอยู่และถูกโจมตี พร้อมทั้งให้รายงานต่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเมื่อมีการดำเนินมาตรการ

แต่อาเซียนและรัฐสมาชิกไม่ได้มีการใช้หลักการเช่นว่าอย่างจริงจังเพื่อเข้าแทรกแซงในสถานการณ์ที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดในรัฐสมาชิกอาเซียน

3.3.3 เมื่อพิจารณาจากแนวทางปฏิบัติ องค์การสหประชาชาติและรัฐสมาชิกยึดหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกโดยมุ่งเน้นไปที่การไม่ใช้กำลังบังคับ ไม่แทรกแซงกิจการภายในหรือเขตอำนาจภายในของรัฐเป็นสำคัญ แต่ไม่ได้เคร่งครัดมากกับการไม่วิพากษ์หรือแสดงความคิดเห็นในสถานการณ์ใด ๆ ของรัฐสมาชิก

แต่อาเซียนกลับยึดหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอย่างเคร่งครัดมากแม้กระทั่งการวิพากษ์หรือแสดงความคิดเห็นกับสถานการณ์ใด ๆ อาเซียนและรัฐสมาชิกก็จะระมัดระวังอย่างมาก เช่น สถานการณ์ที่รัฐบาลทหารของประเทศเมียนมากระทำรัฐประหารและละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อนางอองซาน ซูจี อาเซียนก็ไม่ได้มีท่าทีแต่อย่างใด นอกจากนี้ ในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติที่มีการลงคะแนนเสียงรับ/ไม่รับมติในสถานการณ์ที่เกิดกับประเทศสมาชิกอาเซียน เช่นกรณีของประเทศเมียนมาซึ่งมีการละเมิดสิทธิมนุษยชน ก็จะไม่มีการลงคะแนนเสียงรับมติเลย⁵²

⁵²UNGA Res 61/232 (22 Dec 2006), UNGA Res 62/222 (22 Dec 2007), UNGA Res 63/245 (24 Dec 2008), UNGA Res 64/238 (24 Dec 2009), UNGA Res 65/241 (24 Dec 2010) และ UNGA Res 66/230 (24 Dec 2011).

ตัวอย่างเช่น การประชุมสมัชชาสหประชาชาติในปี ค.ศ. 2011 (UNGA Res 66/230 24 December 2011) สืบเนื่องจากปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศเมียนมาที่ยังคงมีอยู่ ที่ประชุมเรียกร้องให้รัฐบาลทหารดำเนินการดังนี้

1) ให้มีมาตรการด้านสิทธิมนุษยชน เช่น ให้การรับรองว่ากระบวนการยุติธรรม ต้องมีความเป็นอิสระ และมีความยุติธรรม รับรองความเป็นอิสระของทนายความ รับรองให้มีการ ดำเนินกระบวนการทางกฎหมายอย่างเหมาะสม เป็นต้น

2) เรียกร้องให้รัฐบาลทหารเมียนมาร์ให้สัตยาบันสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ มนุษยชน

3) และร้องขอให้เลขาธิการสหประชาชาติติดตามการจดทะเบียน รวมทั้งติดตาม ผลการอภิปรายร่วมกันระหว่างรัฐบาลทหารเมียนมา ประชาชนเมียนมา ผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้อง และกลุ่ม/องค์กรด้านสิทธิมนุษยชน กรณีปัญหาที่เกิดขึ้น

ปรากฏว่าประเทศเวียดนาม เมียนมา ลาว กัมพูชา บรูไน ลงคะแนนเสียงไม่รับ ส่วนประเทศฟิลิปปินส์ อินโดนีเซีย ไทย สิงคโปร์ และมาเลเซียงดออกเสียง

ในทางกลับกันองค์การสหประชาชาติเคยมีมติคณะมนตรีความมั่นคงตัดสัมพันธ์ ทางเศรษฐกิจ (คว่ำบาตร) ประเทศเมียนมาแล้ว อย่างไรก็ตาม ในระยะหลังรัฐสมาชิกอาเซียนก็เริ่มมี ข้อเสนอให้มีการเข้าไปแทรกแซงบ้างหากสถานการณ์นั้นเป็นประเด็นที่น่ากังวลร่วมกันในรัฐสมาชิก หรือในประชาคมระหว่างประเทศดังเช่นตัวอย่างที่ปรากฏในหัวข้อ 3.2.2 (แม้จะไม่จริงจังมากก็ตาม)

จากที่กล่าวมาในหัวข้อที่ 3.3 จะเห็นได้ว่ารัฐสมาชิกอาเซียนยึดหลักการไม่แทรกแซง กิจกรรมภายในของรัฐสมาชิกอย่างเคร่งครัดมากจนถูกกล่าวว่าเป็นหลักการอันเป็นที่รักของชาวอาเซียน และได้ชื่อว่าเป็นหนึ่งในวิถีของอาเซียน (ASEAN way)

4. ข้อท้าทายของหลักการไม่แทรกแซงกิจกรรมภายในของอาเซียนในกรณีปัญหาที่มีผลกระทบ ร่วมกัน

ปัจจุบันรัฐสมาชิกอาเซียนต่างประสบปัญหามากมาย และหลายปัญหาก็ก่อผลกระทบต่อ รัฐสมาชิกร่วมกัน เช่น ปัญหาร้ายพิบัติหมอกควันข้ามพรมแดน ซึ่งจะเกิดขึ้นเป็นประจำทุกปีโดยทางตอนเหนือ ของภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้จะเกิดในพื้นที่ตอนบนของประเทศไทย ประเทศเมียนมา และ ประเทศลาว อันเนื่องมาจากการเผาในที่โล่ง ไฟป่า ฯลฯ จากการศึกษางานวิจัยเกี่ยวกับหมอกควัน ข้ามพรมแดนพบว่า สาเหตุหลักคือการเผาในที่โล่ง ซึ่งเกษตรกรทั้งในตอนบนของประเทศไทย ประเทศ เมียนมา และประเทศลาว จะเผาพื้นที่การเกษตรทำให้เกิดเป็นหมอกควันขึ้น ส่งผลกระทบที่รุนแรง ต่อประชาชนในพื้นที่ แม้อาเซียนจะมีการทำข้อตกลงอาเซียนว่าด้วยมลพิษจากหมอกควันข้ามแดน

ค.ศ. 2002 (ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution 2002) เพื่อจัดการปัญหาเหล่านี้ร่วมกัน แต่ทางปฏิบัติพบว่า ข้อตกลงนี้ไม่อาจบรรลุผลได้ เพราะประชาชนยังมีการเผาพื้นที่การเกษตรอยู่ และรัฐไม่อาจจัดการปัญหาได้โดยลำพัง สถานการณ์หมอกควันข้ามแดนจึงยังอยู่ต่อไป ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในอาจเป็นอุปสรรคต่อการให้ความร่วมมือ การจัดการ รวมทั้งการแก้ไขปัญหา เพราะฉะนั้น ในการจัดการและแก้ไขปัญหา รวมถึงความร่วมมือให้ได้ผลอย่างจริงจัง รัฐสมาชิกอาจต้องมีการแทรกแซง หรือยอมให้มีการแทรกแซง เช่น การนำเสนอและวิพากษ์ปัญหาน้อย่างจริงจัง การให้ข้อมูล การเข้าตรวจสอบ หรือการเข้าไปให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับการจัดการพื้นที่การเกษตรด้วยวิธีอื่นนอกจากการเผา เป็นต้น ปัญหาภัยพิบัติ เช่น หมอกควันข้ามแดน ก็อาจบรรเทาหรือจัดการไปในทางที่ดีขึ้นได้

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกตามกฎบัตรอาเซียน เป็นหลักการที่อาเซียนและรัฐสมาชิกจะต้องไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอื่นด้วยการไม่ใช้กำลังเข้าแทรกแซงหรือบีบบังคับรัฐอื่น ไม่กระทำการใด ๆ ที่เป็นการแทรกแซง/ก้าวก่ายเรื่องที่เกี่ยวกับเขตอำนาจภายใน รวมทั้งไม่วิพากษ์หรือแสดงความคิดเห็นกับสถานการณ์ของรัฐอื่น ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นรัฐสมาชิกอาเซียนก็ได้ปฏิบัติตามหลักการนี้อย่างเคร่งครัด จะมีบ้างที่รัฐสมาชิกอาเซียนเข้าไปแทรกแซง/ยุ่งเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นในรัฐสมาชิกอื่นแต่ก็ไม่ได้จริงจังมาก ทำให้การจัดการหรือแก้ไขปัญหาในรัฐสมาชิกอาเซียน รวมถึงความตกลงที่ทำร่วมกันระหว่างรัฐสมาชิกไม่อาจบรรลุผลได้ด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐสมาชิกเพียงรัฐเดียวไม่อาจแก้ไขหรือจัดการปัญหาเพียงลำพังได้ ทั้งนี้ หากสถานการณ์ที่เข้าข่ายเป็นกังวลร่วมกัน รัฐสมาชิกอาเซียนน่าจะให้รัฐอื่นเข้าไปยุ่งเกี่ยวเพื่อจัดการปัญหาร่วมกันได้ โดยอาจใช้หลักการแทรกแซงอย่างสร้างสรรค์ (Flexible Engagement) (ซึ่งหลักการนี้เคยมีการนำเสนอในเวทีอาเซียน แม้จะไม่ได้รับการยอมรับให้มีการนำไปใช้ แต่ก็ยังเป็นหลักการที่น่าสนใจ) รวมทั้งหลักการปรึกษาหารือและฉันทามติเป็นเครื่องมือโน้มน้าวให้รัฐสมาชิกยินยอมให้มีการแทรกแซงและร่วมมือกันจัดการปัญหาได้

บรรณานุกรม

- Alina Kaczorowska. **Public International Law**. 4th ed. London: Routledge, 2010.
- Aloupi, Niki. "The Right to Non-intervention and Non-interference." **Cambridge Journal of International and Comparative Law** 4, 3 (2015): 572.
- Corthay, Eric. "The ASEAN Doctrine of Non-Interference in Light of the Fundamental Principle of Non-Intervention." **Asian-Pacific Law&Policy Journal** 17 (2016): 6.
- Funston, John. **ASEAN and the Principle of Non-Intervention- practice and Prospects**. Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2000.
- Gilmour, David R. "The meaning of intervene with in article 2 (7) of the United Nations Charter: An historical perspective." **The International and Comparative Law Quarterly** 16, 2 (1967): 333.
- Jones, Lee. "ASEAN and the Norm of Non-Interference in Southeast Asia: A Quest for Social Order." **Nuffield College Politics Group Working Paper** (2009): 5.
- _____. **ASEAN, Sovereignty and Intervention in Southeast Asia**. Great Britain: Palgrave Macmillan, 2012.
- Kunig, Philip. "Intervention, Prohibition of." **Max Planck Encyclopedia of Public International Law** (2012): 3.
- Ministry of Foreign Affairs. **The ASEAN Declaration (Bangkok Declaration) Adopted by the Foreign Ministers at the 1st ASEAN Ministerial Meeting in Bangkok, Thailand on 8 August 1967** [Online]. Available URL: https://image.mfa.go.th/mfa/0/OcXc7u4THG/migrate_directory/other-20130527-162937-870593.pdf, 2022 (October, 14).
- Naigen, ZHANG. "The Principle of Non-Interference and Application in Practices of Contemporary International Law." **Fudan Journal of the Humanities and Social Science** 1 (2016): 5.
- Oppenheim, Lassa. **International Law: A Treatise** 1, 2. London: Longmans, Green and Co., 2012.
- Rebecca Barber and Sarah Teitt. **ASEAN Summit: A change to engage on the Rohingya crisis**. [Online]. Available URL: <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/asean-summit-chance-engage-rohingya-crisis>, 2021 (September, 2).

- Repertoire of the Practice of the Security Council. **Part VII-Actions with respect to threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression (Chapter VII of the Charter)** [Online]. Available URL: https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/22nd_supp_part_vii_advance_version.pdf#page=63, 2021 (September, 1).
- Seybolt, Taylor B. **Humanitarian Military Intervention, The Conditions for Success and Failure** London: Oxford University, 2008.
- Shaw, Malcolm N. **International Law**. New York: Cambridge University Press, 2011.
- Slomanson, William R. **Fundamental Perspectives on International Law**. London: Cambridge, 2003.
- Vincent, Raymond John. “The Principle of Non-Intervention and International Order.” Thesis for degree of Doctor of Philosophy, Australian National University, 1971.
- Woon, Walter. **The ASEAN Charter: a commentary**. Singapore: NUS Press, 2015.
- ASEAN Charter.
- Black’s Law Dictionary.
- Declaration on Principles of International Law Friendly Relations and Co-operation among the States in accordance with the Charter of the United Nations 1962.
- Oxford Advanced Learner’s Dictionaries.
- Security Council Resolution 1996 (2001).
- Security Council Resolution 1874 (2009).
- Security Council Resolution 2464 (2019).
- Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia, 1976.
- United Nations Charter.
- United Nations General Assembly Resolution 2625 (XXV) and Declaration on Principles of International Law.
- United Nations General Assembly Resolution 60/1 2005 (16 September 2005).

มาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำ
ของประเทศไทยหลังการเข้าร่วม OECD BEPS Project:
ศึกษาแนวทางการกำหนดมาตรการของกลุ่มสหภาพยุโรป
ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย

กิตติยา พฤษการุ่งเรือง

มาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำของประเทศไทย
หลังการเข้าร่วม OECD BEPS Project: ศึกษาแนวทางการกำหนดมาตรการ
ของกลุ่มสหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย*
Thailand's Controlled Foreign Company (CFC) Rules After Participating
in OECD BEPS Project: Study on the Designation of CFC
in European Union, United States, and Australia

กิตติยา พฤกษารุ่งเรือง**
Kittiya Prueksarungeang

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อหาแนวทางการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับมาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำ โดยทำการวิจัยเชิงคุณภาพประกอบไปด้วยการวิจัยทางกฎหมายและการรวบรวมข้อมูลด้วยการสัมภาษณ์เชิงลึกจากผู้ให้ข้อมูล

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “มาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำของประเทศไทยหลังการเข้าร่วม OECD BEPS Project: ศึกษาแนวทางการกำหนดมาตรการของกลุ่มสหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสถาบันวิจัยและพัฒนา มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ. 2563.

This research article is part of the research entitled “Thailand's Controlled Foreign Company (CFC) Rules After Participating in OECD BEPS Project: Study on the Designation of CFC in European Union, United States, and Australia.” This research is funded by Research and Development Institute, Ramkhamhaeng University, 2020.

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยรามคำแหง; LL.M. in Tax Law (With Distinction), Queen Mary University (London), UK; LL.M. in Intellectual Property Law (With Distinction), Queen Mary University (London), UK. E-mail: kittiya_p@rumail.ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. (With Honour) Ramkhamhaeng University; LL.M. in Tax Law (With Distinction), Queen Mary University (London), UK; LL.M. in Intellectual Property Law (With Distinction), Queen Mary University (London), UK.

วันที่รับบทความ (received) 22 พฤศจิกายน 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 6 กุมภาพันธ์ 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 6 กุมภาพันธ์ 2567.

หลักสามกลุ่มคือ กลุ่มองค์กรภาครัฐ กลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจ กลุ่มนักวิชาการและที่ปรึกษากฎหมาย ซึ่งใช้เทคนิคการเลือกผู้ให้ข้อมูลหลักแบบเฉพาะเจาะจง

ผลการศึกษาพบว่า ประเทศไทยกำลังเผชิญปัญหาจากการที่นักลงทุนผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยออกไปลงทุนยังต่างประเทศและกักเก็บกำไรไว้ในต่างประเทศเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง แต่กฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีมาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ เป็นเหตุให้สูญเสียรายได้ทางภาษีอย่างมหาศาล หลายประเทศทั่วโลกต่างก็ประสบกับปัญหาการกักเก็บกำไรเช่นกันและได้มีการออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหานี้แล้ว แม้การออกแบบมาตรการของแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันในรายละเอียดปลีกย่อย แต่ก็อยู่ภายใต้หลักการสำคัญเดียวกันคือ ให้มีการจัดสรรปันส่วนเงินได้ที่เกิดขึ้นในประเทศ แหล่งเงินได้ มาเสียภาษีในประเทศถิ่นที่อยู่ของนักลงทุน

งานวิจัยนี้จึงได้เสนอแนะให้ออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร กำหนดให้นักลงทุนทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งมีถิ่นที่อยู่ตามกฎหมายไทยนำเงินได้ที่เกิดขึ้นในบริษัทต่างชาติดังกล่าวมาคำนวณเพื่อเสียภาษีตามประมวลรัษฎากร ในการนี้ ต้องเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายใน 6 หัวข้อสำคัญ อันได้แก่ บทนิยามของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม เงื่อนไขและข้อยกเว้นของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม นิยามของเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี วิธีการคำนวณเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี วิธีการวิเคราะห์สัดส่วนเงินได้ รวมถึงการแก้ไขปัญหามาภาษีซ้อนที่อาจเกิดขึ้น ทั้งนี้ การออกแบบมาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำ ต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการรักษารฐานภาษีของประเทศไทยกับการส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อไม่ให้เป็นการอุปสรรคแก่นักลงทุนในการหารายได้และขยายโอกาสทางธุรกิจ

คำสำคัญ: มาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำ, การถูกกีดกันฐานภาษี และการโอนกำไรไปต่างประเทศ, การหลีกเลี่ยงภาษี

Abstract

The main purpose of this research is to find approaches to amend and adjust Thai Law relating to Controlled Foreign Company (CFC) rules. The research was conducted by qualitative research combining legal research and in-depth interviews with three groups of key informants from government agencies, investors, and scholars and legal advisors. The key informants were selected by a purposive sampling technique.

The fact finding revealed that Thailand has been confronting the problems caused by resident investors who invest abroad and choose to keep profits offshore. While the problems are likely to arise continuously, recent Thai law has not implemented specific measures to cope with this situation, leading to enormous tax revenue losses. Many countries around the world have also been facing the same problems and have already introduced CFC rules. Although the CFC rules in each country are designed differently in detail, the cardinal principle is to allocate profits from source country and tax those profits in investors' resident country.

This research suggests amending the Thai Revenue Code relevant to corporate income tax, implementing that resident individual investors and resident corporate investors must include profits generated from controlled foreign companies into tax base when computing income taxes. In this regard, the Revenue Code must formulate the following parts: rules for defining a CFC; CFC exemptions; the definition of CFC income; rules for computing income; rules for attributing income; and rules to prevent double taxation. Designing CFC rules should concern about the proper balance of retaining tax bases and supporting international investments. Otherwise, it may create obstacles for investors in obtaining profits and business opportunities.

Keywords: controlled foreign company rules, base erosion and profit shifting, tax avoidance

1. บทนำ

ในยุคที่โลกเปิดเสรีด้านการลงทุน การลงทุนระหว่างประเทศนับเป็นโอกาสสำคัญในการสร้างรายได้ให้แก่ธุรกิจ จึงไม่น่าแปลกใจที่สถิติการลงทุนโดยตรงในต่างประเทศของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง¹ รวมถึงประเทศไทยด้วยเช่นเดียวกัน เห็นได้จากมูลค่าการลงทุนโดยตรงในต่างประเทศของไทย (Thai Direct Investment abroad: TDI) ในช่วง 15 ปีที่ผ่านมา มีมูลค่าเพิ่มขึ้นกว่าสิบเท่า จากสถิติของธนาคารแห่งประเทศไทย มูลค่า TDI ในปี พ.ศ. 2550 มีจำนวนเพียง 4,510.23 ล้านดอลลาร์สหรัฐหรือราว 1.5 แสนล้านบาท ในขณะที่มูลค่า TDI ในปี พ.ศ. 2565 มีจำนวนมากถึง 51,809.28 ล้านดอลลาร์สหรัฐหรือราว 1.8 ล้านล้านบาท² และปี พ.ศ. 2565 มียอดคงค้างการลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศสุทธิ (Net TDI stock) เป็นจำนวนรวมกันมากถึง 182,181.84 ล้านดอลลาร์สหรัฐหรือราว 6.4 ล้านล้านบาท³ อย่างไรก็ตาม แม้การเปิดโอกาสให้ลงทุนอย่างเสรีจะส่งผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม แต่ก็อาจมีนักลงทุนบางรายอาศัยโอกาสนี้ในการวางแผนเพื่อหลีกเลี่ยงภาษี โดยอาศัยประโยชน์จากช่องว่างของกฎหมายภายในและความไม่สอดคล้องกันของกฎหมายระหว่างประเทศ ในการถ่ายโอนหรือกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำหรือประเทศที่ไม่มีการเก็บภาษีเลย อาทิ ดินแดนปลอดภาษี (Tax Haven) ซึ่งจะส่งผลให้นักลงทุนลดภาระภาษีได้อย่างมากหรือในบางกรณีอาจจะลดจนแทบไม่มีการเสียภาษีเลย

การจัดเก็บภาษีจากการลงทุนระหว่างประเทศ ประเทศไทยจะมีอำนาจในการจัดเก็บภาษีก็ต่อเมื่อมีจุดเกาะเกี่ยวหรือจุดเชื่อมโยง (Connecting Factor) ระหว่างประเทศไทยกับบุคคลหรือสิ่งที่ต้องนำมาเสียภาษี⁴ ซึ่งประเทศไทยได้ใช้จุดเกาะเกี่ยวหรือจุดเชื่อมโยงจากหลักถิ่นที่อยู่ (Residence Rule) และหลักแหล่งเงินได้ (Source Rule) โดยจะจัดเก็บภาษีเงินได้ตามหลักถิ่นที่อยู่

¹World Bank, **Foreign Direct Investment, net outflows** [Online], available URL: <https://data.worldbank.org/indicator/BM.KLT.DINV.CD.WD?end=2022&start=2002&view=chart>, 2022 (May, 14).

²ธนาคารแห่งประเทศไทย, **เงินลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ (Outflow) จำแนกตามประเทศ/เขตเศรษฐกิจ และประเภทธุรกิจของผู้ลงทุนไทย (ดอลลาร์ สรอ.)** [Online], available URL: https://app.bot.or.th/BTWS_STAT/statistics/ReportPage.aspx?reportID=848&lang, 2566 (กันยายน, 29).

³ธนาคารแห่งประเทศไทย, **ยอดคงค้างเงินลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ จำแนกตามประเภทธุรกิจของผู้ลงทุนไทย(ดอลลาร์ สรอ.)**[Online],available URL:https://app.bot.or.th/BTWS_STAT/statistics/BOTWEBSTAT.aspx?reportID=821&language=TH, 2566 (กันยายน, 29).

⁴ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, **คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร**, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563), หน้า 945.

ในกรณีที่บุคคลธรรมดาเป็นผู้อยู่ในประเทศไทยชั่วระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะรวมเวลาทั้งหมดถึงหนึ่งร้อยแปดสิบวันในปีภาษีและได้นำเงินได้พึงประเมินนั้นเข้ามาในประเทศไทยในปีภาษีใดก็ตามตามมาตรา 41 วรรคสองและวรรคสาม แห่งประมวลรัษฎากรประกอบกับคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป.161/2566 เรื่องการเสียภาษีเงินได้ตามมาตรา 41 วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร และในกรณีที่นิติบุคคลจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยตามมาตรา 66 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลรัษฎากรและจะจัดเก็บภาษีเงินได้ตามหลักแหล่งเงินได้ ในกรณีที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลมีแหล่งเงินได้เกิดขึ้นจากในประเทศไทย ฉะนั้น หากนักลงทุนวางกลยุทธ์ในการลงทุนต่างประเทศด้วยการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่ตามกฎหมายต่างประเทศ ในมุมมองของกฎหมายภาษีจะถือว่านิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นใหม่นั้นเป็นหน่วยภาษีอีกหน่วยหนึ่งแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นหรือบริษัทแม่ในประเทศไทย เมื่อมีรายได้หรือกำไรเกิดขึ้นและกักเก็บไว้ในต่างประเทศ ประเทศไทยก็ไม่สามารถจัดเก็บภาษีจากรายได้หรือกำไรนั้นได้เนื่องจากนิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายของต่างประเทศถือว่ามีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศ จึงไม่มีจุดเกาะเกี่ยวหรือจุดเชื่อมโยงกับประเทศไทยตามหลักถิ่นที่อยู่ อีกทั้งกำไรที่นิติบุคคลต่างประเทศได้รับก็ไม่ได้มีแหล่งเงินได้เกิดขึ้นจากหรือในประเทศไทย จึงไม่มีจุดเกาะเกี่ยวหรือจุดเชื่อมโยงกับประเทศไทยตามหลักแหล่งเงินได้อีกด้วย

ด้วยช่องว่างของกฎหมายภายในลักษณะนี้ การกักเก็บกำไรไว้ในต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำ จึงเป็นหนึ่งในกลวิธีหลีกเลี่ยงภาษีที่กลุ่มบริษัทข้ามชาตินิยมนำมาใช้ ซึ่งไม่ได้เป็นปัญหาที่พบในประเทศไทยเท่านั้น แต่เกือบทุกประเทศทั่วโลกก็ประสบปัญหานี้เช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดการออกแบบความร่วมมือในการป้องกันการถูกกัดกร่อนฐานภาษีและการโอนกำไรไปต่างประเทศ (Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting: BEPS) ซึ่งเป็นความร่วมมือในระดับพหุภาคีที่ริเริ่มโดยองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD) และกลุ่ม G20 โดยปัจจุบันได้รับความร่วมมือจาก 145 ประเทศทั่วโลก รวมถึงประเทศไทยด้วย⁵ โดยโครงการ BEPS (BEPS Project) ได้จัดทำแผนปฏิบัติการเพื่อป้องกันการถูกกัดกร่อนฐานภาษีและการโอนกำไรไปต่างประเทศรวม 15 แผนปฏิบัติการ⁶ โดยแผนปฏิบัติการที่เกี่ยวข้องโดยตรงในการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำคือ แผนปฏิบัติการที่ 3 การออกแบบกฎเกณฑ์ควบคุมบริษัทต่างประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ (Designing Effective Controlled

⁵Organisation for Economic Co-operation and Development, **Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS** [Online], available URL: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>, 2023 (November, 15).

⁶Organisation for Economic Co-operation and Development, **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting** (Paris: OECD Publishing, 2013), pp. 13-26.

Foreign Company (CFC) Rules) แผนปฏิบัติการนี้ได้เสนอแนะแนวทางการออกแบบมาตรการ CFC เพื่อขยายอำนาจการจัดเก็บภาษีของประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ของนักลงทุนให้ครอบคลุมไปถึงรายได้หรือกำไรที่ถูกกักเก็บไว้ในบริษัทที่ถูกควบคุมในต่างประเทศด้วย โดยอาศัยถิ่นที่อยู่ของนักลงทุนเป็นจุดเกาะเกี่ยวหรือจุดเชื่อมโยงในการจัดเก็บภาษี⁷ ซึ่งมาตรการ CFC ที่มีขอบเขตครอบคลุมและมีประสิทธิภาพ จะช่วยลดแรงจูงใจของนักลงทุนในการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำได้⁸

ประเทศสมาชิกหลายประเทศที่เข้าร่วมโครงการ BEPS แม้ไม่มีพันธกรณีที่จะต้องออกมาตรการ CFC ที่กำหนดไว้ในแผนปฏิบัติการที่ 3 เนื่องจากไม่ใช่หนึ่งในสี่แผนปฏิบัติการ⁹ ที่กำหนดให้ต้องดำเนินการให้ได้อย่างน้อยตามมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standards) แต่ก็เลือกที่จะออกบทบัญญัติกฎหมายภายในเกี่ยวกับมาตรการ CFC เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการจัดเก็บภาษีของบริษัทลูกหรือบริษัทตัวกลางที่จัดตั้งขึ้นในต่างประเทศที่ถูกใช้เป็นสถานที่ในการกักเก็บกำไรแล้ว โดยจัดเก็บในระดับของผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่ออกมาตรการ ส่วนประเทศไทยยังไม่มีมาตรการ CFC ไว้ในประมวลรัษฎากรหรือกฎหมายภายในอื่น ๆ แต่อย่างไรก็ดี ส่งผลให้ประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศถิ่นที่อยู่ของนักลงทุนไม่มีอำนาจจัดเก็บภาษีจากการกักเก็บกำไรไว้ในต่างประเทศในลักษณะดังกล่าว ฐานรายได้จากภาษีของประเทศไทยจึงถูกกัดกร่อนลดทอนลงไป ดังนั้น การออกมาตรการ CFC ไว้ในกฎหมายภายในของประเทศไทยอาจช่วยลดหรือป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีอากรด้วยการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำได้ ด้วยเหตุนี้ คำถามวิจัย (Research Questions) จึงมีว่า “มาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำลักษณะใดที่เหมาะสมต่อบริบทของประเทศไทย” และเพื่อให้เกิดผลการวิจัยที่สามารถตอบคำถามวิจัยได้ จึงได้ตั้งวัตถุประสงค์ของการศึกษาไว้ดังนี้

⁷Organisation for Economic Co-operation and Development, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report** (Paris: OECD Publishing, 2015), pp. 9-12.

⁸Organisation for Economic Co-operation and Development, **Corporate Tax Statistics** [Online], available URL: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/corporate-tax-statistics-second-edition.pdf>, 2020 (June, 17).

⁹แผนปฏิบัติการที่ประเทศสมาชิกมีพันธกรณีที่ต้องดำเนินการให้ได้อย่างน้อยตามมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standards) ได้แก่ แผนปฏิบัติการที่ 5 การจัดทำมาตรการภาษีที่เป็นภัยต่อประเทศอื่น (Counter Harmful Tax Practices) แผนปฏิบัติการที่ 6 มาตรการป้องกันการให้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนผิดวัตถุประสงค์ (Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances) แผนปฏิบัติการที่ 13 เอกสารการกำหนดราคาโอน (Transfer Pricing Documentation) และแผนปฏิบัติการที่ 14 แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพวิธีการดำเนินการเพื่อความตกลงร่วมกัน (Making Dispute Resolution Mechanism More Effective).

- 1) เพื่อศึกษารูปแบบของการหลีกเลี่ยงภาษีโดยอาศัยการถ่ายโอนหรือกักเก็บกำไรไว้ในบริษัทที่ตั้งอยู่ต่างประเทศ
- 2) เพื่อค้นคว้า วิเคราะห์ เปรียบเทียบมาตรการ CFC รวมถึงแนวทางการสร้างมาตรการ CFC ของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย
- 3) เพื่อหาความเห็นเกี่ยวกับความเหมาะสมในการออกมาตรการ CFC ในบริบทของประเทศไทย
- 4) เพื่อวิเคราะห์และสร้างแนวคิดในการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการ CFC ที่สอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย

2. วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ซึ่งใช้วิธีการวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) ในเชิงวิเคราะห์กฎหมาย (Legal Analysis) และรวบรวมข้อมูลจากการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) โดยแบ่งประชากรที่ใช้ในการศึกษาเป็นสามกลุ่มคือ กลุ่มองค์กรภาครัฐ กลุ่มผู้ประกอบการ กลุ่มนักวิชาการและที่ปรึกษากฎหมาย ซึ่งถูกคัดเลือกมาเป็นผู้ให้ข้อมูลหลัก (Key Informants) จำนวนรวมทั้งสิ้น 16 ราย จากการใช้เทคนิคการเลือกแบบเฉพาะเจาะจง (Purposive Sampling) และใช้เทคนิคขอให้บอกต่อผู้ให้ข้อมูล (Snowball) เพื่อให้เกิดการแนะนำไล่สายกันไป จนกว่าจะได้รับข้อมูลที่อิ่มตัวมากพอสำหรับตอบคำถามวิจัย

เครื่องมือที่ใช้ในการเก็บรวบรวมข้อมูลคือ แบบสัมภาษณ์ ที่มีลักษณะเป็นคำถามปลายเปิดที่ชี้นำประเด็นไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อให้เกิดการซักถามและได้ตอบให้ได้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในประเด็นคำถามด้านต่าง ๆ อันได้แก่ ปัญหาของกฎหมายภาษีในประเทศไทยในการเก็บภาษีบริษัทข้ามชาติ รูปแบบการหลีกเลี่ยงภาษีของบริษัทข้ามชาติในประเทศไทย ความเหมาะสมของการออกมาตรการ CFC และเนื้อหาของมาตรการ CFC ที่ควรนำมาปรับใช้แก่ประเทศไทย

ข้อมูลจากเอกสาร จะถูกนำมาวิเคราะห์ประกอบกับข้อมูลที่เก็บรวบรวมจากการสัมภาษณ์ ซึ่งได้นำมาสรุปความ จัดหมวดหมู่ และทำการสังเคราะห์ข้อมูลแล้ว เพื่อนำข้อมูลทั้งหมดมาตรวจสอบซึ่งกันและกัน และตรวจสอบความถูกต้องน่าเชื่อถือของข้อมูล แล้วนำมาวิเคราะห์ข้อมูลตามระเบียบวิธีการวิจัยทางกฎหมาย (Legal Research Methodology) เพื่อให้ข้อสรุปที่สมบูรณ์ ตอบคำถามวิจัยได้ครบถ้วน

3. ผลการวิจัย

จากการเก็บรวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูล ทั้งที่ได้จากการวิจัยเอกสารในเชิงวิเคราะห์กฎหมาย และจากการสัมภาษณ์เชิงลึก ทำให้งานวิจัยได้ข้อค้นพบตามวัตถุประสงค์การวิจัยที่ตั้งไว้ โดยสามารถแยกเป็นสี่หัวข้อ ดังต่อไปนี้

3.1 ผลการศึกษารูปแบบของการหลีกเลี่ยงภาษีโดยอาศัยการถ่ายโอนหรือกักเก็บกำไรไว้ในบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ต่างประเทศ

ผลการศึกษาพบว่า แม้ว่าการหลีกเลี่ยงภาษีอากรจะเป็นวิธีที่ผู้เสียภาษีใช้เพื่อลดภาระภาษี ทำให้เสียภาษีน้อยลงหรือไม่ต้องเสียภาษีเลย¹⁰ แต่ก็ไม่ได้เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายภาษี ผู้ใช้ช่องโหว่ของกฎหมายในการถ่ายโอนหรือกักเก็บกำไรไว้ในบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ต่างประเทศย่อมไม่ต้องรับโทษทางภาษีอากร อย่างไรก็ตาม การหลีกเลี่ยงภาษีทำให้รัฐต้องสูญเสียรายได้ทางภาษีอย่างมหาศาล จึงอาจเป็นการหลีกเลี่ยงภาษีที่ยอมรับไม่ได้ (Unacceptable Tax Avoidance) มีความเสี่ยงที่จะถูกประเมินเรียกเก็บภาษีเพิ่มเติม เสียเปรียบปรับและเงินเพิ่มได้¹¹ ผลการศึกษายังพบว่า การอาศัยช่องโหว่ของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศในการหลีกเลี่ยงภาษีโดยอาศัยการถ่ายโอนหรือกักเก็บกำไรไว้ในบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ต่างประเทศ มีความแตกต่างกันตามการวางโครงสร้างของกลุ่มบริษัท ซึ่งงานวิจัยนี้ได้ศึกษารูปแบบการวางโครงสร้างของกลุ่มบริษัทข้ามชาติยักษ์ใหญ่ของประเทศไทย อันได้แก่ บริษัทไทยเบฟ กลุ่มบริษัทซีพี ออลล์ และกลุ่มบริษัท ปตท. ดังจะเห็นได้จากแผนภาพดังนี้

¹⁰Organisation for Economic Co-operation and Development, *Glossary of tax terms* [Online], available URL: <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>, 2022 (February, 2).

¹¹สุเทพ พงษ์พิทักษ์, *Tax Mapping เทคนิคการจัดทำแผนที่ภาษีอากรเพื่อลดข้อผิดพลาดทางภาษี*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธรรมนิติเพรส จำกัด, 2563), หน้า 35-44.



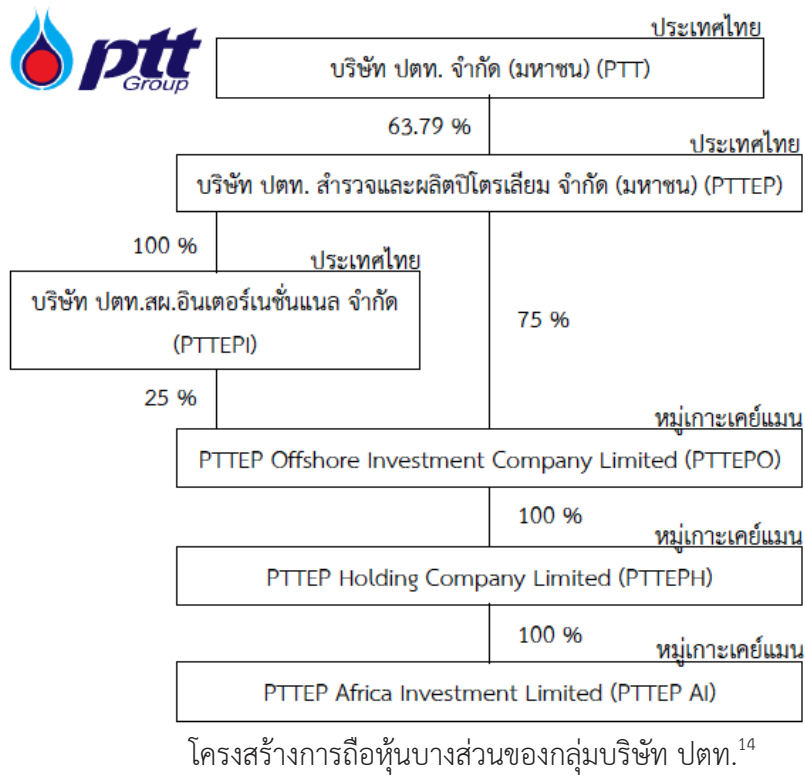
โครงสร้างการถือหุ้นบางส่วนของกลุ่มบริษัทไทยเบฟ¹²



โครงสร้างการถือหุ้นบางส่วนของกลุ่มบริษัทซีพี ออลล์¹³

¹²ThaiBev, โครงสร้างการถือหุ้น [Online], available URL: https://www.thaibev.com/img/2022/shareholding/shareholding_structure_big_th.jpg, 2564 (กันยายน, 30).

¹³CPALL, ข้อมูลบริษัท [Online], available URL: <https://www.cpall.co.th/company-information>, 2566 (กันยายน, 30).



¹⁴สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, บริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) [Online], available URL: <https://market.sec.or.th/public/idisc/th/FinancialReport/ALL-0000001153>, 2566 (กันยายน, 30).

การวางโครงสร้างของกลุ่มบริษัทข้ามชาติแต่ละกลุ่มที่แตกต่างกันดังแผนภาพข้างต้น จะทำให้มีความแตกต่างกันในส่วนของกฎหมายและระเบียบของประเทศที่ไปลงทุน สิทธิประโยชน์ทางภาษี รวมถึงอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศที่ไปลงทุนกับประเทศไทย แต่ยังคงมีรูปแบบของการหลีกเลี่ยงภาษีโดยอาศัยการถ่ายโอนหรือกักเก็บกำไรไว้ในบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ต่างประเทศที่คล้ายคลึงกัน ประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 4 ประการ อันได้แก่ การใช้ประโยชน์จากประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำ การจัดตั้งนิติบุคคลในต่างประเทศ การทำธุรกรรมเพื่อให้สิทธิแก่บริษัทลูกในต่างประเทศ และเงินได้จากการประกอบกิจการในต่างประเทศถูกกักเก็บไว้ในบริษัทลูก

การใช้ประโยชน์จากประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำ เป็นการอาศัยช่องว่างของกฎหมายภายในที่มีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ โดยเฉพาะความแตกต่างในอัตราภาษี การลงทุนในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำกว่าย่อมทำให้ภาระภาษีต่ำลงไปด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นแรงจูงใจให้นักลงทุนเลือกไปลงทุนในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำกว่าประเทศไทย รวมถึงเลือกไปลงทุนในประเทศที่ขึ้นชื่อว่าเป็นแดนสวรรค์ทางภาษี (Tax Havens) จากผลการศึกษาของกลุ่มบริษัทข้ามชาติที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยพบว่า โครงสร้างบริษัทลูกบริษัทย่อยบางส่วนมักจะเลือกไปลงทุนในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำกว่าประเทศไทย เช่น กลุ่มบริษัทไทยเบฟเลือกไปลงทุนบางส่วนในเขตบริหารพิเศษฮ่องกง กลุ่มบริษัท ซีพี ออลล์ เลือกไปลงทุนบางส่วนในหมู่เกาะบริติชเวอร์จิน กลุ่มบริษัท ปตท. เลือกไปลงทุนบางส่วนในหมู่เกาะเคย์แมน เป็นต้น

การจัดตั้งนิติบุคคลในต่างประเทศ เป็นทางเลือกที่ได้รับความนิยมในการเลือกไปลงทุนในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำมากกว่าการลงทุนในรูปแบบสาขา เนื่องจากสาขาถือเป็นหน่วยภาษีเดียวกันกับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย จึงต้องนำเงินได้จากสาขานั้นมาคำนวณภาษีในประเทศไทยด้วยฐานกำไรสุทธิตามมาตรา 65 และมาตรา 66 แห่งประมวลรัษฎากรด้วย แต่จดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลใหม่ในต่างประเทศถือเป็นหน่วยภาษีแยกต่างหากจากบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย จึงไม่ต้องนำเงินได้จากนิติบุคคลที่จัดตั้งในต่างประเทศนั้นมาเสียภาษีในประเทศไทย หากไม่ได้มีแหล่งเงินได้เกิดขึ้นในประเทศไทย ย่อมส่งผลให้ภาระภาษีโดยรวมของกลุ่มธุรกิจข้ามชาติลดลงอย่างมาก จากผลการศึกษาของกลุ่มบริษัทข้ามชาติที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยพบว่า บริษัทแม่ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยจะเข้าถือหุ้นทั้งทางตรงและทางอ้อมในบริษัทลูกซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศเป็นจำนวนที่มากพอจะบริหารจัดการได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือในบางกรณีก็จะเข้าถือหุ้นในอัตราส่วนร้อยละ 100 เพื่อให้บริหารจัดการได้อย่างเบ็ดเสร็จ นอกจากนี้ ผลการศึกษายังพบอีกว่า กลุ่มบริษัทข้ามชาติจะวางโครงสร้างการจัดตั้งนิติบุคคลในต่างประเทศที่ซับซ้อน และมีลำดับชั้นเป็นบริษัทลูกทางตรงและบริษัทลูกทางอ้อมตามลำดับการเข้าถือหุ้น

การทำธุรกรรมเพื่อให้สิทธิแก่บริษัทลูกในต่างประเทศ จะสามารถทำให้บริษัทลูกนำไปใช้ต่อยอดธุรกิจเพื่อสร้างรายได้หรือกำไรในต่างประเทศ โดยธุรกรรมที่นิยมนำมาใช้จะเป็นธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะเป็นการโอนสิทธิในสิทธิบัตร หรือการโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้า

เนื่องจากโยกย้ายได้ง่ายทรัพย์สินที่มีรูปร่าง เพียงทำธุรกรรมทางเอกสารเท่านั้นก็จะเกิดสิทธิแก่บริษัทลูกได้ทันที ยิ่งไปกว่านั้น หากบริษัทลูกในต่างประเทศได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทำธุรกรรมกับบริษัทลูกในเครือเดียวกันอีกแห่งหนึ่งก็จะสามารถนำค่าสิทธิที่จ่ายไปมาหักเป็นรายจ่ายในการคำนวณภาษีเงินได้ และทำให้ภาระภาษียิ่งลดน้อยลงไปอีก จากผลการศึกษาของกลุ่มบริษัทข้ามชาติที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยพบว่า บริษัทลูกในต่างประเทศอาจถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำธุรกรรมทรัพย์สินทางปัญญาเพียงอย่างเดียว อาทิ กลุ่มบริษัทไทยเบฟ ได้จดทะเบียนจัดตั้ง Super Brands Company Pte. Ltd. ในประเทศสิงคโปร์ เพื่อให้ถือครองเครื่องหมายการค้า เมื่อบริษัทลูกอื่น ๆ ในเครือเดียวกันทำธุรกรรมขอให้สิทธิในเครื่องหมายการค้า ก็จะสามารถนำค่าสิทธิไปหักเป็นรายจ่ายจากเงินได้ที่ต้องเสียภาษีได้อีกด้วย

เงินได้จากการประกอบกิจการในต่างประเทศถูกกักเก็บไว้ในบริษัทลูก ไม่จำเป็นต้องส่งเงินได้ดังกล่าวกลับเข้ามาในประเทศไทย เนื่องจากกฎหมายภายในของประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติที่จะให้อำนาจแก่กรมสรรพากรในการดึงเงินได้ดังกล่าวกลับเข้าประเทศเพื่อจัดเก็บภาษีได้ ซึ่งหากบริษัทแม่ที่มีอำนาจควบคุมบริษัทลูกในต่างประเทศเลือกที่จะไม่ส่งเงินกำไรหรือเงินปันผลกลับเข้ามาในประเทศไทย ก็จะส่งผลให้เงินทุนหมุนเวียนในระบบเศรษฐกิจ รวมถึงฐานภาษีของประเทศลดน้อยลงอย่างมีนัยสำคัญ

ผลการศึกษารูปแบบของการหลีกเลี่ยงภาษีโดยอาศัยการถ่ายโอนหรือกักเก็บกำไรไว้ในบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ต่างประเทศ จึงทำให้พบปัญหาในการจัดเก็บภาษีของประเทศไทยที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อที่จะแก้ไขปัญหานี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นต้องค้นคว้า วิเคราะห์ เปรียบเทียบมาตรการ CFC รวมถึงแนวทางการสร้างมาตรการ CFC ในหลาย ๆ ประเทศ เพื่อนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมในบริบทของประเทศไทยต่อไป

3.2 ผลการค้นคว้า วิเคราะห์ เปรียบเทียบมาตรการ CFC รวมถึงแนวทางการสร้างมาตรการ CFC ของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการ CFC ตามแนวทางการออกแบบมาตรการของ OECD สหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย พบว่าจะมีความแตกต่างกันในรายละเอียด ซึ่งจะส่งผลให้มีความเคร่งครัดหรือยืดหยุ่นในการบังคับใช้แตกต่างกัน ดังจะเห็นได้จากตารางเปรียบเทียบใน 6 หัวข้อหลัก ตามแนวทางการออกแบบมาตรการของ OECD ดังนี้

	OECD	สหภาพยุโรป	ประเทศ สหรัฐอเมริกา	ประเทศออสเตรเลีย
มาตรการ/ กฎหมายที่ เกี่ยวข้อง	BEPS Project Action 3	Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)	U.S. Internal Revenue Code และ Tax Cuts and Jobs Act (TCJA)	Part X of the Income Tax Assessment Act 1936
1) บทนิยาม ของบริษัท ต่างชาติ ที่ถูกควบคุม	- องค์กรต่างชาติ ใช้การนิยาม อย่างกว้าง - อำนาจควบคุม เชิงกฎหมาย เชิงเศรษฐกิจ ตามความจริง การรวมกิจการ	- องค์กรต่างชาติ - อำนาจควบคุม เชิงกฎหมาย เชิง เศรษฐกิจมากกว่า ร้อยละ 50	- องค์กรต่างชาติ - อำนาจควบคุม ผู้ถือหุ้นอเมริกัน (United States Shareholder) ถือหุ้นอย่างน้อย ร้อยละ 10 และ ถือหุ้นรวมกัน เป็นจำนวนมากกว่า ร้อยละ 50 โดย ผู้ถือหุ้นอาจเป็น บุคคลธรรมดาหรือ นิติบุคคลก็ได้	- องค์กรต่างชาติ - อำนาจควบคุม 3 รูปแบบ Strict Control Test องค์กรออสเตรเลีย 1% (Australian 1% Entities) 5 องค์กร หรือน้อยกว่า ถือหุ้น รวมกันไม่น้อยกว่า ร้อยละ 50 Assumed Control Test ผู้ถือหุ้นเพียง คน/กลุ่มเดียวถือหุ้น ไม่น้อยกว่า ร้อยละ 40 De Fecto Control Test

2) เงื่อนไขและข้อยกเว้นของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม	- เกณฑ์ขั้นต่ำ (De Minimis Threshold) - เกณฑ์การหลีกเลี่ยง (Anti-avoidance Requirement) - เกณฑ์อัตราภาษี (Tax Rate Exemption)	- เกณฑ์ภาษีขั้นต่ำ (Low-tax Threshold) - อาจใช้การจัดกลุ่มรายชื่อประเทศ (Lists) ร่วมด้วย - Model A กิจกรรมมีเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Substance Carve-out) และ/หรือ มีเงินได้ทางอ้อมไม่ถึงเกณฑ์และ/หรือเงินได้ทางอ้อมจากรูขรกรรมในเครือเดียวกันไม่ถึงเกณฑ์ - Model B กำไรทางบัญชีไม่ถึงเกณฑ์และ/หรือ กำไรทางบัญชีต่ำเมื่อเทียบรายจ่าย	- เกณฑ์เงินได้ขั้นต่ำ (De Minimis Rule) อัตราส่วนของเงินได้ที่มีผลทันท่อรายได้รวมน้อยกว่าร้อยละ 5 หรือน้อยกว่า 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ - เกณฑ์อัตราภาษีสูง (High-Taxed Exception Rule) เงินได้เสียภาษีในต่างประเทศมากกว่าอัตราร้อยละ 90 ของอัตราภาษีสูงสุดในประเทศสหรัฐอเมริกา	- เกณฑ์ขั้นต่ำ (De Minimis) สำหรับประเทศที่ขึ้นบัญชีที่มีอัตราส่วนของเงินได้ที่มีผลทันท่อรายได้หมุนเวียนน้อยกว่าร้อยละ 5 หรือน้อยกว่า 50,000 ดอลลาร์สหรัฐ
--	---	--	--	---

3) บทนิยามของเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี	- การจัดหมวดหมู่ (Categorical Approach) + หลักเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Substance Analysis) - เงินได้ส่วนเกิน (Excess Profit Approach)	- Model A (Categorical / Entity Approach) เน้นเงินได้ทางอ้อม - Model B (Transactional Approach) รายได้ที่ไม่ได้เกิดจากการธุรกรรมที่แท้จริง	- Subpart F income เน้นเงินได้ทางอ้อม - เงินได้จากการลงทุนในสหรัฐอเมริกา - Global Intangible Low-Taxed Income (GILTI) เน้นเงินได้ที่เกิดจากทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง	- การจัดหมวดหมู่ (Categorical Approach) แบ่งตามรายชื่อประเทศที่ขึ้นบัญชีและไม่ขึ้นบัญชี ประกอบกับหลักการพิสูจน์เงินได้ทางตรง
4) การคำนวณเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี	- ใช้กฎหมายของประเทศถิ่นที่อยู่บริษัทแม่ - ผลขาดทุน หักได้เฉพาะในบริษัทที่ถูกควบคุม นั้น หรือบริษัทที่ถูกควบคุมอื่นในประเทศเดียวกัน	- ใช้กฎหมายของประเทศถิ่นที่อยู่บริษัทแม่ - ผลขาดทุน ใช้หักออกจากเงินได้ภายใต้มาตรการ CFC ของปีต่อ ๆ ไปได้	- ใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา - ผลขาดทุน หักได้เฉพาะในบริษัทที่ถูกควบคุม นั้น หรือบริษัทที่ถูกควบคุมอื่นในประเทศเดียวกัน และหักได้เฉพาะเงินได้ประเภทเดียวกัน	- ใช้กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย - ผลขาดทุน หักได้เฉพาะในบริษัทที่ถูกควบคุม นั้น

5) การวิเคราะห์สัดส่วนเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี	- ตามสัดส่วนในการควบคุม หรือความเป็นเจ้าของ - อัตราภาษีตามประเทศถิ่นที่อยู่บริษัทแม่	- ตามสัดส่วนในการควบคุมหรือการมีส่วนร่วม - อัตราภาษีตามประเทศถิ่นที่อยู่บริษัทแม่	- ตามสัดส่วนในการควบคุม หรือความเป็นเจ้าของ - อัตราภาษีตามประเทศสหรัฐอเมริกา	- ตามสัดส่วนในการควบคุม - อัตราภาษีตามประเทศออสเตรเลีย
6) การป้องกันและขจัดปัญหาการเก็บภาษีซ้ำซ้อน	- ให้เครดิตแก่ภาษีที่เสียไปแล้วในต่างประเทศ - ยกเว้นภาษีเงินปันผลและรายได้จากการขายหุ้น - ให้เครดิตภาษีกรณีตกอยู่ภายใต้มาตรการ CFC มากกว่า 1 ประเทศ	- ให้เครดิตแก่ภาษีที่เสียไปแล้วในต่างประเทศ - ยกเว้นภาษีเงินปันผลและรายได้จากการขายหุ้น	- ให้เครดิตแก่ภาษีที่เสียไปแล้วในต่างประเทศ - ยกเว้นเงินปันผลและรายได้จากการขายหุ้น	- ให้เครดิตแก่ภาษีที่เสียไปแล้วในต่างประเทศ - ยกเว้นเงินปันผลและรายได้จากการขายหุ้น - ให้ส่วนลด (Reduction) สำหรับเงินได้ที่พึงแบ่งสรรที่จะนำมาคำนวณภาษี

หัวข้อที่ 1 บทนิยามของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม

ผลการวิจัยพบว่า การกำหนดบทนิยามของทั้ง OECD สหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย มีความคล้ายคลึงกันตรงที่ไม่ได้จำกัดบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมไว้เพียงแค่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเท่านั้น แต่ให้ขยายขอบเขตให้ครอบคลุมไปถึงองค์กรต่างชาติในลักษณะอื่น ๆ อีกด้วย อาทิ สถานประกอบการถาวร (Permanent Establishments) ทรัสต์ (Trusts) ห้างหุ้นส่วน (Partnerships) บุคคลธรรมดา (Natural Persons)

ผลการวิจัยพบอีกว่า หลักอำนาจควบคุมเชิงกฎหมายและเชิงเศรษฐกิจเป็นหลักการที่ประเทศส่วนใหญ่เลือกใช้ในการพิจารณาว่าเป็นบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมหรือไม่ ส่วนหลักควบคุมตามความจริงถูกปรับใช้ในบางประเทศเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสมาชิกในกลุ่มสหภาพยุโรป บางประเทศอย่างประเทศอิตาลี เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดสัดส่วนการควบคุมมีความแตกต่างกันตามบริบทของแต่ละประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปส่วนใหญ่กำหนดอัตราส่วนการถือหุ้นที่ร้อยละ 50 ในขณะที่ประเทศออสเตรเลียกำหนดอัตราส่วนการถือหุ้น

ที่ร้อยละ 50 ตามหลักอำนาจควบคุมแบบ Strict Control Test และร้อยละ 40 ตามหลักอำนาจควบคุมแบบ Assumed Control Test¹⁵ หรือประเทศสวีเดนกำหนดอัตราส่วนการถือหุ้นที่ร้อยละ 25 ก็เพียงพอที่จะถือว่าเป็นบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม¹⁶ นอกจากนี้ ในบางประเทศอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย กำหนดอัตราส่วนการถือหุ้นขั้นต่ำต่อบุคคลด้วย โดยผู้ถือหุ้นอเมริกัน (United States Shareholder)¹⁷ ที่จะต้องอยู่ภายใต้มาตรการ CFC ต้องถือหุ้นขั้นต่ำต่อบุคคลด้วยอัตราส่วนร้อยละ 10 ส่วนองค์กรออสเตรเลีย 1% (Australian 1% Entities)¹⁸ ต้องถือหุ้นขั้นต่ำต่อบุคคลด้วยอัตราส่วนร้อยละ 1 แสดงว่าต้องพิจารณาอัตราส่วนการถือหุ้นของแต่ละบุคคลว่าถึงเกณฑ์ขั้นต่ำหรือไม่ ไม่ได้พิจารณาบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศในภาพรวมเท่านั้น

หัวข้อที่ 2 เงื่อนไขและข้อยกเว้นของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม

ผลการวิจัยพบว่าการกำหนดเงื่อนไขและข้อยกเว้นของประเทศส่วนใหญ่โดยรวมแล้ว มีความสอดคล้องกับคำแนะนำของ OECD ที่ให้ประเทศสมาชิกเลือกกำหนดได้ 3 ทาง อันได้แก่ เกณฑ์ขั้นต่ำ (De Minimis Threshold) เกณฑ์การหลีกเลี่ยง (Anti-avoidance Requirement) หรือเกณฑ์อัตราภาษี (Tax rate Exemption) โดยแต่ละประเทศจะเลือกใช้อย่างน้อยทางใดทางหนึ่ง ที่กล่าวมาข้างต้น

เกณฑ์ขั้นต่ำ อาจกำหนดจากเงินได้หรือกำไรที่เกิดขึ้นในบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่เกือบทุกประเทศนำมาปรับใช้ อย่างไรก็ตาม การกำหนดจำนวนเงินได้หรือกำไรภายใต้เกณฑ์ขั้นต่ำ ขึ้นอยู่กับบริบทของแต่ละประเทศ ตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาคำหนดข้อยกเว้นสำหรับอัตราส่วนของเงินได้ที่มีผลต่อรายได้รวมน้อยกว่าร้อยละ 5 หรือน้อยกว่า 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ¹⁹ ประเทศเยอรมนีกำหนดข้อยกเว้นสำหรับอัตราส่วนของเงินได้ทางอ้อมต่อรายได้รวมน้อยกว่าร้อยละ 10 และมีเงินได้ทางอ้อมน้อยกว่า 80,000 ยูโร²⁰ ประเทศออสเตรเลียกำหนดข้อยกเว้นสำหรับอัตราส่วนของเงินได้ที่มีผลต่อรายได้หมุนเวียนน้อยกว่าร้อยละ 5²¹ หรือน้อยกว่า 50,000 ดอลลาร์สหรัฐ²² เป็นต้น

¹⁵Income Tax Assessment Act, Section 340.

¹⁶Swedish Income Tax Act, Chapter 39a.

¹⁷Internal Revenue Code, Section 957.

¹⁸Income Tax Assessment Act, Section 317.

¹⁹Internal Revenue Code, Section 954(b)(A).

²⁰Foreign Tax Act (Außensteuergesetz – AStG), Section 9.

²¹Income Tax Assessment Act, Section 433.

²²Income Tax Assessment Act, Section 385(4).

เกณฑ์การหลีกเลี่ยง เป็นเกณฑ์ที่พิจารณาว่าการโยกย้ายและกักเก็บกำไรเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษีหรือไม่ ซึ่งไม่ได้ถูกนำมาปรับใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย แต่นำมาปรับใช้กับบางประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป โดยเฉพาะประเทศสมาชิกที่เลือกใช้ช้อยกเว้นภายใต้ Model A ของข้อบังคับว่าด้วยการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีอากร (Anti-tax Avoidance Directive: ATAD) ที่ให้คำนึงถึงว่าบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมมีกิจกรรมที่มีเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Substantive Economic Activity) หรือไม่ อย่างประเทศออสเตรีย ประเทศโครเอเชีย ประเทศอิตาลี เป็นต้น

เกณฑ์อัตราภาษี เป็นช้อยกเว้นที่เกือบทุกประเทศนำมาปรับใช้ โดยอาจกำหนดจากอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคล (Statutory Tax Rate) หรืออัตราภาษีที่แท้จริง (Effective Tax Rate) แต่การกำหนดจำนวนอัตราภาษีก็แตกต่างกันตามบริบทของแต่ละประเทศเช่นเดียวกันกับเกณฑ์ขั้นต่ำ อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกาคำหนดเงื่อนไขว่า หากเงินได้ที่ถือว่าได้รับจากบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมได้เสียภาษีจริงในต่างประเทศไปแล้วในอัตรามากกว่าร้อยละ 90 ของอัตราภาษีสูงสุดในประเทศสหรัฐอเมริกา ก็จะไม่ต้องนำเงินได้นั้นมาเสียภาษีภายใต้มาตรการ CFC อีก²³ กล่าวคือ อัตราภาษีที่แท้จริงไม่ต่ำกว่าร้อยละ 18.9 เนื่องจากอัตราภาษีสูงสุดในปัจจุบันคือ ร้อยละ 21 นอกจากนี้ ประเทศออสเตรเลียและบางประเทศในสหภาพยุโรปอย่างประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ใช้วิธีจัดหมวดหมู่ประเทศเพื่อเป็นตัวช่วยในการกำหนดประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำด้วย ทำให้สามารถพิจารณาได้ง่ายขึ้นว่าเงินได้ที่เกิดขึ้นจากบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมในประเทศเหล่านั้นต้องนำมารวมคำนวณภาษีภายใต้มาตรการ CFC อาทิ ประเทศเนเธอร์แลนด์ จัดทำบัญชีดำ (Black Lists) ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกจำนวนรวมทั้งสิ้น 21 ประเทศ²⁴ โดยแบ่งเป็น 5 ประเทศที่ถูกขึ้นบัญชีโดยสหภาพยุโรป ได้แก่ อเมริกันซามัว (American Samoa) หมู่เกาะเวอร์จินของสหรัฐอเมริกา (the US Virgin Islands) กวม (Guam) ซามัว (Samoa) ตรินิแดดและโตเบโก (Trinidad and Tobago) และอีก 16 ประเทศที่ถูกขึ้นบัญชีเพิ่มเติมได้แก่ แองกวิลลา (Anguilla) บาฮามาส (the Bahamas) บาห์เรน (Bahrain) เบลีซ (Belize) เบอร์มิวดา (Bermuda) หมู่เกาะบริติชเวอร์จิน (the British Virgin Islands) เกิร์นซีย์ (Guernsey) ไอล์ออฟแมน (the Isle of Man) เจอร์ซีย์ (Jersey) หมู่เกาะเคย์แมน (the Cayman Islands) คูเวต (Kuwait) กาตาร์ (Qatar) ซาอุดีอาระเบีย (Saudi Arabia) หมู่เกาะเติกส์และหมู่เกาะเคคอส (the Turks and Caicos Islands) วานูอาตู (Vanuatu) และสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ (the United Arab Emirates)

²³Internal Revenue Code, Section 954(b)(4).

²⁴Government of the Netherlands, **Netherlands Publishes Own List of Low Tax Jurisdictions in Fight Against Tax Avoidance** [Online], available URL: <https://www.government.nl/latest/news/2018/12/28/netherlands-publishes-own-list-of-low-tax-jurisdictions-in-fight-against-tax-avoidance>, 2018 (December, 28).

หัวข้อที่ 3 บทนิยามของเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี

การกำหนดบทนิยามของเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษีหรือชื่อเรียกทางเทคนิคว่า เงินได้มัวหมอง หรือเงินได้ที่มีมลทิน (Tainted Income) ผลการวิจัยพบว่า ทุกประเทศตามขอบเขตวิจัยกำหนด บทนิยามของเงินได้ที่พึงแบ่งสรรด้วยวิธีการจัดหมวดหมู่เป็นหลักตามคำแนะนำของ OECD และมักจะ มุ่งเน้นไปที่การเก็บภาษีเงินได้ทางอ้อม (Passive Income) เพียงอย่างเดียว เนื่องจากเงินได้ทางอ้อม เป็นเงินได้ที่โยกย้ายได้ง่ายกว่า จึงนิยมนำมาใช้ในการหลีกเลี่ยงภาษี หากกำหนดให้ครอบคลุมเงินได้ ทางตรง (Active Income) ซึ่งเป็นเงินได้ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินธุรกิจ จะกลายเป็นอุปสรรคในการ ลงทุนระหว่างประเทศ ส่วนการกำหนดบทนิยามของเงินได้ด้วยวิธีการวิเคราะห์เงินได้ส่วนเกินนั้น ไม่ค่อย เป็นที่นิยมนัก พบได้เพียงแคในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เพิ่มเติมการจัดเก็บภาษีจากเงินได้ที่เรียกว่า Global Intangible Low-Taxed Income (GILTI) ซึ่งเป็นกำไรในส่วนที่เกินจากร้อยละ 10 ของมูลค่า สินทรัพย์มีรูปร่าง เพื่อเจาะจงเก็บภาษีจากกำไรจากสินทรัพย์ไม่มีรูปร่างในต่างประเทศ เช่น ลิขสิทธิ์ ซอฟต์แวร์ สิทธิบัตรยา หรือเครื่องหมายการค้า เป็นต้น

หัวข้อที่ 4 การคำนวณเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี

ผลการวิจัยพบว่า ทุกประเทศตามขอบเขตวิจัยกำหนดให้ใช้กฎหมายภายในของประเทศ ถิ่นที่อยู่ของนักลงทุนในการคำนวณภาษี ซึ่งสอดคล้องกับคำแนะนำของ OECD นอกจากนี้ ผลขาดทุน ก็กำหนดไปในแนวทางเดียวกันให้นำผลขาดทุนมาหักออกจากเงินได้ที่พึงแบ่งสรรของบริษัทต่างชาติ ที่ถูกควบคุมในปีก่อน ๆ ไปได้ ส่วนจำนวนปีที่สามารถยกยอดผลขาดทุนไปใช้ได้จะขึ้นอยู่กับกฎหมาย ภายในของแต่ละประเทศ ตัวอย่างเช่น ประเทศสวีเดนให้ยกยอดขาดทุนมาใช้ได้ 3 ปี²⁵ ประเทศฟินแลนด์ ให้ยกยอดขาดทุนมาใช้ได้ 10 ปี²⁶ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกามีข้อกำหนดอีกว่า ผลขาดทุน สามารถนำไปใช้ในบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมอื่น ๆ ที่อยู่ในประเทศเดียวกัน²⁷ ซึ่งสอดคล้องกับคำแนะนำ ของ OECD แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาเพิ่มเติมข้อจำกัดการยกยอดผลขาดทุนว่าให้ใช้กับเงินได้ประเภท เดียวกันเท่านั้น²⁸

หัวข้อที่ 5 การวิเคราะห์สัดส่วนเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี

ผลการวิจัยพบว่า ทุกประเทศตามขอบเขตวิจัยกำหนดไปในแนวทางเดียวกันว่าให้แบ่งสรร ปันส่วนเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษีโดยอ้างอิงจากสัดส่วนการควบคุม แต่จะมีความแตกต่างกันในรายละเอียด

²⁵Peter Koerver Schmidt, David Kleist, and Juha Lindgren, "Implementation of the ATAD rules on Controlled Foreign Companies – a Nordic member state perspective," *European Taxation* 61, 10 (October 2021): 425-439.

²⁶Ibid.

²⁷Internal Revenue Code, Section 952(c)(1)(C).

²⁸Internal Revenue Code, Section 952(c)(1)(B).

เล็กน้อยขึ้นอยู่กับข้อกำหนดบทนิยามของการควบคุมในแต่ละประเทศ นอกจากพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นทางตรงและทางอ้อมแล้ว บางประเทศยังพิจารณาจากสัดส่วนการมีส่วนร่วม หรือสัดส่วนการมีสิทธิได้รับเงินได้รวมด้วย ผลการวิจัยพบอีกว่าประเทศที่ใช้หลักควบคุมตามความจริงจะคำนวณสัดส่วนการควบคุมเป็นอัตราร้อยละที่แน่นอนได้ยาก จึงแก้ปัญหาโดยการกำหนดจากสัดส่วนการถือหุ้นทางตรงหรือทางอ้อมแทนอย่างประเทศออสเตรเลีย หรือคำนวณจากสัดส่วนการมีสิทธิได้รับเงินได้แทนอย่างประเทศอิตาลี

หัวข้อที่ 6 การป้องกันและขจัดปัญหาการเก็บภาษีซ้ำซ้อน

ผลการวิจัยพบว่า ทุกประเทศตามขอบเขตวิจัยมีมาตรการในการป้องกันและขจัดปัญหาการเก็บภาษีซ้ำซ้อน ซึ่งเป็นไปตามหลักการของกฎหมายภาษีระหว่างประเทศที่ไม่ต้องการเพิ่มภาระแก่ผู้เสียภาษีเกินควร โดยใช้วิธีการให้เครดิตภาษีสำหรับเงินได้ที่เสียภาษีไปแล้วในต่างประเทศตามกฎหมายภายในและอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศ และวิธีการยกเว้นภาษีสำหรับเงินปันผลจริงที่ได้รับมาภายหลังจากการเสียภาษีภายใต้มาตรการ CFC ไปก่อนแล้ว อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีประเทศใดให้เครดิตภาษีในกรณีที่บริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมต้องเสียภาษีภายใต้มาตรการ CFC มากกว่า 1 ประเทศ ตามคำแนะนำที่ OECD ให้ไว้แต่อย่างใด มีเพียงประเทศออสเตรเลียที่ให้ส่วนลดสำหรับเงินได้ที่พึงแบ่งสรรที่จะนำมาคำนวณภาษีภายใต้มาตรการ CFC ซึ่งเสียภาษีไปแล้วภายใต้มาตรการ CFC หรือมาตรการทางภาษีอื่นของต่างประเทศ²⁹ โดยจำกัดการให้ส่วนลดเฉพาะเงินได้จากประเทศที่ขึ้นบัญชี (Broad-exemption Listed Countries)³⁰ บางประเทศเท่านั้น

3.3 ผลการวิเคราะห์เพื่อหาความเห็นเกี่ยวกับความเหมาะสมในการออกมาตรการ CFC ในบริบทของประเทศไทย

ผลการวิจัยพบว่า ผู้ให้ข้อมูลส่วนใหญ่เห็นด้วยกับการออกมาตรการ CFC มาบังคับใช้ในประเทศไทยเพื่อตอบโต้การหลีกเลี่ยงภาษีของนักลงทุนผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย โดยแนะนำว่าควรศึกษาในภาพรวมอย่างรอบด้าน ไม่ว่าจะเป็นนโยบายของประเทศไทยและต่างประเทศ กฎหมายและมาตรการภายในและภายนอกประเทศ ผลกระทบด้านการลงทุน รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วย จากการวิเคราะห์ข้อมูลประกอบการสัมภาษณ์เชิงลึกจึงทำให้พบว่า การพิจารณาความเหมาะสมของการออกมาตรการ CFC มีหลายประเด็นสำคัญที่ต้องคำนึงถึง ดังนี้

²⁹Income Tax Assessment Act, Section 456A.

³⁰Income Tax Regulation, 152HA. Broad-exemption Listed Countries are Canada, France, Germany, Japan, New Zealand, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and United States of America.

3.3.1. ประเด็นด้านการลงทุน

ผู้ให้ข้อมูลจากกลุ่มองค์กรภาครัฐหลายท่านให้ข้อคิดเห็นว่า มาตรการ CFC โดยส่วนใหญ่จะนำมาใช้กับประเทศที่มีการส่งออกทุนสูง (Capital Exporting Country) จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาถึงสถานการณ์การลงทุนของประเทศไทยในปัจจุบันว่ามีการลงทุนในต่างประเทศมากน้อยเพียงใด และการลงทุนในต่างประเทศนี้ส่งผลให้ประเทศไทยสูญเสียรายได้ทางภาษีจำนวนเท่าใด ซึ่งหากพิจารณาจากสถิติการลงทุนโดยตรงในต่างประเทศ (Thai Direct Investment: TDI) ที่เผยแพร่โดยธนาคารแห่งประเทศไทย จะพบว่ามูลค่าการลงทุนของนักลงทุนที่เลือกไปลงทุนในต่างประเทศเพิ่มมากขึ้นหลายเท่าจากในอดีต และจนถึงปี พ.ศ. 2565 ประเทศไทยมียอดคงค้างการลงทุนโดยตรงในต่างประเทศสุทธิ (Net TDI stock) เป็นจำนวนรวมกันมากถึง 182,181.84 ล้านดอลลาร์สหรัฐหรือราว 6.4 ล้านล้านบาท³¹ อีกทั้งจากรายงานของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย (SET) และตลาดหลักทรัพย์ เอ็ม เอ ไอ (mai) ที่มีสถานการณ์ลงทุนในต่างประเทศมีจำนวนรวมถึง 278 บริษัท หรือคิดเป็นร้อยละ 36 ของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ทั้งหมด มีมูลค่าการลงทุนโดยตรงในต่างประเทศที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2564 รวม 1.1 แสนล้านบาท โดยวิธีการลงทุนที่มีมูลค่าการลงทุนสูงที่สุดคือ วิธีการลงทุนในบริษัทย่อยหรือบริษัทร่วม ซึ่งมีมูลค่ามากถึง 3.9 หมื่นล้านบาท³² จากสถิติมูลค่าการลงทุนที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีแนวโน้มการลงทุนโดยตรงในต่างประเทศเพิ่มมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง โอกาสที่นักลงทุนไทยเลือกที่จะกักเก็บกำไรไว้ในต่างประเทศก็ย่อมเพิ่มขึ้นเช่นกัน อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ให้ข้อมูลจากกลุ่มผู้ประกอบการเกือบทั้งหมดไม่ได้กังวลเรื่องการออกมาตรการ CFC เนื่องจากการดำเนินธุรกิจด้วยความโปร่งใส สามารถชี้แจงข้อมูลแก่กรมสรรพากรได้ แต่กังวลเรื่องขั้นตอนการดำเนินการตามกฎหมายมากกว่า และให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมอีกว่า แม้ต้นทุนทางภาษีจะไม่ใช่ว่าเหตุผลทั้งหมดในการตัดสินใจลงทุนระหว่างประเทศ แต่ก็เป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญลำดับต้น ๆ การบังคับใช้มาตรการที่มีขั้นตอนการดำเนินการซับซ้อนและเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายมากเกินไปอาจกระทบต่อการตัดสินใจลงทุนระหว่างประเทศได้

³¹ธนาคารแห่งประเทศไทย, ยอดคงค้างเงินลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ จำแนกตามประเภทธุรกิจของผู้ลงทุนไทย (ดอลลาร์ สหรัฐ.) [Online], available URL: https://app.bot.or.th/BTWS_STAT/statistics/BOTWEBSTAT.aspx?reportID=821&language=TH, 2566 (กันยายน, 29).

³²ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, รายงานการลงทุนทางตรงในต่างประเทศของบริษัทจดทะเบียนใน SET และ mai ปี 2564 [Online], available URL: <https://media.set.or.th/common/research/1235.pdf>, 2566 (มีนาคม, 19).

3.3.2 ประเด็นด้านการจัดเก็บภาษี

ผลการวิจัยพบว่า ประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่เพียงพอจะตอบโต้การหลีกเลี่ยงภาษีในลักษณะที่มีการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำ นักลงทุนจึงสามารถอาศัยประโยชน์จากช่องว่างของกฎหมายภาษีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ช่องว่างจากความแตกต่างของอัตราภาษีแต่ละประเทศ เพื่อลดภาระทางภาษีของกลุ่มบริษัทข้ามชาติโดยรวม

ผู้ให้ข้อมูลจากกลุ่มนักวิชาการและที่ปรึกษากฎหมายบางท่านเห็นว่า การจัดเก็บภาษีระบบเงินได้ทั่วโลก (Worldwide Tax System) ที่ประเทศไทยใช้อยู่ในปัจจุบัน เป็นแรงผลักดันอย่างหนึ่งที่ทำให้นักลงทุนไทยเลือกไปลงทุนในต่างประเทศด้วยการจัดตั้งบริษัทลูกที่มีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศเนื่องจากบริษัทลูกที่มีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศจะถือเป็นนิติบุคคลอื่นแยกต่างหากจากนักลงทุนตามมุมมองของกฎหมายภาษี ทำให้ประเทศไทยไม่มีอำนาจในการจัดเก็บภาษีจากบริษัทลูกที่มีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศดังกล่าว เว้นเสียแต่ว่าบริษัทลูกนั้นจะมีแหล่งเงินได้เกิดขึ้นในประเทศไทย ดังนั้นหากนักลงทุนไทยเลือกที่จะโยกย้ายเงินลงทุนและสร้างกำไรกักเก็บไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำ ไม่นำเงินกำไรกลับเข้ามาในประเทศไทย ก็จะไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตอำนาจในการจัดเก็บภาษีของประเทศไทย นอกจากนี้ ผลการวิจัยยังพบอีกว่า บทบัญญัติกฎหมายภาษีในประเทศไทยอาจก่อให้เกิดแรงจูงใจแก่นักลงทุนในการกักเก็บกำไรไว้ในต่างประเทศมากกว่าที่จะนำกลับเข้ามาในประเทศไทย

กรณีที่นักลงทุนเป็นบุคคลธรรมดาและเข้าถือหุ้นในบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศ หากมีเงินปันผลหรือเงินได้อื่นในต่างประเทศ จะต้องนำมาเสียภาษีให้แก่ประเทศไทยเมื่อนำเงินได้พึงประเมินนั้นเข้ามาในประเทศไทยตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 41 วรรคสองและวรรคสาม แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้น เงินได้พึงประเมินที่ไม่ได้นำเข้ามาในประเทศไทย จึงไม่ต้องนำมาเสียภาษี บทบัญญัติดังกล่าวนี้อาจก่อให้เกิดแรงจูงใจแก่นักลงทุนในการกักเก็บเงินได้หรือกำไรไว้ในต่างประเทศเพื่อลดภาระทางภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา อีกทั้ง ประเทศไทยก็ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่จะช่วยกระตุ้นให้นักลงทุนนำเงินได้พึงประเมินที่ได้รับจากบริษัทต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทยอีกด้วย เห็นได้จากการที่เงินปันผลที่ได้รับจากบริษัทต่างประเทศไม่ได้รับยกเว้นหรือเครดิตภาษี ต่างจากเงินปันผลที่ได้รับจากบริษัทไทยตามมาตรา 47 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร

กรณีที่นักลงทุนเป็นนิติบุคคลและเข้าถือหุ้นในบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศ แม้จะมีพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 442 ที่กำหนดยกเว้นไม่ต้องนำเงินปันผลที่ได้รับจากบริษัทต่างประเทศมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลให้แก่ประเทศไทย จะเป็นแรงจูงใจให้นักลงทุนนำเงินได้พึงประเมินประเภทเงินปันผลกลับเข้ามาในประเทศไทย แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นแรงจูงใจให้นักลงทุนกักเก็บเงินกำไรส่วนอื่นไว้ในต่างประเทศด้วยเช่นกัน เนื่องจากสิทธิประโยชน์ทางภาษีของพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ไม่จำกัดคำนึงถึงว่าบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศจะมีการประกอบกิจการจริงหรือไม่ หรือเป็นเพียงบริษัทที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงภาษีเพียงแค่นั้น ด้วยเหตุนี้ เงินปันผล

ซึ่งเป็นเงินได้ส่วนน้อยที่ถูกนำกลับเข้ามาในประเทศไทยจะได้รับยกเว้นภาษี แม้ว่าบริษัทต่างประเทศผู้จ่ายเงินปันผลจะจัดตั้งขึ้นเพื่อใช้เป็นหนึ่งในกลุ่มหลีกเลี่ยงภาษี ในขณะที่เงินได้ส่วนใหญ่จะถูกกักเก็บไว้ในต่างประเทศก็ไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจในการจัดเก็บภาษีของประเทศไทย ทำให้ประเทศไทยสูญเสียรายได้จากภาษีเงินค่าเงิน

3.3.3 ประเด็นด้านข้อมูล

ผลการวิจัยพบว่า ก่อนที่แต่ละประเทศจะออกมาตรการ CFC จะทำการสำรวจสืบค้นข้อมูลของผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศตนเสียก่อนว่าเงินได้หรือกำไรที่ถูกกักเก็บไว้ในต่างประเทศมีจำนวนมากน้อยเพียงใด ตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาสูญเสียฐานภาษีกว่า 10 ล้านล้านดอลลาร์สหรัฐจากการโยกย้ายกำไรไปยังประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำ³³ ประเทศออสเตรเลียสูญเสียฐานภาษีเกือบ 8 ล้านล้านดอลลาร์สหรัฐต่อปีจากการโยกย้ายกำไรในกลุ่มบริษัทข้ามชาติ³⁴ ดังนั้น การรับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับกำไรของกลุ่มบริษัทข้ามชาติ เพื่อเทียบส่วนได้ส่วนเสียทางตัวเลขว่าประเทศไทยสูญเสียฐานภาษีจากการกักเก็บกำไรในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำเท่าใด จึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการออกมาตรการ

การเข้าถึงข้อมูลทางการเงินของบริษัทแม่ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ไม่พบปัญหามากนักเนื่องจากกรมสรรพากรหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถตรวจสอบได้จากบัญชีการเงินและแบบแสดงรายการภาษีเงินได้นิติบุคคลที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องจัดทำตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. 2543 และมาตรา 68 มาตรา 68 ทวิ มาตรา 69 แห่งประมวลรัษฎากร แต่อย่างไรก็ดี ผู้ให้ข้อมูลจากกลุ่มองค์กรภาครัฐยังคงพบปัญหาเรื่องการเข้าถึงข้อมูลทางการเงินของบริษัทลูกที่มีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศ เนื่องจากไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของกรมสรรพากร ส่งผลให้ไม่สามารถเห็นรายได้หรือกำไรที่แท้จริงที่ถูกกักเก็บไว้ในประเทศอื่น ๆ จำต้องอาศัยการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างประเทศหรือการออกกฎหมายภายในเพื่อบังคับให้บริษัทแม่ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยยื่นข้อมูลทางการเงินทั้งในไทยและในต่างประเทศทั้งหมดให้แก่กรมสรรพากรด้วย

ข้อสังเกต หลังจากจัดทำรายงานการวิจัยเสร็จสิ้นแล้ว ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือด้านการบริหารภาษี (Multilateral

³³Shane Ferro, **A Popular Irish Corporate Tax Loophole is Now Dead - Here are Three Other Loopholes** [Online], available URL: <https://www.businessinsider.com/double-irish-other-corporate-tax-loopholes-2014-10>, 2014 (October, 14).

³⁴Nassim Khadem, **Australia Loses Almost \$8 Billion A Year From Multinational Profit-Shifting: Study** [Online], available URL: <https://www.smh.com.au/business/the-economy/australia-loses-almost-8-billion-a-year-from-multinational-profitshifting-study-20170323-gv4g23.html>, 2017 (March, 23).

Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters: MAC) และความตกลงพหุภาคีระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางการเงินแบบอัตโนมัติ (Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Information: MCAA CRS) ประกอบกับประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกของกรอบความร่วมมือเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางภาษี (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes) จึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติในเรื่องดังกล่าว แต่เนื่องจากการปิดสมัยประชุมสภาเสียก่อน เลยจำเป็นต้องตราเป็นพระราชกำหนดการแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับภาษีอากร พ.ศ. 2566 ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 31 มีนาคม 2566 เป็นต้นไป รวมถึงออกกฎกระทรวงกำหนดการแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับภาษีอากร พ.ศ. 2566 และประกาศอธิบดีกรมสรรพากร เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และรูปแบบการส่งข้อมูลบัญชีทางการเงินแบบอัตโนมัติ ตามความตกลงพหุภาคีระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการแลกเปลี่ยนข้อมูลบัญชีทางการเงินแบบอัตโนมัติ การออกกฎหมายและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนข้อมูลเหล่านี้จึงช่วยแก้ไขประเด็นปัญหาด้านการเข้าถึงข้อมูลที่ผลการวิจัยได้ชี้ปัญหาไว้ในข้อนี้แล้ว

จากการวิเคราะห์เอกสารและความคิดเห็นของผู้ให้ข้อมูลหลัก ทั้งในประเด็นด้านการลงทุน ประเด็นด้านการจัดเก็บภาษี และประเด็นด้านข้อมูล ทำให้สามารถสรุปผลการวิจัยได้ว่าการที่นักลงทุนผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยเคลื่อนย้ายเงินทุนไปยังต่างประเทศมากขึ้นและมีมูลค่าการลงทุนโดยตรงในต่างประเทศเพิ่มมากขึ้นจากอดีตอย่างมีนัยสำคัญ ย่อมส่งผลให้ประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศถิ่นที่อยู่ของนักลงทุนสูญเสียฐานรายได้ทางภาษีเป็นจำนวนมาก เนื่องจากไม่มีจุดเกาะเกี่ยวหรือจุดเชื่อมโยงทางภาษีในการจัดเก็บภาษีที่เกิดขึ้นจากกำไรของบริษัทลูกที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในต่างประเทศ อีกทั้งมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างประเทศที่ช่วยให้กรมสรรพากรสามารถตรวจสอบแหล่งเงินได้ที่ถูกกักเก็บในต่างประเทศได้ จึงมีความเหมาะสมที่จะออกมาตรการ CFC มาบังคับใช้ในประเทศไทย เพื่อป้องกันหรือลดแรงจูงใจในการหลีกเลี่ยงภาษี ทั้งนี้ เนื้อหาของมาตรการไม่ควรกว้างจนเกิดอุปสรรคต่อการลงทุนระหว่างประเทศ แต่ก็ไม่ควรแคบจนทำให้ฐานภาษีของประเทศไทยถูกบั่นทอน ดังนั้น การออกแบบมาตรการให้สอดคล้องกับบริบทของประเทศไทยจึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง ซึ่งจะกล่าวถึงในผลการวิจัยข้อถัดไป

ข้อสังเกต หลังจากจัดทำรายงานการวิจัยเสร็จสิ้นแล้ว เมื่อวันที่ 7 มีนาคม 2566 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบในหลักการของมาตรการการเสียภาษีขั้นต่ำ (Global Minimum Tax: GMT) ซึ่งเป็นแนวทางที่สอง (Pillar 2) ที่นำเสนอโดย OECD เพื่อเป็นแนวทางการจัดเก็บภาษีในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล³⁵ คาดว่าจะเริ่มบังคับใช้ในประเทศไทยปี พ.ศ. 2568 โดยมาตรการ GMT ภายใต้กฎการ

³⁵ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, “สรุปผลการประชุมคณะรัฐมนตรี, ครั้งที่ 10/2566,” 7 มีนาคม 2566.

ป้องกันการกัดกร่อนฐานภาษีทั่วโลก (Global Anti Base Erosion Rules: GloBE Rules) กำหนดให้กลุ่มบริษัทข้ามชาติที่มีรายได้รวมตั้งแต่ 750 ล้านยูโรขึ้นไป หรือประมาณ 28,000 ล้านบาท ต้องเสียภาษีขั้นต่ำในอัตราร้อยละ 15 หากบริษัทในกลุ่มบริษัทข้ามชาติมีอัตราภาษีที่แท้จริง (Effective Tax Rate) ต่ำกว่าร้อยละ 15 จะต้องเสียภาษีส่วนต่าง (Top-Up Tax)³⁶ โดยให้สิทธิจัดเก็บภาษีส่วนต่างแก่ประเทศที่เป็นที่ตั้งของบริษัทลูกในเครือที่เกิดขึ้นก่อนเป็นลำดับแรกในกรณีที่มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีส่วนต่างภายในประเทศ (Qualified Domestic Top-Up Tax: QDMITT) แล้วจึงให้สิทธิแก่ประเทศที่เป็นที่ตั้งของบริษัทแม่ลำดับสูงสุดของกลุ่มบริษัทข้ามชาติภายใต้กฎ Income Inclusion Rule (IIR) เป็นลำดับต่อมา แล้วจึงให้สิทธิแก่ประเทศที่เป็นที่ตั้งของบริษัทลูกในเครืออื่นๆ ภายใต้กฎ Undertaxed Payment Rule (UTPR) เป็นลำดับสุดท้าย ซึ่งภาษีที่เสียภายใต้มาตรการ CFC จะถูกนำมาใช้ในการคำนวณอัตราภาษีที่แท้จริงภายใต้กฎ IIR และ UTPR ด้วย หากรวมคำนวณแล้วมีอัตราภาษีที่แท้จริงไม่ต่ำกว่าร้อยละ 15 ก็ไม่จำเป็นต้องเสียภาษีส่วนต่างอีก³⁷

แม้มาตรการ CFC จะถูกนำไปใช้ควบคู่กับมาตรการ GMT แต่เป้าหมายเชิงนโยบายมีแตกต่างกัน มาตรการ CFC ถูกออกแบบให้เป็นมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษี ในขณะที่มาตรการ GMT ถูกออกแบบมาเพื่อจำกัดการแข่งขันลดอัตราภาษีอีกทั้งรายละเอียดของทั้งสองมาตรการแตกต่างกัน อาทิ มาตรการ CFC พิจารณาอ้างอิงบัญชีภาษีอากร เป็นรายหน่วยภาษี ผลขาดทุนของบริษัทหนึ่งจะนำไปหักในบริษัทอื่นไม่ได้ ส่วน GMT พิจารณาอ้างอิงบัญชีการเงิน เป็นรายประเทศ ผลขาดทุนของบริษัทหนึ่งนำไปหักในบริษัทอื่นภายในประเทศเดียวกันได้ นอกจากนี้ มาตรการ CFC ไม่จำเป็นต้องเป็นกลุ่มกิจการข้ามชาติขนาดใหญ่ที่มีรายได้รวมถึง 28,000 ล้านบาท อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือกลุ่มบริษัทข้ามชาติขนาดเล็กก็ได้

3.4 ผลการวิเคราะห์และสร้างแนวคิดในการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการ CFC ที่สอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย

ผลการวิจัยพบว่า การสร้างแนวคิดในการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการ CFC ต้องพิจารณาถึงประเด็นด้านเนื้อหาของมาตรการ และ ประเด็นด้านแบบพิธีการ ดังต่อไปนี้

3.4.1 ประเด็นด้านเนื้อหาของมาตรการ

ผู้ให้ข้อมูลส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่า เนื้อหาของมาตรการ CFC ที่เหมาะสมกับการนำมาปรับใช้ในประเทศไทย ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน นโยบายด้านการค้า การลงทุน นโยบายด้านภาษี และสภาพการณ์อย่างอื่นที่เกี่ยวข้อง ในการนี้ ผู้วิจัยจะอาศัยแนวทางการออกแบบมาตรการของ OECD ซึ่งแบ่งแยกออกเป็น 6 หัวข้อ มาใช้เป็นกรอบพิจารณาหลักในการสร้างแนวคิดปรับปรุงกฎหมายภายในของประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกภายใต้กรอบความร่วมมือของโครงการป้องกันการถูกกัดกร่อนฐานภาษีและการโอนกำไรไปต่างประเทศ

(BEPS Project) ของ OECD ซึ่งผู้ให้ข้อมูลหลายท่านโดยเฉพาะจากกลุ่มองค์กรภาครัฐและกลุ่มนักวิชาการและที่ปรึกษากฎหมายมีความเห็นสอดคล้องกันว่า การปรับปรุงกฎหมายให้ตรงตามมาตรฐานของ OECD จึงสามารถช่วยยกระดับกฎหมายภายในให้เป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติ

หัวข้อที่ 1 บทนิยามของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม

การจัดเก็บภาษีบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในต่างประเทศ ไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจของประเทศไทยในการจัดเก็บภาษีโดยตรงได้ แม้ว่าจะมีผู้ถือหุ้นเป็นผู้ที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยก็ตาม เนื่องจากบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมกับผู้ถือหุ้นตามมุมมองของกฎหมายภาษีถือเป็นหน่วยภาษีที่แยกต่างหากจากกัน ดังนั้น การจัดเก็บภาษีในระดับของผู้ถือหุ้นซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย จึงมีความเหมาะสมมากกว่า เนื่องจากสามารถอาศัยขอบเขตอำนาจรัฐตามหลักถิ่นที่อยู่ได้อย่างไรก็ดี ผลการศึกษาพบว่า ประเทศไทยแทบไม่มีการลงทุนต่างประเทศในรูปแบบของบุคคลธรรมดา ประกอบกับลักษณะของการกักเก็บกำไรไว้ในต่างประเทศมักจะต้องมีเงินลงทุนจำนวนมาก ทำให้มีโอกาสน้อยมากที่ผู้กักเก็บกำไรจะเป็นบุคคลธรรมดา ดังนั้น การจำกัดขอบเขตของมาตรการ CFC ให้ครอบคลุมเฉพาะผู้ถือหุ้นที่เป็นนิติบุคคลย่อมสามารถแก้ปัญหาการกักเก็บกำไรเกือบทุกกรณีได้อย่างไรก็ดี การกำหนดขอบเขตผู้ถือหุ้นอย่างกว้างให้ครอบคลุมถึงบุคคลธรรมดาด้วย จะช่วยลดโอกาสในการหลีกเลี่ยงภาษีโดยให้บุคคลธรรมดาถือหุ้นแทนนิติบุคคลได้

การกำหนดนิยามของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม ตามแนวทางของ OECD ต้องกำหนดว่าบริษัทต่างชาติมีลักษณะอย่างไร และต้องถูกอำนาจควบคุมแบบใด ในส่วนของลักษณะบริษัทต่างชาตินั้น ผลการศึกษาพบว่า แนวทางจากทุกประเทศตามขอบเขตวิจัยจะกำหนดไว้อย่างกว้างไม่ได้จำกัดเพียงว่าต้องเป็นบริษัทจำกัดเท่านั้น แต่ให้ขยายไปถึงองค์กรต่างชาติลักษณะอื่น เช่น ห้างหุ้นส่วนจำกัด สถานประกอบการถาวร หรือทรัสต์ด้วย ซึ่งการกำหนดลักษณะอย่างกว้างนี้จะช่วยลดช่องว่างในการหลีกเลี่ยงภาษีที่เกิดจากการเปลี่ยนรูปแบบการลงทุนได้ ในส่วนของอำนาจควบคุม บทบัญญัติมาตรา 71 ทวิ วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากรมีการกำหนดบทนิยามของคำว่า “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์กัน” ไว้เพื่อปรับใช้กับมาตรการป้องกันการกำหนดราคาโอน (Transfer Pricing) โดยยึดหลักการควบคุมเชิงกฎหมาย อาศัยสัดส่วนความเป็นเจ้าของทางตรงหรือทางอ้อมในอัตราส่วนไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 และยึดหลักการควบคุมตามความจริงตามหลักเกณฑ์ของกฎกระทรวงฉบับที่ 369 (พ.ศ. 2563) ซึ่งมีความใกล้เคียงกับหลักการควบคุมของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมตามแนวทางการออกมาตรการของ OECD ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย รวมถึงประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป ผลการศึกษาพบว่า การนำบทนิยามภายใต้มาตรการป้องกันการกำหนดราคาโอนมาปรับใช้กับมาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรจะเกิดความสะดวกแก่ผู้เสียภาษี ผู้ให้ข้อมูลจากกลุ่มองค์กรภาครัฐและกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจเห็นตรงกันว่า หากกำหนดอัตราส่วนแตกต่างกัน อาจสร้างความเข้าใจที่ไม่ตรงกันระหว่างกรมสรรพากรกับผู้เสียภาษีได้ แต่อย่างไรก็ดี ผู้ให้ข้อมูลจาก

กลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจบางท่านยังคงโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้หลักการควบคุมตามความเป็นจริง เนื่องจากไม่มีความชัดเจนแน่นอน ยังเปิดช่องให้เกิดการตีความ สร้างความกังวลใจแก่ผู้เสียภาษี

หัวข้อที่ 2 เงื่อนไขและข้อยกเว้นของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม

ผลการวิจัยพบว่า การกำหนดเงื่อนไขและข้อยกเว้นเป็นหัวใจสำคัญในการสร้างความสมดุลระหว่างการรักษากฎเกณฑ์การส่งเสริมการลงทุน เพื่อให้การออกมาตรการภาษีไม่กระทบต่อการลงทุนระหว่างประเทศมากเกินไป แม้ผู้ให้ข้อมูลส่วนใหญ่จะเห็นควรให้กำหนดเงื่อนไขและข้อยกเว้นเพื่อไม่ให้เป็นการอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจ แต่เกณฑ์ที่ใช้กำหนดเงื่อนไขและข้อยกเว้นกลับมีความเห็นที่แตกต่างกันดังนี้

(1) หลักการดำเนินธุรกิจอย่างแท้จริง (Substance Carve-out)

การลงทุนระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเป็นการแสวงหาโอกาสทางธุรกิจ การแสวงหาทรัพยากร การแสวงหาเทคโนโลยีใหม่ หรือการทำกิจกรรมอื่น ๆ ที่มีเนื้อหาทางเศรษฐกิจ ซึ่งสามารถพิจารณาจากจำนวนพนักงาน เครื่องมืออุปกรณ์ สินทรัพย์ รวมถึงสถานที่ตั้งที่ชัดเจน ไม่ควรตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรการ CFC มิฉะนั้น จะเป็นอุปสรรคแก่นักลงทุนในการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศอย่างยิ่ง ควรมุ่งเป้าไปที่บริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมที่แทบไม่มีกิจกรรมทางเศรษฐกิจเลย อาศัยเพียงการจดทะเบียนจัดตั้งและบัญชีธนาคารสำหรับทำธุรกรรม โดยมีวัตถุประสงค์ทางภาษีเพื่อเป็นสถานที่พักเงินหรือโยกย้ายกำไรเป็นหลัก ผู้ให้ข้อมูลฝ่ายที่เห็นด้วยซึ่งเป็นเสียงข้างมากมองว่า การพิจารณาการดำเนินธุรกิจอย่างแท้จริงเป็นการสนับสนุนส่งเสริมนักลงทุน ช่วยให้การลงทุนระหว่างประเทศดำเนินต่อไปได้โดยไม่ติดขัด ในขณะที่ผู้ให้ข้อมูลฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย โดยเฉพาะจากกลุ่มผู้ประกอบการ ให้เหตุผลว่าหลักการนี้สร้างภาระแก่ผู้เสียภาษีในการพิสูจน์ถึงการดำเนินธุรกิจว่ามีกิจกรรมทางเศรษฐกิจจริงหรือไม่ อีกทั้งยังเปิดช่องให้ใช้ดุลยพินิจในการตีความอีกด้วย

(2) เกณฑ์เงินได้ขั้นต่ำ (De Minimis Threshold)

ผู้ให้ข้อมูลส่วนใหญ่เห็นว่า เกณฑ์เงินได้ขั้นต่ำที่ชัดเจนจะช่วยลดค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการของทั้งฝ่ายกรมสรรพากรและผู้เสียภาษี อีกทั้งยังสร้างความแน่นอนแก่ผู้เสียภาษีว่าต้องดำเนินการภายใต้มาตรการ CFC หรือไม่ โดยอาจกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำจากสัดส่วนเงินได้ที่อยู่ภายใต้บทนิยามของมาตรการ CFC เทียบกับสัดส่วนเงินได้รวมในปีนั้น หรือกำหนดจำนวนเงินได้ขั้นต่ำเป็นจำนวนที่ชัดเจน ผลการศึกษาพบว่า ประเทศไทยใช้เกณฑ์เงินได้ขั้นต่ำสำหรับมาตรการป้องกันการกำหนดราคาโอนระหว่างบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันตามมาตรา 71 ตรีวรรคท้าย แห่งประมวลรัษฎากร ให้ครอบคลุมเฉพาะบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีรายได้จากกิจการหรือเนื่องจากกิจการที่กระทำในรอบระยะเวลาบัญชีไม่น้อยกว่า 200 ล้านบาท ซึ่งเป็นการมุ่งเป้าไปที่นิติบุคคลขนาดใหญ่ ดังนั้น การกำหนดเกณฑ์เงินได้ขั้นต่ำภายใต้มาตรการ CFC อาจกำหนดให้เป็นจำนวนเดียวกัน เพื่อสร้างความแน่นอนแก่ผู้เสียภาษี และง่ายต่อการพิจารณาจัดเก็บภาษี อย่างไรก็ตาม

ผู้ให้ข้อมูลบางท่านไม่เห็นด้วยกับการกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำ เนื่องจากเห็นว่าขนาดธุรกิจไม่ควรเป็นปัจจัยในการพิจารณา ธุรกิจขนาดเล็กอาจมีการกักเก็บกำไรไว้ในต่างประเทศได้เช่นกัน อีกทั้งผู้ให้ข้อมูลจากกลุ่มนักวิชาการและที่ปรึกษากฎหมายบางท่านให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า เกณฑ์ขั้นต่ำอาจเป็นช่องว่างให้ผู้ประกอบการหลีกเลี่ยงภาษีได้ง่ายขึ้น เพียงทำให้ยอดตัวเลขไม่ถึงเกณฑ์ขั้นต่ำก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรการ CFC

การกำหนดข้อยกเว้นโดยใช้เกณฑ์เงินได้ขั้นต่ำตามมาตรา 71 ตรี วรรคท้าย เป็นการพิจารณาจากเงินได้ทั้งทางตรงและทางอ้อมรวมกัน โดยไม่ได้พิจารณาถึงอัตราส่วนของเงินได้มัวหมองหรือเงินได้ที่มีมลทิน (Tainted Income) ต่อเงินได้ทั้งหมด หากพิจารณาควบคู่กับหัวข้อที่ 3 เรื่องบทนิยามของเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษีที่มุ่งเน้นไปที่เงินได้ทางอ้อมแล้ว การกำหนดข้อยกเว้นโดยใช้อัตราส่วนขั้นต่ำของเงินได้ที่มีมลทินต่อเงินได้ทั้งหมดเพิ่มเติมด้วย จึงมีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของมาตรการ CFC และลดค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามมาตรการอีกด้วย ซึ่งอาจกำหนดอัตราส่วนเงินได้ที่มีมลทินต่อเงินได้ทั้งหมดไม่เกินร้อยละ 5 เหมือนอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย

(3) เงินได้ที่เสียภาษีในอัตราสูง (Tax Rate Exemption)

มาตรการ CFC มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีไปยังประเทศที่มีอัตรากาสิโนต่ำ เงินได้ที่เกิดขึ้นในบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมซึ่งถูกจัดเก็บภาษีในอัตราสูงไปแล้ว จึงควรได้รับยกเว้นไม่ต้องนำมาเงินได้มาเสียภาษีภายใต้มาตรการ CFC อีก ส่วนการกำหนดว่าอัตราสูงควรเป็นจำนวนใดนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรกำหนดอัตราไม่ต่ำกว่าร้อยละ 15 ซึ่งคิดเป็นร้อยละ 75 ของอัตรากาสิโนเงินได้นิติบุคคลสูงสุดที่ประเทศไทยจัดเก็บอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งโดยทั่วไปจัดเก็บในอัตราร้อยละ 20 ของกำไรสุทธิ เหตุผลเนื่องจากมาตรการ CFC เป็นการจัดเก็บภาษีกำไรที่ถูกกักเก็บไว้ในต่างประเทศและไม่ได้นำกลับเข้ามาในประเทศไทย เสมือนหนึ่งว่าการนำกำไรเข้ามาในประเทศไทยในรูปแบบของเงินปันผลและเก็บภาษีในระดับผู้ถือหุ้น จึงควรปรับใช้อัตรากาสิโนที่สอดคล้องกับสิทธิประโยชน์ของเงินปันผลตามพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 442 มาตรา 5 วิสติ (2) ซึ่งยกเว้นการจัดเก็บภาษีเงินปันผลที่ได้เสียภาษีในประเทศของผู้จ่ายเงินปันผลไปแล้ว ในอัตรากาสิโนไม่ต่ำกว่าร้อยละ 15 ของกำไรสุทธิ ทั้งนี้ ไม่ว่าประเทศของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลผู้จ่ายเงินปันผลจะมีกฎหมายลดหรือยกเว้นภาษีสำหรับกำไรสุทธิให้แก่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้นหรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตาม อัตรากาสิโนร้อยละ 15 ตามพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ พิจารณาจากอัตรากาสิโนเงินได้นิติบุคคล (Statutory Tax Rate) ไม่ได้พิจารณาจากอัตรากาสิโนที่แท้จริง (Effective Tax Rate) แต่อย่างใด จึงอาจยังเหลือช่องว่างให้หลีกเลี่ยงภาษีด้วยการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตรากาสิโนเงินได้นิติบุคคลสูง แต่มีสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่ทำให้เสียภาษีจริงน้อยหรือไม่เสียภาษีเลย ดังนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรกำหนดอัตรากาสิโนที่แท้จริงไม่ต่ำกว่าร้อยละ 15

ข้อสังเกต มาตรการการเสียภาษีขั้นต่ำที่กำลังจะมีผลบังคับใช้ในปี 2568 สามารถช่วยสนับสนุนผลการวิจัยเกี่ยวกับการกำหนดช้อยกเว้นสำหรับเงินได้ที่เสียภาษีในอัตราสูงโดยมีอัตราภาษีที่แท้จริงไม่ต่ำกว่าร้อยละ 15 เนื่องจากมาตรการการเสียภาษีขั้นต่ำเป็นมาตรการที่มักจะถูกนำมาใช้ควบคู่ไปกับมาตรการ CFC และตามกฎหมายต้นแบบของ OECD ในข้อบทที่ 4.3.2 (c) เงินได้ภายใต้มาตรการ CFC จะถูกนำไปรวมคำนวณเป็นเงินได้ภายใต้มาตรการเสียภาษีขั้นต่ำด้วย

ผู้ให้ข้อมูลส่วนมากเห็นด้วยกับการกำหนดเกณฑ์ภาษีขั้นต่ำ แต่การระบุหรือแบ่งกลุ่มประเทศออกเป็น Black Lists หรือ White Lists ยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกัน ผู้ให้ข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่เห็นว่า การกำหนดรายชื่อประเทศที่ประเทศไทยมองว่าเป็นประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำทำให้ายต่อผู้เสียภาษีในการพิจารณาว่าประเทศที่เลือกลงทุนก่อให้เกิดภาระภาษีภายใต้มาตรการ CFC หรือไม่ ในขณะที่ผู้ให้ข้อมูลจากกลุ่มองค์กรภาครัฐ รวมถึงผู้ประกอบการบางท่านเห็นว่า การกำหนดชื่อประเทศเป็นเสมือนการตีตราว่าประเทศนั้นไม่มีการดำเนินธุรกิจจริง เป็นเพียงสถานที่สำหรับการหลีกเลี่ยงภาษี นอกจากนี้ ผู้ให้ข้อมูลจากกลุ่มองค์กรภาครัฐแนะนำให้ดูบริบทของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วย บางประเทศมีอัตราภาษีต่ำ แต่มีการจัดทำอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศกับประเทศไทย เช่น ประเทศมอริเชียส เป็นต้น หากกำหนดให้ประเทศเหล่านี้ตกอยู่ภายใต้มาตรการ CFC โดยอัตโนมัติ จะส่งผลต่อการทำข้อตกลงระหว่างประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในอนาคตอีกด้วย

หัวข้อที่ 3 บทนิยามของเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี

การกำหนดบทนิยามของเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี จะสร้างความชัดเจนและแน่นอนแก่ผู้เสียภาษีว่าต้องนำเงินได้ใดบ้างมารวมคำนวณภายใต้มาตรการ CFC และง่ายต่อการตรวจสอบของกรมสรรพากร ผลการวิจัยพบว่า แนวทางส่วนใหญ่ของประเทศตามกรอบการวิจัย ซึ่งสอดคล้องกับความคิดเห็นข้างมากของผู้ให้ข้อมูลหลัก ใช้หลักการวิเคราะห์แบ่งกลุ่มเงินได้ (Categorical Analysis) ที่เชื่อมโยงกับบทนิยามตามกฎหมาย (Legal Classification) มุ่งเน้นไปที่เงินได้ทางอ้อม (Passive Income) อันได้แก่ เงินปันผล ดอกเบี้ย เงินได้จากการประกันภัย เงินได้จากการขายและการบริการ และค่าสิทธิและเงินได้เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากเงินได้ทางอ้อมเป็นเงินได้ที่สามารถโยกย้ายได้ง่าย มักเป็นเงินได้ที่ถูกนำมาใช้ประโยชน์ในการหลีกเลี่ยงภาษีและทำให้ฐานภาษีของประเทศถูกกัดกร่อนลดลง หากมีการกำหนดให้เงินได้ทางตรง (Active Income) เป็นหนึ่งในกลุ่มเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษีภายใต้มาตรการ CFC ด้วย อาจส่งผลเสียต่อบกระแสเงินสดของธุรกิจ และเป็นอุปสรรคต่อการนำเงินไปต่อยอดธุรกิจในอนาคต

หัวข้อที่ 4 การคำนวณเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี

เนื่องด้วยการออกมาตรการ CFC เป็นการให้อำนาจแก่ประเทศไทยในฐานะประเทศถิ่นที่อยู่ของนักลงทุน ผู้ให้ข้อมูลหลักส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่า การคำนวณเงินได้จึงควรใช้หลัก

เกณฑ์ตามกฎหมายภายในของประเทศไทย ในการพิจารณาว่าเงินได้ใดบ้างที่ต้องนำมารวมคำนวณเงินได้ใดบ้างที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องนำมารวมคำนวณ ซึ่งเป็นแนวทางสากลที่ OECD สหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย นำมาปรับใช้

ส่วนกฎเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับผลขาดทุน ควรกำหนดให้ใช้ผลขาดทุนที่เกิดขึ้นภายใน CFC สามารถนำไปหักออกจากกำไรสุทธิของ CFC นั้นในปีถัด ๆ ไปได้ แต่ไม่ควรกำหนดให้นำผลขาดทุนไปหักออกจากกำไรของบริษัทแม่ เนื่องจากอาจเกิดการหลีกเลี่ยงภาษีที่อาศัยผลขาดทุนสุทธิจำนวนมากของบริษัทลูกมาหักลบออกจากกำไรสุทธิของบริษัทแม่เพื่อผลประโยชน์ทางภาษี

หัวข้อที่ 5 การวิเคราะห์สัดส่วนเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี

ผู้ให้ข้อมูลหลักส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่า สัดส่วนเงินได้ที่พึงแบ่งสรรโดยยึดโยงกับสัดส่วนของการควบคุม โดยพิจารณาจากทั้งสัดส่วนการควบคุมโดยตรงและโดยอ้อม ให้สอดคล้องบทนิยามของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมในหัวข้อที่ 1 โดยปรับใช้มาตรา 71 ทวิ วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร อย่างไรก็ดี มาตรา 71 ทวิ วรรคสอง (3) ใช้หลักควบคุมตามความจริงด้วยตามหลักเกณฑ์ของกฎกระทรวงฉบับที่ 369 (พ.ศ. 2563) แม้ตามกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวจะทำให้ทราบว่าบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลมีความสัมพันธ์กัน แต่การจะจัดสรรเงินได้ด้วยสัดส่วนของการควบคุมตามความจริงว่าควบคุมร้อยละเท่าใดเป็นตัวเลขที่แน่ชัด อาจเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ ในกรณีเช่นนี้ ประเทศไทยอาจยึดแนวทางของประเทศออสเตรเลียที่ให้วิเคราะห์สัดส่วนเงินได้จากการควบคุมโดยตรงและโดยอ้อมตามหลักการควบคุมโดยกฎหมายแทน แม้จะเข้าบทนิยามด้วยหลักการควบคุมตามจริงก็ตาม หลังจากวิเคราะห์สัดส่วนเงินได้แล้วก็นำมาคำนวณภาษีด้วยอัตราภาษีของประเทศไทยเป็นลำดับต่อไป

หัวข้อที่ 6 การป้องกันและขจัดปัญหาการเก็บภาษีซ้ำซ้อน

ผู้ให้ข้อมูลหลักส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่า ควรมีการป้องกันและขจัดปัญหาการเก็บภาษีซ้ำซ้อน ผลการศึกษาพบว่า วิธีการบรรเทาภาระภาษีซ้อนระหว่างประเทศของประเทศไทย นับว่ามีประสิทธิภาพมากเพียงพอที่จะนำมาปรับใช้ภายใต้มาตรการ CFC โดยสามารถเลือกใช้วิธีหนึ่งวิธีใดดังต่อไปนี้ ได้แก่ นำภาษีเงินได้นิติบุคคลที่เสียภาษีไปแล้วในต่างประเทศมาเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อภาษีเงินได้นิติบุคคลในประเทศไทย เนื่องจากไม่ใช่อายจ่ายต้องห้ามในการคำนวณกำไรสุทธิตามมาตรา 65 ทรี แห่งประมวลรัษฎากร หรือการเครดิตภาษีที่เสียไปแล้วในต่างประเทศตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 300) พ.ศ. 2539 ประกอบประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 65) หรือการเครดิตภาษีที่เสียไปแล้วในต่างประเทศตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศว่าด้วยการเว้นการเก็บภาษีซ้อน ประกอบกับพระราชกฤษฎีกา (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2505 ทั้งนี้ ผู้ให้ข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจและกลุ่มนักวิชาการและที่ปรึกษากฎหมายบางท่าน ชี้แจงปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิเครดิตภาษีเพิ่มเติมว่า ระยะเวลาการเสีย

ภาษีของแต่ละประเทศแตกต่างกัน บางกรณีถึงเวลาอื่นแบบแสดงรายการตามกฎหมายไทยแล้ว แต่ยังไม่ถึงเวลาอื่นแบบแสดงรายการในต่างประเทศ ทำให้ต้องยื่นแบบปรับปรุงรายการในภายหลัง สร้างภาระค่าใช้จ่ายแก่ผู้เสียภาษี

อย่างไรก็ดี การบรรเทาภาระภาษีกรณีที่มีการจ่ายเงินปันผลจริงในภายหลัง ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ เมื่อมีการจัดเก็บภาษีภายใต้มาตรการ CFC ไปแล้ว แต่ในภายหลังผู้ถือหุ้นได้รับเงินปันผลจริง ก็ควรออกบทบัญญัติยกเว้นให้สำหรับภาษีเงินปันผลเป็นจำนวนเท่ากับภาษีที่เสียไปภายใต้มาตรการ CFC หากเงินปันผลที่ได้รับจริงในภายหลังเป็นจำนวนมากกว่าที่คำนวณไว้ CFC และไม่ได้รับยกเว้นตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 442) ก็ให้เสียภาษีเพิ่มเติมเฉพาะในส่วนที่เกิน แต่หากเงินปันผลได้รับจริงในภายหลังเป็นจำนวนน้อยกว่าที่คำนวณไว้ก็ให้มีสิทธิขอคืนภาษีส่วนต่างได้

3.4.2 ประเด็นด้านแบบพิธีการ

ผลการศึกษาพบว่า มาตรการ CFC เป็นมาตรการจัดเก็บภาษีที่กระทบต่อหลักกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชน เนื่องด้วยประชาชนต้องสละทรัพย์สินบางส่วนให้แก่รัฐ เพื่อตอบแทนผลประโยชน์จากการใช้สอยทรัพยากรของรัฐนั้น จึงจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากประชาชนเสียก่อน ดังนั้นฝ่ายบริหารจึงไม่อาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 3(1) แห่งประมวลรัษฎากร ในการตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองแต่อย่างใด แต่ควรตราเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติในรูปแบบของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร ที่อาศัยอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาอันเป็นตัวแทนของประชาชน เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความยินยอมซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในการจัดเก็บภาษีอากร นอกจากนี้ การตรากฎหมายภาษีขึ้นใหม่ต้องคำนึงถึงผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมายที่จะเกิดแก่ประชาชนและสังคม จึงต้องเป็นไปตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่ต้องตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการตราพระราชบัญญัติ วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นอย่างรอบด้าน รวมถึงเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและผลการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาในการตราพระราชบัญญัติทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้วก็ต้องดำเนินการทบทวนความเหมาะสมตามหลักการของพระราชกฤษฎีกาการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ.2558 ที่กำหนดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ในที่นี้คือกรมสรรพากร ทบทวนกฎหมายให้เหมาะสม เป็นธรรม สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน และไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินจำเป็น

4. สรุปและวิจารณ์ผล

ผลการวิจัยมีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของโครงการวิจัย และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ประโยชน์ได้ โดยทำให้ได้มาซึ่งองค์ความรู้เกี่ยวกับแนวทางการปรับปรุงและพัฒนามาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำของประเทศไทย และได้ผลสรุปดังต่อไปนี้

1) รูปแบบของการหลีกเลี่ยงภาษีโดยอาศัยการถ่ายโอนหรือกักเก็บกำไรไว้ในบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ต่างประเทศ มักจะเริ่มต้นจากการอาศัยช่องว่างของกฎหมายภาษีระหว่างประเทศในเรื่องของขอบเขตอำนาจรัฐ ด้วยการจัดตั้งบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในต่างประเทศขึ้นใหม่ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำกว่าประเทศถิ่นที่อยู่ของนักลงทุน เกิดเป็นหน่วยภาษีแยกต่างหากจากนักลงทุนในประเทศไทย เพื่อให้ยากต่อการตรวจสอบและอยู่นอกขอบเขตอำนาจในการจัดเก็บภาษีของประเทศไทย ต่อมาจึงทำธุรกรรมเพื่อให้สิทธิบางอย่างแก่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในต่างประเทศนั้น เพื่อให้สามารถนำไปต่อยอดในการดำเนินธุรกิจและแสวงหากำไรในต่างประเทศต่อไป โดยเฉพาะธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาเนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง สามารถโยกย้ายได้โดยง่ายเพียงการทำธุรกรรมเท่านั้น เมื่อบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในต่างประเทศมีเงินได้เข้ามาก็จะกักเก็บเงินได้หรือกำไรไว้ในต่างประเทศ ไม่ส่งกลับเข้ามาในประเทศไทย ซึ่งส่งผลให้ฐานภาษีของประเทศไทย ถูกกัดกร่อนลดน้อยลงกว่าที่พึงได้รับ

2) มาตรการ CFC รวมถึงแนวทางการสร้างมาตรการ CFC ของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย มีวัตถุประสงค์หลักอย่างเดียวกันคือ ป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีและรักษาฐานภาษีของประเทศถิ่นที่อยู่ของนักลงทุนไว้ หลักการโดยทั่วไปของทุกประเทศตามขอบเขตวิจัยมีความสอดคล้องกับคำแนะนำของ OECD อาจจะมีด้วยเหตุผลว่าต่างก็เป็นสมาชิกภายใต้กรอบความร่วมมือของโครงการ BEPS กันทั้งสิ้น เพียงแต่ในรายละเอียดปลีกย่อยยังคงมีความแตกต่างกันตามบริบทของแต่ละประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดหลักอำนาจควบคุม จำนวนเงินได้หรือกำไรขั้นต่ำหรือจำนวนปีในการใช้ผลขาดทุน เป็นต้น

3) ความเหมาะสมในการออกมาตรการ CFC ในบริบทของประเทศไทย เมื่อวิเคราะห์ทั้งประเด็นด้านการลงทุน ประเด็นด้านกฎหมาย และประเด็นด้านข้อมูล ประกอบกับความคิดเห็นของผู้ให้ข้อมูลหลักแล้วพบว่า มีความจำเป็นที่จะต้องออกมาตรการ CFC เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีด้วยการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำ เนื่องจากกฎหมายภายในของประเทศไทยยังไม่เพียงพอต่อการรับมือกับการหลีกเลี่ยงภาษีในลักษณะนี้ ในขณะที่สถิติการลงทุนในต่างประเทศของนักลงทุนไทยมีจำนวนที่เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม ผู้ให้ข้อมูลหลักเกือบทุกท่านมีความเห็นตรงกันว่า การออกมาตรการทางภาษีควรพิจารณาอย่างรอบด้านตั้งแต่ต้นนโยบายด้านการลงทุน นโยบายด้านภาษี รวมถึงการวิเคราะห์ส่วนได้ส่วนเสีย เพื่อทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการรักษาฐานภาษีของประเทศไทยกับการส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศ มิเช่นนั้น อาจเกิดอุปสรรคต่อนักลงทุนไทยมากเกินไปจนสมควร

4) การปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการ CFC ที่สอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยอาศัยแนวทางจากต่างประเทศซึ่งมีระบบกฎหมายใกล้เคียงกันกับประเทศไทยและสอดคล้องกับคำแนะนำของ OECD เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานและเป็นที่ยอมรับอย่างสากล โดยขอบเขตของมาตรการ CFC ต้องไม่กว้างมากเกินไป เนื่องจากจะส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจลงทุนระหว่างประเทศของนักลงทุนไทย และต้องไม่แคบมากเกินไป เนื่องจากจะไม่สามารถแก้ไขปัญหาการหลีกเลี่ยงภาษีด้วยการกักเก็บกำไรได้ อีกทั้งการออกมาตรการภาษีควรเป็นไปตามหลักการจัดเก็บภาษีที่ดี ให้ความเรียบง่าย ชัดเจน ไม่สร้างความยุ่งยากและภาระค่าใช้จ่ายที่เกินควรแก่ผู้เสียภาษี

สรุปได้ว่า ผลการวิจัยจะสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวกับมาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำได้ ซึ่งจะส่งผลให้ประเทศไทยสามารถป้องกันการกีดกันฐานภาษี และจัดเก็บภาษีได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ในขณะเดียวกัน นักลงทุนก็จะสามารถทราบถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขได้อย่างชัดเจน ง่ายต่อการปฏิบัติ และปรับตัวให้เป็นไปตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

5. ข้อเสนอแนะ

ผลการวิจัยทำให้สามารถได้ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายภายในของประเทศไทย เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอน ง่ายต่อการพิจารณาจัดเก็บภาษี ดังนี้

5.1 ข้อเสนอแนะที่ได้จากงานวิจัย

1) ประเทศไทยควรออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร กำหนดให้นักลงทุนทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย นำเงินได้จากบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมมารวมคำนวณเพื่อเป็นฐานภาษีในการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร ในการนี้ ต้องกำหนดหัวข้อต่อไปนี้ให้ชัดเจนในประมวลรัษฎากรหรือกฎหมายลูก อันได้แก่

หัวข้อที่ 1 บทนิยามของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม

ควรกำหนดบทนิยามของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม ภายใต้มาตรการ CFC ให้สอดคล้องกับบทนิยามของ บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์กัน ภายใต้มาตรการป้องกันการกำหนดราคาโอนตามมาตรา 71 ทวิ วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร กล่าวคือ

“บริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม” หมายความว่า

(1) บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลต่างประเทศไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมด

(2) ผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในอีกนิติบุคคลหนึ่ง ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมด ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลต่างประเทศ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมด หรือ

(3) มีความสัมพันธ์ระหว่างกันในด้านทุน การจัดการ หรือการควบคุมในลักษณะที่ไม่อาจดำเนินการโดยอิสระตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

หัวข้อที่ 2 เงื่อนไขและข้อยกเว้นของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม

ควรกำหนดเงื่อนไขและข้อยกเว้นจากเกณฑ์ขั้นต่ำ (De Minimis Rule) โดยอาจกำหนดรายได้ขั้นต่ำที่ 200 ล้านบาทให้มีความคล้ายคลึงกับการยื่นรายงานภายใต้มาตรการป้องกันการกำหนดราคาโอน หรือ/และ อาจกำหนดอัตราส่วนเงินได้ที่มีผลทึบต่อเงินได้ทั้งหมดที่ร้อยละ 5 ดังนั้น หากบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมมีรายได้ขั้นต่ำไม่เกิน 200 ล้านบาท หรือ/และ อัตราส่วนเงินได้ที่มีผลทึบต่อเงินได้ทั้งหมดไม่เกินร้อยละ 5 ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องดำเนินการภายใต้มาตรการ CFC

ควรกำหนดเงื่อนไขและข้อยกเว้นจากเกณฑ์อัตราภาษี (Tax rate Exemption) หรือที่เรียกอีกชื่อว่าเกณฑ์อัตราภาษีสูง (High-Taxed Exception Rule) ควบคู่กันไปด้วย โดยกำหนดยกเว้นสำหรับเงินได้ที่มีอัตราภาษีที่แท้จริง (Effective Tax Rate) ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ซึ่งจะสอดคล้องกับมาตรการการเสียภาษีขั้นต่ำ (Global Minimum Tax) ตามแนวทางที่สอง (Pillar 2) ที่นำเสนอโดย OECD

หัวข้อที่ 3 บทนิยามของเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี

ควรกำหนดให้จัดเก็บภาษีจากเงินได้ทางอ้อม (Passive Income) ตามหลักการจัดหมวดหมู่ด้วยถ้อยคำที่สอดคล้องกับประเภทเงินได้ตามกฎหมายภายในหรืออนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศ เช่น ดอกเบี้ย ค่าแห่งกิวติวล์ ค่าแห่งลิขสิทธิ์หรือสิทธิอย่างอื่น เงินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้เนื่องจากการให้เช่าทรัพย์สิน เป็นต้น

หัวข้อที่ 4 การคำนวณเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี

ควรกำหนดให้ใช้กฎหมายภายในของประเทศไทยตามประมวลรัษฎากรหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องในการคำนวณภาษี นอกจากนี้ ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกผลขาดทุนสุทธิของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมมาใช้ในรอบระยะเวลาบัญชีถัด ๆ ไป อาจกำหนดให้ใช้ได้ไม่เกิน 5 ปี ให้สอดคล้องกับการใช้ผลขาดทุนสุทธิทั่วไปตามมาตรา 65 ตรี (12) แห่งประมวลรัษฎากร

หัวข้อที่ 5 การวิเคราะห์สัดส่วนเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี

ควรกำหนดจากสัดส่วนของอำนาจควบคุม ที่พิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นทั้งทางตรงและทางอ้อมเป็นหลัก และให้ใช้อัตราภาษีของนิติบุคคลทั่วไปในการจัดเก็บภาษีภายใต้มาตรการ CFC

หัวข้อที่ 6 การป้องกันและขจัดปัญหาการเก็บภาษีซ้ำซ้อน

ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเว้นภาษีสำหรับเงินปันผลที่มีการจ่ายจริงในภายหลัง หากจำนวนเงินปันผลที่ได้รับจริงในภายหลังมีจำนวนมากกว่าเงินได้ที่คำนวณไว้ภายใต้

มาตรการ CFC และไม่ได้รับยกเว้นตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 442) ก็ให้เสียภาษีเพิ่มเติมเฉพาะส่วนที่เกินนั้น โดยอาจแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 442) ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่ระบุถึงการยกเว้นภาษีสำหรับเงินปันผลบางกรณีไว้อยู่แล้ว หรืออาจแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 65 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งเป็นมาตราที่กำหนดเงื่อนไขในการคำนวณกำไรสุทธิ

2) ประเทศไทยควรออกบทบัญญัติเพิ่มเติม กำหนดให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยเปิดเผยข้อมูลที่เป็นต่อกรมสรรพากร โดยเฉพาะจำนวนเงินได้ที่เกิดขึ้นจากบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุม อาจให้จัดทำรายงานเหมือนอย่างมาตรการป้องกันการกำหนดราคาโอนตามมาตรา 71 ตรี แห่งประมวลรัษฎากร หรืออาจให้ส่งงบการเงินรวม (Consolidated Account) ที่สามารถแสดงเงินได้ของบริษัทต่างชาติที่ถูกควบคุมทั้งหมดได้

5.2 ข้อเสนอแนะสำหรับการทำวิจัยครั้งต่อไป

องค์ความรู้ที่ได้รับจากผลงานวิจัยสามารถนำไปต่อยอดเพื่อผลิตผลงานวิจัยต่อไปได้อีกหลายหัวข้อ อาทิ การศึกษาเปรียบเทียบมาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำของประเทศในอาเซียน ความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลของมาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำเปรียบเทียบกับมาตรการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีอื่น ความสัมพันธ์และความทับซ้อนของมาตรการป้องกันการกักเก็บกำไรไว้ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำกับมาตรการอื่น ๆ ภายใต้ OECD BEPS Project อาทิ มาตรการการเสียภาษีขั้นต่ำ (Global Minimum Tax) ตามแนวทางที่สอง (Pillar 2)

บรรณานุกรม

- ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรม
ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561.
- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. รายงานการลงทุนทางตรงในต่างประเทศของบริษัทจดทะเบียน
ใน SET และ mai ปี 2564 [Online]. Available URL: [https://media.set.or.th/common/
research/1235.pdf](https://media.set.or.th/common/research/1235.pdf), 2566 (มีนาคม, 19).
- ธนาคารแห่งประเทศไทย. ยอดคงค้างเงินลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ จำแนกตามประเภท
ธุรกิจของผู้ลงทุนไทย (ดอลลาร์ สรอ.) [Online]. Available URL: [https://app.bot.or.
th/BTWS_STAT/statistics/BOTWEBSTAT.aspx?reportID=821&language=TH](https://app.bot.or.th/BTWS_STAT/statistics/BOTWEBSTAT.aspx?reportID=821&language=TH), 2566
(กันยายน, 29).
- _____. เงินลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ (Outflow) จำแนกตามประเทศ/เขตเศรษฐกิจ
และประเภทธุรกิจของผู้ลงทุนไทย (ดอลลาร์ สรอ.) [Online]. Available URL: [https://
app.bot.or.th/BTWS_STAT/statistics/ReportPage.aspx?reportID=848&lang](https://app.bot.or.th/BTWS_STAT/statistics/ReportPage.aspx?reportID=848&lang),
2566 (กันยายน, 29).
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. บริษัท ปตท. สำรวจและผลิตปิโตรเลียม
จำกัด (มหาชน) [Online]. Available URL: [https://market.sec. or.th/public/isc/th/
FinancialReport/ALL-0000001153](https://market.sec.or.th/public/isc/th/FinancialReport/ALL-0000001153), 2566 (กันยายน, 30).
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. “สรุปผลการประชุมคณะรัฐมนตรี, ครั้งที่ 10/2566.” 7 มีนาคม 2566.
- สุเทพ พงษ์พิทักษ์. Tax Mapping เทคนิคการจัดทำแผนที่ภาษีอากรเพื่อลดข้อผิดพลาดทางภาษี.
พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธรรมนิติเพรส จำกัด, 2563.
- Bettens, D. The CFC Rule Under GloBE: Definition, Rule Order and Strategic Responses
[Online]. Available URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4297267>, 2022 (December, 8).
- Commonwealth of Australia. Review of The Foreign Source Income Anti-Tax-
Deferral Regimes. Australia: CanPrint Communications Pty Ltd., 2007.
- CPALL. ข้อมูลบริษัท [Online]. Available URL: <https://www.cpall.co.th/company-information>,
2566 (กันยายน, 30).
- Dueñas, S. and Bunn, D. How Controlled Foreign Corporation Rules Look Around
The World: Germany [Online]. Available URL: [https://taxfoundation.org/
germany-cfc-rules/](https://taxfoundation.org/germany-cfc-rules/), 2020 (February, 18).

- Ferro, S. **A Popular Irish Corporate Tax Loophole is Now Dead - Here are Three Other Loopholes** [Online]. Available URL: <https://www.businessinsider.com/double-irish-other-corporate-tax-loopholes-2014-10>, 2014 (October, 14).
- Government of the Netherlands. **Netherlands Publishes Own List of Low Tax Jurisdictions in Fight Against Tax Avoidance** [Online]. Available URL: <https://www.government.nl/latest/news/2018/12/28/netherlands-publishes-own-list-of-low-tax-jurisdictions-in-fight-against-tax-avoidance>, 2018 (December, 28).
- Khadem, N. **Australia Loses Almost \$8 Billion A Year From Multinational Profit Shifting: Study** [Online]. Available URL: <https://www.smh.com.au/business/the-economy/australia-loses-almost-billion-a-year-from-multinational-profitshifting-study-20170323-gv4g23.html>, 2017 (March, 23).
- Organisation for Economic Co-operation and Development. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013.
- _____. **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015.
- _____. **Corporate Tax Statistics** [Online]. Available URL: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/corporate-tax-statistics-second-edition.pdf>, 2020 (June, 17).
- _____. **Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)**. Paris: OECD Publishing, 2022.
- _____. **Glossary of tax terms** [Online]. Available URL: <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>, 2022 (February, 2).
- _____. **Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS** [Online]. Available URL: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>, 2023 (November, 15).
- Schmidt, P.K., Kleist, D., and Lindgren, J. “Implementation of the ATAD rules on Controlled Foreign Companies – a Nordic member state perspective.” **European Taxation** 61, 10 (October 2021): 425-439.
- ThaiBev. **โครงสร้างการถือหุ้น** [Online]. Available URL: https://www.thaibev.com/img/2022/shareholding/shareholding_structure_big_th.jpg, 2564 (กันยายน, 30).

World Bank. **Foreign Direct Investment, net outflows** [Online]. Available URL: <https://data.worldbank.org/indicator/BM.KLT.DINV.CD.WD?end=2022&start=2002&view=chart>, 2022 (May, 14).

การศึกษาเปรียบเทียบและพัฒนากฎหมาย
การข่มขืนกระทำชำเรา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิ่นณวิช ทัพภวิมล และคณะ

การศึกษาเปรียบเทียบและพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเรา* A Comparative Study and Legal Development of Rape Law

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปณณวิช ทัพพะวิมล** และคณะ
Assistant Professor Dr.Punnawit Tuppawimol et al.,

บทคัดย่อ

การศึกษาเปรียบเทียบและพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นศึกษาเชิงคุณภาพ โดยการวิจัยเอกสารที่เกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย และการเปรียบเทียบกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยและต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และเครือรัฐออสเตรเลีย โดยมีการสัมภาษณ์เชิงลึกและการสนทนากลุ่มบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมตามเขตพื้นที่ที่กำหนดไว้

*บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัย เรื่อง “การศึกษาเปรียบเทียบและพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเรา” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสำนักงานการวิจัยแห่งชาติ ประจำปี พ.ศ. 2565 โดยมี รองศาสตราจารย์ ดร.สุณีย์ กัลยะจิตร เป็นหัวหน้าโครงการวิจัย ผู้ร่วมวิจัยประกอบด้วย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภกร ปุญญฤทธิ์, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปณณวิช ทัพพะวิมล, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ และ พันตำรวจโทหญิง ณัฐิกา กิรติธรรมกฤต.

This research article is part of the research entitled “A Comparative Study and Legal Development of Rape Law.” This research is funded by National Research Council of Thailand (NRCT), 2022. Associate Professor Dr. Sunee Kanyajit is the project leader. Co-Researchers are Assistant Professor Dr. Suppakorn Poonyarith, Assistant Professor Dr. Punnawit Tuppawimol, Assistant Professor Dr. Wanwipa Muangtham and Police Lieutenant Colonel. Nutthika Keeratithammakrit.

**อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. สาขาบริหารงานยุติธรรม มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ด. มหาวิทยาลัยศรีปทุม. E-mail: punnawit.tu@gmail.com

Lecturer in Law at School of Law, Sukhothai Thammathirat Open University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. in Justice Administration, Ramkhamhaeng University; LL.D. Sripatum University.

วันที่รับบทความ (received) 2 เมษายน 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 9 พฤษภาคม 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 14 พฤษภาคม 2567.

ผลการศึกษาพบว่า การพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยมีการกำหนดให้การกระทำที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดและมีโทษทางอาญาไว้ตั้งแต่มีกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และมีการปรับปรุงบทบัญญัติต่าง ๆ เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน โดยพบว่าปัญหาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางเพศนั้นควรมีความชัดเจนใน 3 ประเด็น ได้แก่ 1) การกำหนดฐานความผิด 2) การกำหนดบทที่ควรทำให้รับโทษหนักขึ้น และ 3) การกำหนดมาตรการดำเนินการกับผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเรา นอกจากนี้ บทบัญญัติของกฎหมายในต่างประเทศควรถูกนำมาพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในส่วนที่ยังเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมายในประเทศไทย

คำสำคัญ: การพัฒนากฎหมาย, ข่มขืนกระทำชำเรา, โทษทางอาญา

Abstract

A comparative study and legal development of rape law is a qualitative analysis involving documentary research on the legal development of rape law in Thailand and its comparison to rape laws abroad. The rape laws in the United States of America, England, and the Commonwealth of Australia were studied and compared with Thai rape law. In-depth interviews and focus groups were conducted with personnel in the justice process in designated areas.

The results found that the legal development of rape law in Thailand has established that rape is an offense that must be punished under the Penal Code of the Kingdom of Siam R.S. 127 (A.D. 1908). Due to the obsolescence of these laws, revisions have been made. It was found that problems with sex offense laws must be addressed to clarify 1) the determination of the offense, 2) the amendment for heavier punishment, and 3) the definition of measures to deal with sex offenders. Additionally, a comparative study of rape laws in foreign countries should be undertaken to address problems and obstacles as well as to improve the Thai Penal Code.

Keywords: legal development, rape, punishment

1. บทนำ

ปัญหาอาชญากรรมทางเพศเป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมาอย่างยาวนานและแม้ว่าปัจจุบันจะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาหลายครั้ง แต่ก็ยังไม่สามารถแก้ไขให้อาชญากรรมดังกล่าวลดลงได้ และในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) ได้มีการแก้ไขคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” โดยได้ยกเลิกข้อความที่มีการเขียนคำนิยามไว้ในมาตรา 276 และมาตรา 277 มาไว้ในมาตรา 1(18) และกำหนดความหมายว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” โดยสิ่งที่เปลี่ยนไปจากเดิม คือ การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ กลายเป็นความผิดอนาจารโดยการล่วงล้ำ ซึ่งเป็นบทที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้นของการอนาจาร

หากพิจารณาในเชิงของข้อกฎหมายและการบังคับใช้ถึงแนวความคิดและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจาร ความเป็นมาของประวัติศาสตร์ ของกฎหมายและสังคมวิทยากฎหมายในเรื่องการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศไทย และวิเคราะห์ผลกระทบจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศ การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) เป็นการล่วงละเมิดทางเพศ เป็นความผิดอาญา ซึ่งการข่มขืน หมายถึง การบังคับกระทำชำเรากับผู้อื่นโดยผู้อื่นไม่สมัครใจ ถ้าผู้อื่นยินยอมสมัครใจให้กระทำชำเราด้วย ก็ไม่เรียกว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา คงเป็นเพียงแต่การกระทำชำเรา หรือการมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจที่ไม่มีความผิด เว้นแต่หากผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กยินยอม ผู้กระทำก็มีความผิด เพราะเด็กยังไม่อาจตัดสินใจเรื่องทางเพศได้ดี ความยินยอมของเด็กจึงไม่อาจเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้

ในอดีตการกระทำชำเราในความหมายว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตกว้างขวางมาก มีได้ตั้งแต่ผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศสอดใส่อวัยวะเพศผู้เสียหาย ไปจนถึงผู้กระทำใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย เป็นต้น ศาลฎีกาเคยตีความคำว่า “กระทำกับ” ที่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ หมายถึง “การล่วงล้ำ” หรือ “การสอดใส่”¹ ดังนั้น การที่ผู้กระทำความผิดใช้อวัยวะเพศสัมผัสกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายโดยยังไม่มี การล่วงล้ำหรือสอดใส่ จึงยังไม่ถือว่าเป็นการ

¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555.

กระทำชำเราสำเร็จ อาจเป็นเพียงการพยายามข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารซึ่งโทษเบากว่า² ซึ่งความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม จะมีความสอดคล้องกับความหมายของข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายของหลายประเทศ และสอดคล้องหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for human dignity)

นอกจากนี้ หากพิจารณาเรื่องความเสียหาย (Harm) การที่ผู้เสียหายถูกบังคับสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนัก ไม่ว่าด้วยสิ่งใดก็ตาม น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายที่เท่ากัน ไม่ว่ามองจากผู้เสียหายหรือมองจากสังคม แม้ว่าความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสอง จะกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งที่สะท้อนความรุนแรงของทั้งสองความผิดให้เห็นว่าเท่ากันได้ แต่การถูกประณามจากสังคมยังคงต่างกันระหว่างข้อหา “ข่มขืนกระทำชำเรา” กับข้อหา “อนาจาร” เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6336/2557 วินิจฉัยว่า “การกระทำของจำเลย (ผู้ใหญ่) ที่ใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุ 12 ปี จากนั้นจำเลยจับอวัยวะเพศของผู้เสียหายใส่เข้าไปในทวารหนักของจำเลย ถือได้ว่าเป็นการใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา” พฤติกรรมดังกล่าวหากเป็นกฎหมายใหม่จะถูกลงโทษเพียงข้อหา “อนาจารเด็กโดยการล่วงล้ำ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสี่ ซึ่งข้อหาเบากว่าคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ทั้ง ๆ ที่การกระทำดังกล่าวเป็นภัยร้ายแรงต่อเด็ก

เมื่อศึกษาการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำชำเราเด็กแล้ว จะเห็นได้ว่าการกระทำที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรานั้นเกิดขึ้นโดยใช้ทฤษฎีสามเหลื่อมอาชญากรรม มาเป็นแนวทางในการศึกษา โดยทฤษฎีดังกล่าวมีหลักการว่าการเกิดอาชญากรรมได้จะต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือเหยื่อ (ผู้ถูกระทำ) คนร้าย (ผู้กระทำ) และโอกาสที่เหมาะสม หากองค์ประกอบทั้ง 3 ประการไม่มีความเหมาะสมกันในด้านศักยภาพและเวลาแล้ว การกระทำความผิดหรืออาชญากรรมก็จะไม่เกิดขึ้นและไม่นำมาสู่การพิจารณาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำชำเราเด็กในส่วนของกฎหมายต่อไปซึ่งเมื่อเป็นไปตามทฤษฎีสามเหลื่อมอาชญากรรมแล้วก็จะพบว่ามีกรกระทำความผิดเกิดขึ้นทำให้จะต้องมีการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมในลำดับต่อมา

ภายหลังจากการกระทำความผิด มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม คือ ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) และทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม (Due Process) มาใช้ประกอบการศึกษา โดยทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมจะเป็นการที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจในการออกกฎหมายอาญาเพื่อปราบปรามอาชญากรรม ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดี

²ปกป้อง ศรีสนิท, การแก้ประมวลกฎหมายอาญา เรื่องเพศ : ความหมายใหม่และโทษของการข่มขืนกระทำชำเรา [Online]. Available URL: <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>, 2564 (พฤษภาคม, 5).

ของประชาชน ส่วนทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมจะเป็นการคานการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในการปราบปรามอาชญากรรม ซึ่งต้องกระทำไปโดยต้องมุ่งเน้นถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหลัก โดยทั้งสองทฤษฎีนี้มีส่วนในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมในกระบวนการยุติธรรม โดยแต่ละหน่วยงานจะมุ่งเน้นไปในการยึดหลักนิติธรรม กล่าวคือ มุ่งเน้นในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 278 เป็นต้น³

การกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจากอดีตถึงปัจจุบันที่เปลี่ยนไป เนื่องมาจากพฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจเหล่านั้นมีหลายรูปแบบมากขึ้นจนเป็นปัญหาสังคม อันส่งผลให้เกิดแนวความคิดในการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ทั้งนี้ ความหมายของ “การกระทำชำเรา” ที่เปลี่ยนแปลงไปล้วนเป็นประเด็นสำคัญที่ควรจะนำมาศึกษาเปรียบเทียบและพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยกับต่างประเทศ เพื่อแสวงหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขให้มีความเหมาะสม และนำมาบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมา และสาเหตุของการข่มขืนกระทำชำเรา
- 2) เพื่อศึกษาการพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย
- 3) เพื่อศึกษาการเปรียบเทียบกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยและต่างประเทศ
- 4) เพื่อหาแนวทางของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการข่มขืนกระทำชำเราที่มีประสิทธิภาพ

3. ขอบเขตการวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยศึกษาจากเอกสารซึ่งเป็นข้อมูลทุติยภูมิที่ปรากฏในเอกสาร ตำรา หนังสือ บทความ และงานวิจัยที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศ คือ สหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และเครือรัฐออสเตรเลีย ประกอบกับการสัมภาษณ์เชิงลึกและการสนทนากลุ่มที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย และการเปรียบเทียบกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยและต่างประเทศ

³อารีรัตน์ เลหาพล, *มาตรฐานในกระบวนการยุติธรรมไทย* [Online]. Available URL: http://elibrary.constitutionalcourt.or.th/document/documents/documents/IS4R_590450.pdf, 2564 (มิถุนายน, 1).

4. ผลการวิจัย

จากการวิเคราะห์ สังเคราะห์กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา การสัมผัสเชิงลึก การสนทนากลุ่ม ตามขอบเขตของกลุ่มเป้าหมายที่กำหนดไว้ นั้น มีประเด็นดังนี้

4.1 การวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราและจุดแข็ง จุดอ่อน โอกาส และอุปสรรค ของกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเรา

4.1.1 วิเคราะห์การพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา

โดยในอดีตได้มีการกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำชำเราเด็ก เป็นความผิดอาญาและมีโทษไว้ตั้งแต่มีกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ต่อมาในปี พ.ศ. 2482 ได้มีแนวคิดในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้เป็นระบบทำให้ต่อมามีการประกาศพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในลักษณะ 9⁴ และได้มีการพัฒนาการแก้ไขเพิ่มเติมในกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศจำนวน 7 ครั้ง⁵ จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนเนื้อหาของเนื้อหาและองค์ประกอบความผิดและบทลงโทษ รวมถึง บทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดการป้องกันอาชญากรรมทางเพศที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งมีสาระสำคัญในเรื่องต่าง ๆ คือ ในส่วนขององค์ประกอบความผิด จะมีการแก้ไข อายุของเด็ก เพศสภาพ คำนียาม ส่วนของอัตราโทษ จะมีการแก้ไขถ้อยคำของผู้ถูกระทำและการเพิ่มอัตราโทษสำหรับการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำชำเราเด็ก แต่ว่าแม้จะมีการแก้ไของค์ประกอบความผิดและอัตราโทษให้มากขึ้น ก็ไม่อาจจะทำให้ผู้กระทำความผิดลดน้อยลงได้ จึงทำให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตราอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องตามมา เช่น แก้ไขเพิ่มเติมบทลงโทษที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น ในมาตรา 285 ที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะมีอำนาจเหนือหรือเกี่ยวข้องกับผู้ถูกระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้ในมาตรานั้น และมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 285/2 ที่เพิ่มโทษที่ลงกับผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำกับผู้ที่ไม่สามารถปกป้องตนเองได้อีกด้วย

4.1.2 วิเคราะห์จุดแข็ง จุดอ่อน โอกาส และอุปสรรคของกฎหมายข่มขืนกระทำชำเรา

จุดแข็ง คือ ประเทศไทยได้มีการออกกฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางเพศ และมีหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายในการดำเนินคดี

⁴คนพล จันทน์หอม, “วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127: ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 181-182.

⁵ครั้งที่ 1 ในปี พ.ศ. 2514 ครั้งที่ 2 ในปี พ.ศ. 2525 ครั้งที่ 3 ในปี พ.ศ. 2530 ครั้งที่ 4 ในปี พ.ศ. 2550 ครั้งที่ 5 ในปี พ.ศ. 2558 ครั้งที่ 6 ในปี พ.ศ. 2560 และครั้งที่ 7 ในปี พ.ศ. 2562.

กับผู้กระทำความผิด และยังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอีกหลายครั้งให้มีความทันสมัยต่อสถานการณ์ในปัจจุบัน

จุดอ่อน คือ การที่ประเทศไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาหลายครั้ง แต่ก็ยังมีการกระทำความผิดทางเพศจำนวนมากอยู่ ซึ่งเกิดจากการเปลี่ยนแปลงของสังคม คติบางอย่างเกิดขึ้นก็ไม่ได้มีผู้มาแจ้งความ ซึ่งอาจจะเกิดจากปัญหาหลายประการ คือ ผู้ถูกระทำไม่มีความรู้ว่าจะต้องมาแจ้งความ หรือผู้ถูกระทำเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำ ซึ่งผู้ถูกระทำต้องพึ่งพาอาศัยผู้กระทำอยู่ การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษอาจจะทำให้เกิดปัญหาอย่างอื่นตามมา

โอกาส คือ การที่ศึกษาจากปัญหาการกระทำความผิดทางเพศที่มีอยู่เดิมและปัญหาที่จะมีขึ้นในอนาคต และมาตรการทางกฎหมายที่มีการบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน จะนำมาสู่การพัฒนาและแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดในครอบครัว โรงเรียน ชุมชนและสังคม พร้อมจัดทำมาตรการเสริมรวมทั้งสร้างความเข้าใจ

อุปสรรค คือ ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดทางเพศ นอกจากจะได้รับความเสียหายต่อร่างกายแล้ว การกระทำดังกล่าวยังกระทบต่อจิตใจอีกด้วย ยิ่งผู้ถูกระทำเป็นเด็กที่มีวุฒิภาวะน้อยก็ควรจะได้รับ ความคุ้มครองจากรัฐเป็นพิเศษ ในส่วนของกฎหมายป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางเพศแม้จะมีการกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดและเหตุที่จะต้องรับโทษหนักขึ้นแก่ผู้ข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำชำเราเด็ก แต่ถ้าหากไม่เข้าเหตุที่ต้องรับโทษหนักขึ้น ผู้กระทำก็เพียงรับโทษจำคุกมีกำหนดระยะเวลา และอาจจะมีการลดหย่อนผ่อนโทษได้ ทำให้มีอัตราโทษจำคุกที่ไม่สูง ผู้กระทำความผิดไม่เข็ดหลาบ เมื่อพ้นโทษแล้วก็ออกมากระทำความผิดซ้ำ ๆ ส่วนกรณีอัตราโทษที่รุนแรง เช่น ประหารชีวิตก็ต้องเข้าเหตุที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้นเช่นกัน

4.2 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา

จากการที่ได้ค้นคว้าเอกสารและทำการสัมภาษณ์เชิงลึกพบว่า ประเทศไทยได้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราหลายครั้ง แต่ก็ยังพบปัญหาเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราอยู่ในหลายประเด็นดังนี้

4.2.1 ประเด็นเรื่องการกำหนดคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” กับ “อนาจาร”

คำว่า “กระทำชำเรา” เดิมมิได้มีการกำหนดคำนิยามไว้โดยชัดแจ้ง ศาลฎีกาวินิจฉัยวางหลักคดีว่า การกระทำใดจะเป็นการกระทำชำเราหรือไม่นั้น พิจารณาว่าอวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแล้วหรือไม่ ต่อมาได้มีการเพิ่มเติมคำนิยามในฐานความผิดว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” จึงทำให้ความหมายของคำว่า กระทำชำเรา ตามที่ศาลฎีกาเคยวางหลักไว้ไม่สามารถนำมาใช้ได้อีก

ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 1(18) ว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ไวชัดเจนว่าต้องมีการล่วงล้ำ จึงทำให้องค์ประกอบความผิดของการกระทำชำเรามีความชัดเจนมีบทบัญญัติของกฎหมายว่าต้องมีการล่วงล้ำเข้าไปจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ แต่ถ้าหากพิจารณาโดยนัยของความหมายคำว่า ล่วงล้ำ อาจจะยังไม่ครอบคลุมไปถึงกรณีที่หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำระหว่างเพศหญิงกับเพศหญิง และยังเป็นกรณีที่เพศหญิงใช้อวัยวะเพศชายเทียมเป็นเครื่องมือประกอบการกระทำการล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงอื่นด้วย⁶

แต่จากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ส่งผลให้การใช้วัตถุอื่นใดกระทำการกับอวัยวะเพศของผู้อื่น ไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป แต่จะถือเป็นเพียงการอนาจาร หรือกรณีชายรักชายและการล่วงละเมิดทางเพศในเด็กด้วยการใช้ปากกับทวารหนัก และการใช้ปากกับอวัยวะเพศของเด็กซึ่งเด็กได้รับความเสียหาย จะเห็นได้ว่า เป็นการละเลยในการคุ้มครองทางกฎหมายและละเลยสิทธิมนุษยชนของกลุ่มหลากหลายทางเพศ ทั้งที่องค์ประกอบในส่วนจิตใจ คือเจตนาของผู้กระทำในทุกกรณีมีลักษณะเหมือนกันไม่ว่าจะเป็นเพศชาย หรือเพศหญิง อีกทั้งหากพิจารณาในมุมมองของผู้ถูกกระทำแล้วจะเห็นได้ว่า การถูกกระทำในทุกกรณีส่งผลในลักษณะเดียวกันไม่ว่าผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศใด โดยเมื่อพิจารณาถึงสิทธิในร่างกายของแต่ละบุคคล นับว่าเป็นสิ่งที่แต่ละบุคคลให้ความรักและหวงแหนเป็นที่สุด เพราะสิทธิในร่างกายของบุคคลบางอย่างหากมีการสูญเสียไปแล้วย่อมไม่สามารถหาสิ่งอื่นมาทดแทนได้ ประกอบกับทุกคนล้วนมีจิตใจมีอารมณ์และความรู้สึกนึกคิด หากถูกละเมิดสิทธิในร่างกายแล้วย่อมสร้างความจำที่เจ็บปวดและฝังแน่นในจิตใจยากที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้กลับคืนดังเดิมได้

นอกจากนั้น ยังบัญญัติว่าต้องเป็นกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้ อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น โดยไม่ได้หมายความว่า รวมถึง การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ จึงเป็นการให้ความสำคัญกับการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำเป็นหลักซึ่งสอดคล้องกับธรรมชาติของการกระทำชำเรา ประเด็นนี้จะเห็นว่า ยังไม่มีความชัดเจนหรือครอบคลุมในเรื่องของอวัยวะเพศว่าจะหมายถึงเฉพาะอวัยวะเพศตามการเกิดเท่านั้น จะรวมอวัยวะเพศที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศด้วยหรือไม่ ดังนั้น เห็นว่าจึงควรกำหนดนิยามของคำว่าอวัยวะเพศไว้ด้วย โดยน่าจะกำหนดให้หมายถึงอวัยวะเพศโดยกำเนิดและอวัยวะเพศที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศ เนื่องจากปัจจุบันบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศมีจำนวนมาก และอวัยวะ

⁶ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและภาคโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 201-202.

ที่เกิดจากการแปลงเพศมีความใกล้เคียงกับอวัยวะเพศโดยกำเนิด เนื่องจากวิวัฒนาการทางการแพทย์ที่ทันสมัยและมีประสิทธิภาพ และจากการศึกษากฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียก็ได้มีกฎหมายคุ้มครองการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่ออวัยวะเพศที่มีการผ่าตัดแปลงเพศแล้วด้วย

ส่วนคำว่า “อนาจาร” ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้ให้กำหนดคำนิยามไว้โดยชัดแจ้ง แต่จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับ ดังนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7168/2562 คำว่า “อนาจาร” มีความหมายว่า การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งรวมถึงการแตะต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควร คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 759/2562 สำหรับการกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น กอดจูบ ลูบคลำ แตะต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควร คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547 คำว่า “อนาจาร” มีความหมายว่าเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งมีได้หมายความเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย แต่อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12938/2558 วินิจฉัยว่า การที่จำเลยแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ที่ใต้โต๊ะทำงานของโจทก์ร่วม และบันทึกภาพสรีระร่างกายของโจทก์ร่วม ตั้งแต่ช่วงลิ้นปี่จนถึงอวัยวะช่วงขามองเห็นกระโปรงที่โจทก์ร่วมสวมใส่ ขาที่อ่อนล่ำและขาที่อ่อนบนของโจทก์ร่วม โดยที่กล้องบันทึกภาพมีแสงไฟสำหรับเพิ่มความสว่างเพื่อให้มองเห็นภาพบริเวณใต้กระโปรงของโจทก์ร่วมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การกระทำของจำเลยสื่อแสดงให้เห็นถึงความใคร่และกามารมณ์ โดยที่โจทก์ร่วมมิได้รู้เห็นหรือยินยอม อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยโจทก์ร่วมตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แม้จำเลยจะได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพได้กระโปรงโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิด โดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัวย่อมรับฟังได้ว่า จำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้จำเลยไม่ได้สัมผัสร่างกายผู้เสียหายแต่อย่างใด แต่ก็เป็นการกระทำอนาจารเช่นกัน จึงแสดงให้เห็นถึงการปรับใช้กฎหมายโดยคำนึงถึงสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและความสงบสุขของสังคมเป็นสำคัญ

การที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่กำหนดนิยามของคำว่าอนาจารไว้โดยชัดแจ้งนั้นทำให้เกิดปัญหาในการตีความ เนื่องจากในปัจจุบันผู้กระทำความผิดกระทำความผิดในหลากหลายรูปแบบไม่ว่าจะในการทำต่อเนื้อตัวร่างกาย หรือไม่สัมผัสเนื้อตัวร่างกายเลย เช่น แอบบันทึกภาพร่างกายผู้เสียหาย แก้วผ้าให้ผู้เสียหายดู ผู้ชายช่วยตัวเองให้ผู้เสียหายดู เป็นต้น ซึ่งผู้เสียหายอาจได้รับความอับอายหรือความรู้สึกกระทบกระเทือนฝังในจิตใจได้รับความเสียหายซึ่งอาจยากที่จะเยียวยา จากการไม่กำหนดนิยามให้ชัดเจนว่า กระทำอนาจารรวมถึงการกระทำไม่สมควรในทางเพศที่ไม่ทำต่อเนื้อตัวร่างกาย

4.2.2 ประเด็นองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับหลักความยินยอม

การกระทำชำเราเด็กนั้นหมายถึง การกระทำชำเราเด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 277 แต่

ผู้กระทำความผิดจะมีการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงขององค์ประกอบความผิดในเรื่องอายุของเด็ก มาเป็นเหตุให้ศาลยกฟ้อง ทำให้มีการบัญญัติมาตรา 285/1 ที่กำหนดว่า การกระทำชำเราเด็กตาม มาตรา 277 หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจาก ความผิดนั้น ซึ่งนำไปใช้กับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 277 วรรคสอง แต่ไม่ได้นำไปใช้เป็นข้อห้าม สำหรับผู้กระทำความผิดที่กระทำชำเราเด็กที่อายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ทำให้เห็นว่า การกำหนดมาตรา 285/1 ไม่มีความสอดคล้องกับมาตรา 277 ที่มีองค์ประกอบที่ยกเว้น หลักความยินยอม เพื่อมุ่งหมายในการคุ้มครองเด็กและป้องกันและปราบปรามผู้กระทำชำเราเด็ก ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม การที่มาตรา 285/1 กำหนดเช่นนี้ย่อมเป็นช่องโหว่ของกฎหมาย ที่ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างการสำคัญผิดเกี่ยวกับอายุของเด็ก กรณีที่เด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี เพื่อเป็นเหตุให้ศาลยกฟ้องได้เนื่องจากขาดองค์ประกอบความผิดได้

จากที่กล่าวมาทำให้เห็นว่า มาตรา 285/1 ไม่ได้กำหนดการห้ามอ้างความไม่รู้ อายุของเด็กที่อายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ซึ่งไม่สอดคล้องกับ องค์ประกอบความผิดของกฎหมายที่มุ่งหมายจะลงโทษผู้กระทำชำเราเด็ก ไม่ว่าเด็กนั้นจะให้ความ ยินยอมหรือไม่ก็ตาม

4.2.3 ประเด็นปัญหาการกำหนดบทลงโทษที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น กรณีที่ผู้เสียหาย อยู่ในความปกครองของพ่อเลี้ยง หรือการคุ้มครองของผู้กระทำผิด กรณีครูกับนักเรียน

จากตัวอย่างที่เกิดขึ้นกรณีที่เด็กถูกพ่อเลี้ยงกระทำชำเราในห้องน้ำ ในขณะที่แม่ไม่อยู่ ซึ่งพ่อเลี้ยงไม่ใช่บุคลากรโดยตรงที่ศาลต้องระวางโทษหนักขึ้นตาม มาตรา 285 ได้ โดยฐานะบุพการี หากจะลงโทษหนักขึ้นต้องปรากฏว่าเด็กเป็นผู้ที่อยู่ในความปกครองของพ่อเลี้ยง หรืออยู่ภายใต้อำนาจ ด้วยประการใด พ่อเลี้ยงถึงจะต้องระวางโทษหนักขึ้นตาม มาตรา 285 ได้ แต่หากผู้กระทำผิดต่อผู้ว่า เด็กไม่ได้อยู่ในอำนาจปกครอง และแม่ของเด็กก็เบิกความช่วยเหลือว่าพ่อเลี้ยงไม่ได้ปกครองดูแล กรณีนี้ จะไม่สามารถเป็นเหตุที่จะขอให้ศาลลงโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 ได้เลย ทั้ง ๆ ที่พ่อเลี้ยงนั้นดูแล ปกครองและอาศัยโอกาสนั้นกระทำความผิด ซึ่งพ่อเลี้ยงเป็นผู้ที่มีโอกาสกระทำความผิดมากกว่า คนทั่ว ๆ ไป

ส่วนกรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในการคุ้มครองของผู้กระทำผิด กรณีครู-นักเรียน ทั้งนี้ ศาลฎีกาวางหลักไว้ว่า “การกระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ต้องระวางโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 ตามมาตรา 285 นั้น ครูบาอาจารย์ที่มีหน้าที่ดูแล ปกป้องคุ้มครองรักษาตัวศิษย์ ต้องกระทำต่อศิษย์ ระหว่างที่มีหน้าที่” จึงจะเข้าตามหลักเกณฑ์ จึงเกิดช่องว่างหากผู้กระทำผิดไม่เคยสอนผู้เสียหาย ไม่ได้เป็นครูประจำชั้น หรือช่วงที่เกิดเหตุไม่ใช่ช่วงในเวลาเรียน

จะเห็นได้ว่า หากมีผู้กระทำความผิดทั้ง 2 กรณี กล่าวคือ พ่อเลี้ยงที่ไม่ได้ปกครอง ดูแลเด็ก กับครูที่ไม่ได้เคยสอน ไม่ได้เป็นครูประจำชั้น ก็จะไม่เข้าเหตุที่ทำให้รับโทษหนักขึ้นทั้งนี้

ฐานะของบุคคลดังกล่าวมีลักษณะเช่นเดียวกับผู้ปกครองดูแล หรือครู แต่เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่จะต้องตีความโดยเคร่งครัด ทำให้กรณีดังกล่าวเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นอันเกิดจากช่องว่างของกฎหมาย

4.3 การเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยและต่างประเทศ

จากการศึกษาวิจัยเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายข่มขืนกระทำชำเราของต่างประเทศ ทำให้คณะผู้วิจัยได้ทราบกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราของสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ เครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งสามารถเปรียบเทียบกฎหมาย โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.3.1 คำนิยามของคำว่า การข่มขืนกระทำชำเรา และการอนาจาร

สำหรับประเทศไทยได้มีการกำหนดคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ไว้ในมาตรา 1(18) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ส่วนสหรัฐอเมริกา การข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึง การมีเพศสัมพันธ์ทางอวัยวะเพศหรือทางทวารหนัก ต่อมาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ถูกขยายความให้รวมถึงการสัมผัสระหว่างปากและทวารหนัก ปากและอวัยวะเพศชาย ปากและอวัยวะเพศหญิง หรือระหว่างอวัยวะเพศชายและหญิง หรืออวัยวะเพศชายและทวารหนัก หรือระหว่างทวารหนักหรืออวัยวะเพศหญิงกับสิ่งประดิษฐ์เทียมอื่น ๆ ตามประมวลกฎหมายอาญาด้านแบบ ค.ศ. 1962 (Model Penal Code 1962) มาตรา 213.0 และประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา (United States Code : U.S.C.) มาตรา 2246(2)⁷ ส่วนประเทศอังกฤษ คำว่า ข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึง การที่ผู้กระทำล่วงล้ำไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือปากของบุคคลอื่นด้วยองคชาติอันเป็นการกระทำโดยเจตนา โดยที่ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม ส่วนเครือรัฐออสเตรเลีย เดิมใช้คำว่า การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) แต่ต่อมาเปลี่ยนมาใช้คำว่า การประทุษร้ายทางเพศ (Sexual assault) มาใช้แทน เนื่องจากต้องการเน้นให้เห็นถึงการกระทำความผิดทางเพศที่เป็นการกระทำที่มีความรุนแรง ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะพิจารณาถึงการล่วงล้ำ โดยไม่ได้ระบุว่าการล่วงล้ำจะเป็นอวัยวะ หรือวัตถุอื่นใด ก็จะเข้าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จะพิจารณาจากการกระทำที่มีการล่วงล้ำ โดยไม่มีการระบุเพศของผู้ถูกกระทำชำเรา

ส่วนคำว่า อนาจารนั้น ประเทศไทยไม่ได้การกำหนดคำว่า “อนาจาร” ไว้ในกฎหมาย แต่มีการกำหนดความหมายไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกา ส่วนสหรัฐอเมริกา การกระทำที่จะเป็นความผิด

⁷พรณนิภา ปราบปราม, “มาตรการบังคับทางอาญาที่เหมาะสม ศึกษากรณีการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2563), หน้า 44.

ฐานอนาจาร หมายถึง บุคคลใดสัมผัสทางเพศต่อผู้อื่นซึ่งมิใช่คู่สมรส หรือกระทำการอื่นใดที่จะนำไปสู่การสัมผัสทางเพศ ส่วนการสัมผัสทางเพศ คือ การสัมผัสทุก ๆ รูปแบบทางเพศ หรือการใกล้ชิดส่วนหนึ่งส่วนใดของบุคคลอื่น เพื่อจุดประสงค์ในการกระตุ้นหรือทำให้เกิดความพึงพอใจทางเพศ ประเทศอังกฤษได้ให้ความหมายของการประทุษร้ายทางเพศโดยการสัมผัส (Sexual Assault) โดยการสัมผัสมีความหมายอย่างกว้างโดยตีความให้หมายถึง การสัมผัสโดยบุคคลอื่นโดยใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดในการสัมผัส ทั้งนี้ แม้เป็นการสัมผัส โดยผ่านเสื้อผ้า แต่หากเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางเพศก็เป็นความผิดฐานอนาจารแล้ว ส่วนเครือรัฐออสเตรเลีย คำว่า “อนาจาร” ไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายกลาง

จากความหมายของการกระทำชำเราของสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษกับประเทศไทย จะเห็นได้ว่า ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราของสหรัฐอเมริกามีขอบเขตกว้างกว่าการให้ความหมายคำนิยามคำว่าข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทย กล่าวคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของสหรัฐอเมริกาได้ถูกขยายความให้รวมถึงการสัมผัสระหว่างปากและทวารหนัก ปากและอวัยวะเพศชาย ปากและอวัยวะเพศหญิง หรือระหว่างอวัยวะเพศชายและหญิง หรืออวัยวะเพศชายและทวารหนัก หรือระหว่างทวารหนักหรืออวัยวะเพศหญิงกับสิ่งประดิษฐ์เทียมอื่น ๆ ด้วย อีกทั้งยังมีการให้ความหมายของการกระทำชำเราเบี่ยงเบนไว้ว่าหมายถึง การกระทำชำเราทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างชายหรือหญิง ซึ่งมีใช้สามีหรือภริยา และหมายถึงการร่วมเพศกับสัตว์ด้วย ในขณะที่ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยจะจำกัดเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติจึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากเป็นกรณีการร่วมประเวณีผิดปกติธรรมชาติ กล่าวคือ การกระทำที่ใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใด เช่น นิ้วมือ หรืออวัยวะเทียม หรือใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศหญิง (Cunnilingus) หรือที่มีใช้อวัยวะเพศล่ออวัยวะเพศหรือทวารหนัก เป็นความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารโดยการล่อล่อเท่านั้น ไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนประเทศอังกฤษมีการกำหนดความหมายคล้ายคลึงกับประเทศไทย

4.3.2 ฐานความผิดและบทบัญญัติที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและบทบัญญัติที่ต้องรับโทษที่หนักขึ้นนั้น ประเทศไทยได้มีการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศไว้หลายฐาน ได้แก่ 1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา 2) ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก 3) ความผิดฐานอนาจาร 4) ความผิดฐานอนาจารเด็ก 5) ความผิดฐานกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการล่วงละเมิดทางเพศ 6) การกระทำความผิดเป็นการกระทำแก่บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ญาติสืบสายโลหิต ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล หรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด ส่วนสหรัฐอเมริกาได้กำหนดความผิดอาญาไว้ ได้แก่ 1) การกระทำโดยมิชอบทางเพศโดยมีเหตุฉกรรจ์ 2) การล่วงละเมิดทางเพศ 3) การล่วงละเมิดต่อผู้เยาว์หรือบุคคลที่อยู่ในความปกครอง 4) การล่วงละเมิด

ทางเพศโดยการข่มเหง ส่วนประเทศอังกฤษได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ ได้แก่ 1) การข่มขืนกระทำชำเรา 2) การขืนใจโดยการล่อลวงไปในช่องคลอดของหญิงหรือทวารหนักของบุคคลอื่น โดยไม่ได้ใช้อวัยวะเพศ แต่ใช้ส่วนอื่นใดของร่างกายหรือสิ่งของแทนอวัยวะเพศ 3) การประทุษร้ายทางเพศ โดยการสัมผัส 4) การก่อให้บุคคลอื่นเข้าไปมีส่วนในกิจกรรมทางเพศ โดยปราศจากความยินยอม ทั้งนี้ ความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กโดยอาศัยเกณฑ์อายุของเด็กมาใช้ในการแบ่ง คือ (1) ความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี (2) ความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี (3) ความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี⁸ และเครือรัฐออสเตรเลีย มีการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้แก่ การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กและผู้เยาว์ 1) การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก โดยผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกในครอบครัว 2) การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก โดยผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีสถานะน่าไว้วางใจหรือผู้มีอำนาจปกครอง

จากการกำหนดฐานความผิดและบทที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น จะเห็นได้ว่า มีการกำหนดแตกต่างกันไปตามบริบทของแต่ละประเทศ เช่น ในเรื่องขององค์ประกอบความผิดในเรื่องของอายุผู้ถูกกระทำว่าเป็นอายุเท่าใด สำหรับในเรื่องบทที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้นนั้น ก็มีการกำหนดไว้เช่นเดียวกันกับประเทศไทย เช่น ในเครือรัฐออสเตรเลีย หากการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหรือผู้เยาว์เป็นการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กโดยผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกในครอบครัว การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กโดยผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีสถานะน่าไว้วางใจหรือผู้มีอำนาจปกครอง ก็จะมีโทษที่ได้รับหนักขึ้น แต่เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยแล้วจะเห็นว่า บทบัญญัติที่ต้องทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น จะใช้คำว่า “เป็นการกระทำแก่.....” ซึ่งหมายถึง บุคคลใดที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแต่ของเครือรัฐออสเตรเลีย จะใช้ถ้อยคำว่า “กระทำต่อเด็กโดยผู้กระทำความผิดเป็น.....” ซึ่งหมายถึง บุคคลใดที่จะมีการระบุไว้หากกระทำต่อเด็กก็จะต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งเห็นได้ว่า กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียในส่วนของบทบัญญัติที่จะต้องทำให้รับโทษหนักขึ้นนี้ให้ความคุ้มครองกว้างกว่ากฎหมายของประเทศไทย

นอกจากนี้ คณะผู้วิจัยยังพบว่า จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายในแต่ละประเทศ ทำให้เห็นข้อดีในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ประการแรก การไม่จำกัดเพศของอวัยวะที่ถูกล่อลวงของสหรัฐอเมริกา และการที่กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียเองก็ไม่ได้จำกัดเพศของอวัยวะที่ถูกล่อลวง อีกทั้งยังให้การคุ้มครองอวัยวะเพศที่ถูกล่อลวงอันเป็นอวัยวะเพศที่ได้รับการผ่าตัดดัดแปลงกรรม ทำให้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา

⁸The Crown Prosecution Service, Legal Guidance, Sexual offence, **Rape and Sexual Offences - Chapter 7: Key Legislation and Offences** [Online], available URL: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-7-key-legislation-and-offences>, 2021 (November, 2).

และเครือรัฐออสเตรเลียส่งผลดีในแง่การคุ้มครองผู้เสียหายได้ครอบคลุมทุกเพศสภาพและเหมาะสมกับวิวัฒนาการบริบทของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป

ประการที่สอง การที่กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียได้กำหนดบุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดต่อเด็กโดยผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือผู้มีอำนาจปกครองอาจเป็นผู้ปกครอง อาจารย์ ผู้นำทางศาสนา แพทย์ นายจ้าง โค้ชสอนกีฬา ซึ่งการกำหนดบุคคลมีข้อดีคือ ครอบคลุมการกระทำผิดมากกว่ากฎหมายของประเทศไทย

ประการที่สาม การที่กฎหมายของประเทศอังกฤษได้กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารกับเด็กเกี่ยวกับเรื่องเพศ (Sexual Communications with a child) ความผิดตามมาตราสำเร็จได้เมื่อมีการติดต่อกับเด็กไม่ว่าโดยการออนไลน์ เช่น อีเมล การส่งข้อความ หรือการใช้คำพูดสนทนากับเด็กก็ตาม หากว่าส่วนใดส่วนหนึ่งของข้อความหรือการสนทนาที่เกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศหรือมีการกระทำใดที่แสดงออกถึงการการสนองความพึงพอใจทางเพศของผู้พูดก็จะเป็นความผิดตามมาตรา นี้ อีกทั้งความผิดตามมาตรา ยังได้ขยายอำนาจในการดำเนินคดีหากมีการกระทำผิดที่เกิดขึ้นภายนอกกรรฐอีกด้วย โดยมีลงโทษตามมาตรา นี้คือ จำคุกสูงสุดไม่เกิน 2 ปี ซึ่งถือว่าเป็นข้อดีในการคุ้มครองเด็กกรณีถูกล่อลวงทางเพศที่ปัจจุบันมักพบบ่อยทางออนไลน์ โดยตามกฎหมายกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดด้วยแม้ว่าเป็นการกระทำนอกประเทศอังกฤษ

5. บทสรุป

จากสภาพสังคมและการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้มีผู้กระทำความผิดทางเพศเพิ่มมากขึ้น แม้ว่าจะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดหลายครั้ง จนกระทั่งการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด ในปี พ.ศ. 2562 มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 27 โดยมีการแก้ไขในเรื่อง คำนียามคำว่า กระทำชำเราเสียใหม่ และแยกเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และการร่วมประเวณีผิดปกติธรรมชาติ กล่าวคือ การกระทำที่ใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใดที่มีใช่อวัยวะเพศล่อลวงอวัยวะเพศหรือทวารหนัก เป็นความผิดฐานอนาจารโดยการล่อลวง การกระทำความผิดที่บันทึกภาพหรือเสียง การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร การกำหนดกระทำความผิดที่เป็นความผิดอันยอมความได้

แต่ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาที่กล่าวมา พบว่า ในปัจจุบันองค์ประกอบความผิดที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญายังมีไม่ครอบคลุมลักษณะการกระทำที่เป็นอาชญากรรมที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ และจากการแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ทำให้จากเดิม การกระทำความผิดการข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำชำเราเด็กจะเป็นความผิดตามมาตรา 276 หรือมาตรา 277 แต่การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา

ฉบับที่ 27 ทำให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างไปจากเดิม ส่งผลให้บทบัญญัติที่มีอยู่เดิมใน มาตรา 276 และมาตรา 277 ไม่ได้นำไปใช้บังคับกับการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 และมาตรา 279 ด้วย ทำให้เกิดปัญหาตามมาหลายประการ โดยแยกออกเป็นประเด็น เช่น การกำหนดคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” กับ “อนาจาร” การกำหนดบทลงโทษที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น กรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในความปกครองของพ่อเลี้ยง หรือการคุ้มครองของผู้กระทำผิด กรณีครูกับนักเรียน

จากการกำหนดความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศของประเทศไทยพบว่า มีหลายประเทศที่มีการกำหนดเหมือนและแตกต่างไปจากของประเทศไทย ซึ่งเป็นไปตามบริบทของประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญาดั้งเดิม ค.ศ. 1962 ไว้สำหรับให้แต่ละมลรัฐนำไปปรับใช้ตามความเหมาะสม และมีประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกาที่กำหนดไว้สำหรับรัฐบาลกลาง ส่วนประเทศอังกฤษ มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ส่วนเครือรัฐออสเตรเลีย ในแต่ละมลรัฐมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับกระทำผิดทางเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หรือพระราชบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา จากการกระทำผิดที่กำหนดไว้ในทั้งสามประเทศพบว่ากฎหมายของแต่ละประเทศ การกำหนดสาระสำคัญของการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศแบ่งออกเป็นฐานความผิด โดยแบ่งเป็น การกำหนดคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” จะมีการกำหนดคล้ายกับการกำหนดคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ของประเทศไทยที่แก้ไขใหม่ ส่วนการกระทำที่มีลักษณะการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำชำเรา จะเป็นการแบ่งออกเป็นกระทำต่อเด็กและผู้ใหญ่ และมีบทกำหนดโทษที่ต้องให้รับโทษหนักขึ้น เช่นเดียวกัน แต่มีการกำหนดอายุของเด็ก และกำหนดบทที่ต้องโทษรับโทษหนักขึ้น แตกต่างกันไป ตามบริบทของแต่ละประเทศ

6. ข้อเสนอแนะ

จากการที่ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับกระทำความผิดทางเพศมาหลายครั้ง พบว่ายังไม่สามารถป้องกันการกระทำที่มีลักษณะจะเป็นการกระทำความผิดทางเพศได้ และไม่สามารถปราบปรามอาชญากรรมที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศให้ลดลงได้ จึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขกฎหมายและจัดทำแนวปฏิบัติสำหรับผู้กระทำที่จะกระทำความผิดให้ทราบถึงกฎหมายและบทลงโทษที่จะต้องได้รับ ดังนี้

6.1 เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (19) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เพิ่มเติมคำนิยามของคำว่า “อนาจาร” ให้ชัดเจน และครอบคลุมลักษณะการกระทำความผิด ที่เป็นการไม่สมควรในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจ

มาตรา 1(19) กระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำด้วยประการใด ๆ ที่ไม่สมควรในทางเพศ หรือโดยเจตนาจะล่วงเกินทางเพศ

6.2 เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (20) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เพิ่มเติมคำนิยามของคำว่า “อวัยวะเพศ” ให้ชัดเจนและครอบคลุมลักษณะการกระทำ ความผิดที่มีหลากหลายรูปแบบอันเนื่องมาจากการพัฒนาทางการแพทย์

มาตรา 1(20) “อวัยวะเพศ หมายถึง อวัยวะเพศโดยกำเนิดหรืออวัยวะเพศที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศด้วย”

6.3 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 285/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เห็นควรปรับปรุงอายุของเด็กที่เป็นผู้ถูกกระทำความผิด ให้ไม่สามารถอ้างความไม่รู้อายุ ของเด็กได้ถึงเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ด้วย

มาตรา 285/1 “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

6.4 แก้ไขเพิ่มเติมข้อความต่อไปนี้ในมาตรา 285(8)(9) และ (10) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เห็นควรปรับปรุงบุคคลที่กระทำความผิดที่จะต้องได้รับโทษหนักขึ้น เนื่องจากสภาพครอบครัว หรือสภาพสังคมที่เป็นเปลี่ยนแปลงไป จากครอบครัวที่มีบิดามารดา และบุตร กลายมาเป็นชายหรือ หญิงที่อยู่กินฉันสามีภรรยา แต่ไม่ได้มีการจดทะเบียนสมรส หรือในกรณีที่ชายหรือหญิงอยู่กินฉันสามี ภรรยาแต่มีบุตรอยู่ก่อนแล้วมาอยู่ด้วยกัน หรืออยู่กินในรูปแบบอื่น ๆ เช่น ชายอยู่กินกับชาย หรือหญิง อยู่กินกับหญิง และเนื่องจากผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจในการลงมือกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นโดยอาศัยความเป็นคนใกล้ชิด คนรู้จัก หรือโดยอาศัยอำนาจของผู้กระทำที่มีต่อผู้ถูกกระทำ เป็นเครื่องมือในการลงมือกระทำความผิด ซึ่งผู้เสียหายที่อยู่ในภาวะเช่นนั้นย่อมขาดความระมัดระวัง อีกทั้งยังเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่อโดยไม่รู้ตัว ดังนั้น จึงควรกำหนดให้คุ้มครองรวมถึง ผู้ที่อยู่ในครอบครัว ผู้ที่อยู่กินฉันสามีภรรยา และผู้ให้ความไว้วางใจอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ใกล้ชิดด้วย

มาตรา 285 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่บุคคล ดังต่อไปนี้

- (1) บุพการี
- (2) ผู้สืบสันดาน
- (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา

- (4) ญาติสืบสายโลหิต
 - (5) ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล
 - (6) ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ
 - (7) ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล
 - (8) ผู้ที่อยู่ในครอบครัว
 - (9) ผู้ที่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา
 - (10) ผู้ให้ความไว้วางใจอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ใกล้ชิด
 - (11) ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด
- ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม

6.5 แก้ไขเพิ่มเติมความต่อไปนี้ในมาตรา 278 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เนื่องจากการแก้ไขคำนิยามคำว่า “กระทำความผิด” ตามมาตรา 1(18) ใหม่ ในปี พ.ศ. 2562 ทำให้การกระทำความผิดในความผิดมาตรา 276 และมาตรา 277 นั้น มุ่งเฉพาะความผิดที่กระทำโดยอวัยวะเพศเท่านั้น ไม่รวมถึงการใช้อวัยวะอื่นใดที่มีใช้อวัยวะเพศกับวัตถุอื่นใด ทำให้ในความผิดที่มีการใช้อวัยวะอื่นใดที่มีใช้อวัยวะเพศกับวัตถุอื่นใด ถือเป็นการกระทำความผิดโดยการอนาจารโดยการล่วงล้ำแทนซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสไว้ จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยนำข้อความดังกล่าวมาบัญญัติเป็นวรรคห้า

มาตรา 278 วรรคห้า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่าให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

6.6 แก้ไขเพิ่มเติมข้อความต่อไปนี้ในมาตรา 279 วรรคเจ็ดและวรรคแปด แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เนื่องจากการแก้ไขคำนิยามคำว่า “กระทำความผิด” ตามมาตรา 1(18) ใหม่ ในปี พ.ศ. 2562 ทำให้การกระทำความผิดเด็กในความผิดมาตรา 277 นั้น มุ่งเฉพาะความผิดที่กระทำโดยอวัยวะเพศเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำ ทำให้ในความผิดที่มีการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำ ถือเป็นการกระทำความผิดโดยการอนาจารโดยการล่วงล้ำแทนซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กไว้ดังเช่นมาตรา 277 เดิม จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยนำข้อความดังกล่าวมาบัญญัติเป็นวรรคเจ็ดและแปด

มาตรา 279 วรรคเจ็ดและวรรคแปด “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสี่ ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกระทำด้วย

ในกรณีที่ได้มีการดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแล้ว ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าการคุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงเหตุตามวรรคเจ็ดด้วย”

บรรณานุกรม

- หอสมุดรัฐสภา. รายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษาแนวทางป้องกันและแก้ไขปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศ สภาผู้แทนราษฎร เรื่อง แนวทางป้องกันและแก้ไขปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศ [Online]. Available URL: <https://library.parliament.go.th/th/house-representatives-documents>, 2564 (พฤษภาคม, 1).
- คณพล จันทน์หอม. “วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- ฐิติพร เหล่าอิสริยกุล. “ความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561.
- ณัฐวรรณ ดวงกังไต้. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558.
- ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและภาคลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 16 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- ปรีนดา เวทพิสัย. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ.” สารนิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- พรธนิภา ปราบปราม. “มาตรการบังคับทางอาญาที่เหมาะสม ศึกษากรณีการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2563.
- วีระวัฒน์ ปวรอาจารย์. ร่วมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 74 ปีการศึกษา 2564 เล่ม 16. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, 2564.
- สุชума อรุณจิต และวุฒิพล มั่นเหมาะ. ปัญหาการเกิดอาชญากรรมทางเพศและแนวทางป้องกันอาชญากรรมทางเพศตามทฤษฎีสามเหลี่ยมอาชญากรรม [Online]. Available URL: <https://so02.tci-thaijo.org/index.php/forensic/article/download/185415/130386/>, 2564 (สิงหาคม, 19).

- อร จันทนอรพินท์. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเหตุฉกรรจ์ ในการกระทำความผิดทางเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ศึกษากรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว.”
วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2562.
- Aeizona State Legislature. **Title 13 - Criminal Code** [Online]. Available URL: <https://www.azleg.gov/arsDetail/?title=13>, 2021 (November, 9).
- California Legislative Information. **California Penal Code** [Online]. Available URL: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=PEN>, 2021 (November, 9).
- Illinois Gerneral Assembly. **Criminal Offense (720 ILCS 5/) Criminal Code of 2012** [Online]. Available URL: <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ChapterID=53&ActID=1876>, 2021 (November, 9).
- New York State Senate. **New York Penal Code** [Online]. Available URL: <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/PEN/P3THA130>, 2021 (November, 9).

ปัญหากฎหมายว่าด้วยหนี้ของเทศบาลที่ส่งผลต่อ
หนี้สาธารณะ: ศึกษาเฉพาะมาตรการการจัดการ
และการปรับโครงสร้างหนี้

ติณณ์ลภัส ชูพันธ์ ใจวัน
มณฑล อรรถบलयุคล

ปัญหากฎหมายว่าด้วยหนี้ของเทศบาลที่ส่งผลต่อหนี้สาธารณะ: ศึกษาเฉพาะ
มาตรการการจัดการและการปรับโครงสร้างหนี้
Legal Problems of Municipal Debts Affecting Sovereign Debt: A Case
Study on Debt Management and Restructuring

ดิณณลภัส ชูพันธ์ ใจวัน**
Tinlaphas Chooan Jaiwan
มณฑล อรรถพลยุคล***
Monthol Uttabolyukol

บทคัดย่อ

จากสภาวะวิกฤติของประเทศหลายปีที่ผ่านมาโดยเฉพาะช่วงสถานการณ์แพร่ระบาดของ COVID-19 ส่งผลให้รัฐบาลจำต้องก่อหนี้ ซึ่งปัญหานี้สินของรัฐบาลเป็นปัจจัยหลักในการกำหนดทิศทางของความกินดีอยู่ดีของประชากร นอกจากนี้ แนวโน้มการเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุก็เป็นอีกหนึ่ง

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “มาตรการแก้ไขปัญหาการมีหนี้สินพันตัวของหน่วยงานของรัฐ: กรณีศึกษาปัญหานี้สินของเทศบาลเปรียบเทียบกับกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากมหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ ประจำปี พ.ศ. 2565.

This research article is part of the research entitled “Measures to solve the insolvency problem of the State agencies. In a case study of problems of Municipality debt compare with Chapter 9 of the U.S. Bankruptcy Code.” This research is funded by Walailak University, 2022.

**อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 1) มหาวิทยาลัยพายัพ; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: tinlaphas.ja@wvu.ac.th

Lecturer in Law at School of law, Walailak University; LL.B. (First Class Honor) Payap University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. Ramkhamhaeng University.

***ผู้ช่วยเลขานุการรองอัยการสูงสุด; 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; LL.B. Chiang Mai University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. in Sripatum University; LL.M. in International Commercial Arbitration, Bucerius Law School, Germany.

วันที่รับบทความ (received) 8 กันยายน 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 7 ธันวาคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 13 กุมภาพันธ์ 2567.

ปัจจัยที่ส่งผลให้รัฐบาลขาดดุลงบประมาณมากขึ้น และอาจต้องกู้ยืมอันจะส่งผลให้จำนวนตัวเลขของหนี้สาธารณะเพิ่มขึ้น จึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าหนี้สาธารณะนอกจากเกิดขึ้นด้วยการกู้ยืมเงินของรัฐบาลจากแหล่งทุนต่าง ๆ แล้ว การกระจายอำนาจลงสู่ท้องถิ่นมีผลกระทบต่อหนี้สาธารณะด้วยหรือไม่ โดยเฉพาะประเด็นว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก่อนนี้และบริหารจัดการหนี้สินอย่างไร

ผู้วิจัยศึกษาค้นคว้าและเก็บรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ บทความวิจัย และสื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ โดยมุ่งศึกษาถึงหนี้สินของเทศบาลเป็นหลัก ผลจากการศึกษาในเชิงวิเคราะห์นี้พบว่า มาตรการการบริหารจัดการหนี้สินของเทศบาลส่งผลกระทบต่อหนี้สาธารณะ อีกทั้งการขอรับชำระหนี้จากเทศบาลตามกฎหมายไทยนั้นก็ไม่อาจกระทำได้เลยเช่นเดียวกับแนวทางตามกฎหมายเอกชน เพราะการบังคับคดีมีข้อจำกัดในส่วนทรัพย์สินของรัฐไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี หรือแม้แต่การดำเนินกระบวนการล้มละลายและฟื้นฟูกิจการก็ยังไม่เปิดช่องทางให้การบริหารจัดการหนี้สินของเทศบาล จากการศึกษาผู้วิจัยจึงได้เสนอแนะถึงทางออกด้วยวิธีการขอปรับโครงสร้างหนี้ตามประมวลกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา (Chapter 9 of US Bankruptcy Code) เพื่อเป็นการสร้างองค์ความรู้ใหม่อันอาจนำไปสู่ทางเลือกหนึ่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการบริหารจัดการหนี้สิน ทั้งนี้ก็เพื่อความยั่งยืนทางการคลังและก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชากรประเทศโดยรวม

คำสำคัญ: การบริหารจัดการหนี้สิน, เทศบาล, หนี้สาธารณะ

Abstract

In recent years, the country has faced a number of crises, particularly the COVID-19 pandemic. These crises have forced the government to borrow money. The government's debt problem is a major factor in determining the well-being of the population. In addition, the trend towards an aging society is another factor that is contributing to the government's budget deficit and may require borrowing, which will lead to an increase in public debt. Therefore, it is important to consider whether the government's borrowing from various sources contributes to public debt, or if the devolution of government to the local level has an effect as well. Particularly, what are the debts of the local government and how are they being managed?

The researchers studied and collected data from books, research articles, and various printed media, focusing on the debt of municipalities. The findings from this analytical study reveal that municipal debt management measures significantly impact public debt. Furthermore, the legal framework governing debt repayment from municipalities in Thailand deviates from private sector practices due to limitations on legal enforcement regarding state-owned assets. The study proposes exploring a solution through a debt restructuring approach, inspired by Chapter 9 of the US Bankruptcy Code, to strengthen local government debt management for sustainable fiscal health and overall societal benefit.

Keywords: debt management, municipality, public debt

1. บทนำ

ก่อนที่จะเกิดวิกฤตปัญหาการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ประเทศไทยค่อนข้างจะได้เปรียบดุลการค้าและดุลบริการด้วยผลของการเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวจากต่างประเทศ แต่ภายหลังการแพร่ระบาดของโรค COVID-19 ทำให้ประเทศไทยได้รับผลกระทบอย่างมากต่อธุรกิจโดยรวม อัตราการผลิตสินค้าและการบริการ การนำเข้า ส่งออก การคมนาคม ธุรกิจการท่องเที่ยวและโลจิสติกส์ลดลง กรณีมีความจำเป็นต้องจัดสรรงบประมาณไปสนับสนุนด้านสาธารณสุข ตลอดจนการเยียวยาแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจให้กับประชาชนจนทำให้เกิดภาวะขาดดุลบัญชีเดินสะพัด¹ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากสถานการณ์ดังกล่าวส่งผลถึงขีดจำกัดความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจให้กับหลายประเทศซึ่งรวมถึงประเทศไทยเราด้วยทำให้นักลงทุนเริ่มทยอยเคลื่อนย้ายทุนออกจากประเทศประกอบกับเกิดการถอนเงินฝากออกจากธนาคารพาณิชย์ในประเทศไทยเนื่องจากอัตราดอกเบี้ยเงินฝากของธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศสูงกว่าธนาคารพาณิชย์ในประเทศอย่างมีนัยยะสำคัญ² อีกทั้งในช่วงระหว่างที่ประเทศไทยได้รับผลกระทบจากโรคระบาดนั้นรัฐบาลมีความจำเป็นต้องจัดมาตรการบรรเทาภาระด้านภาษีและค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ของรัฐ ทำให้ในปี 2564 รัฐบาลมีรายได้จากการจัดเก็บภาษีอากรลดลง³

ในขณะเดียวกันความขัดแย้งระหว่างสหพันธรัฐรัสเซียกับยูเครนที่มีมาอย่างต่อเนื่องจนกระทั่งเกิดเป็นปัญหาการใช้กำลังอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2565 นั้น ทำให้ราคาน้ำมันและก๊าซธรรมชาติปรับราคาสูงขึ้น นับว่าเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่สำคัญและส่งผลกระทบต่อสถานการณ์วิกฤติเศรษฐกิจของประเทศไทย โดยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ต้องนำก๊าซทางเลือกจากประเทศอื่นเข้ามาใช้แทนทำให้ต้นทุนค่าการผลิตไฟฟ้าสูงขึ้นกว่าค่าไฟฟ้า⁴ นอกจากนี้ ยังมีหนี้นโยบายรัฐค้างจ่ายอยู่ประมาณ 1,059,429.1 ล้านบาท⁵ โดยหน่วยงานรัฐวิสาหกิจที่รัฐบาลติดค้างหนี้

¹โพสต์ Post Today, **ประเทศถึงแตกเป็นอย่างไร ?** [Online], available URL: <https://www.posttoday.com/world/632978>, 2563 (กันยายน, 15).

²Investing.com, **ธนาคารกลาง** [Online], available URL: <https://th.investing.com/central-banks/>, 2566 (สิงหาคม, 15).

³กระทรวงการคลัง, สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, **มาตรการด้านภาษีและค่าธรรมเนียมเพื่อบรรเทาผลกระทบจากสถานการณ์ การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ในปี 2564** [Online], available URL: <https://www.mof.go.th/th/detail/2020-04-03-10-20-57/2021-01-28-09-05-50>, 2564 (มกราคม, 27).

⁴ไทยพับลิก้า, **8 ปี รัฐบาลประยุทธ์ สร้างชุกหนี้ไว้เท่าไร** [Online], available URL: <https://thaipublica.org/2022/07/open-data-quasi-fiscal-activities/>, 2565 (กรกฎาคม, 3).

⁵กชี้ดีเดช คำพุช, **เปิดได้พรหมนี้สาธารณะไทย ‘หนี้’ อะไรชุกซ่อนอยู่บ้าง ?** [Online], available URL: <https://www.the101.world/hidden-public-debt/>, 2566 (กุมภาพันธ์, 2).

ไว้มากที่สุด ได้แก่ ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรม ขนาดย่อม ธนาคารออมสิน ธนาคารอาคารสงเคราะห์ ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและ ขนาดย่อมแห่งประเทศไทย การรถไฟแห่งประเทศไทย (รฟท.) องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย และธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย โดยภาระหนี้ ทั้งหมดอยู่ในระหว่างรอรัฐบาลจัดสรรงบประมาณมาจ่ายชดเชย ยกเว้นหนี้ในส่วนของ รฟท. และ ขสมก. ที่อยู่ระหว่างพิจารณาเพื่อจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ

ณ เดือนกันยายน พ.ศ. 2565 ถึงเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2566 ประเทศไทยมียอดหนี้สาธารณะ คงค้างอยู่ที่ 10,923,183.46 ล้านบาท คิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 61.15 ของ GDP⁶ โดยหนี้สาธารณะส่วนใหญ่ เกิดจากการจัดสรรงบประมาณเพื่อสนับสนุนโครงการลงทุนของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ และ ยกกระตือรือร้นการพัฒนาของประเทศ ตลอดจนคุณภาพชีวิตของประชาชน ซึ่งปัญหาหนี้สาธารณะที่มีรายจ่าย สูงกว่ารายได้เหล่านี้กระทรวงการคลังมีทางออกด้วยวิธีกู้เงินไม่ว่าจะเป็นแหล่งทุนในหรือนอกประเทศ เพื่อชดเชยการขาดดุลงบประมาณและนำมาบริหารสภาพคล่องของเงินคงคลัง พัฒนาเศรษฐกิจและ สังคม ตลอดจนปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะ⁷ ตัวอย่างเช่น ในปี พ.ศ. 2540 ที่ประเทศไทยต้องเผชิญ กับวิกฤตเศรษฐกิจหรือที่เรียกกันว่า “วิกฤตต้มยำกุ้ง” นั้น รัฐบาลแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการกู้เงิน จากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF)⁸ แต่ก็ต้องยอมรับในเงื่อนไขที่ตามมาหลายประการ ในขณะที่รัฐบาลต้องลดการใช้งบประมาณ ตัวรายจ่ายที่จำเป็นต่อประชาชนจนเกิดการต่อต้าน รัฐบาลและแหล่งเงินช่วยเหลือดังกล่าวเป็นอย่างมาก จากกรณีประวัติศาสตร์ทางเศรษฐกิจที่ผ่านมานั้น ทำให้เราปฏิเสธไม่ได้ถึงปัญหาทางสังคม เศรษฐกิจและการเมือง อันเป็นตัวแปรหลักของการพัฒนา ประเทศในระยะยาว

ส่วนกรณีการแก้ไขปัญหานี้สาธารณะที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนั้น รัฐบาลได้ตราพระราชกำหนด ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อแก้ไขปัญหา เยียวยา และฟื้นฟูเศรษฐกิจและสังคมที่ได้รับผล กระทบจากการระบาดของโควิด-19 พ.ศ. 2563 และพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลัง กู้เงินเพื่อแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจและสังคมจากการระบาดของโควิด-19 เพิ่มเติม พ.ศ. 2564 ทั้งนี้ ก็เพื่อ นำเงินมาช่วยเหลือเยียวยาทุกภาคส่วนที่ได้รับผลกระทบจากวิกฤตเศรษฐกิจและฟื้นฟูเศรษฐกิจและ

⁶กระทรวงการคลัง, สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ, หนี้สาธารณะ: บริหารหนี้สาธารณะให้มีต้นทุนที่ เหมาะสมภายใต้กรอบความเสี่ยงที่กำหนด [Online], available URL: <https://www.pdmo.go.th/th/public-debt/debt-outstanding>, 2566 (สิงหาคม, 29).

⁷พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548.

⁸AcademicFocus, ถอดบทเรียนวิกฤตต้มยำกุ้งผ่านเศรษฐกิจ – ประเทศไทยและภูมิภาคอาเซียน [Online], available URL: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=45243, 2560 (สิงหาคม, 14).

สังคม ซึ่งแม้ว่าปัจจุบันผลการบริหารจัดการหนี้สาธารณะของประเทศยังอยู่ภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลังตามที่กฎหมายกำหนด จนไม่ถึงกับอยู่ในสภาวะมี “หนี้สินล้นพ้นตัว” ก็ตาม แต่อาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยกำลังประสบภาวะขาดสภาพคล่องทางการเงิน ประกอบกับการเข้าสู่สังคมสูงวัยของประเทศไทย⁹ ส่งผลต่อทิศทางของรายจ่ายในด้านนโยบายรัฐสวัสดิการที่เพิ่มขึ้น และแน่นอนว่าย่อมมีผลกระทบต่อการขยายตัวของเศรษฐกิจไทยด้วย

ด้วยสถานการณ์หนี้สาธารณะที่มีบทบาทต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมประเทศดังกล่าวมานั้น จึงมีข้อที่น่าพิจารณาว่าบ่อเกิดแห่งหนี้สาธารณะนอกจากการกู้ยืมของกระทรวงการคลัง หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจกู้หรือหนี้ที่กระทรวงการคลังค้ำประกันเพื่อชดเชยการขาดดุลงบประมาณ บริหารสภาพคล่องของเงินคงคลัง พัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะ หรือดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้องกับหนี้สาธารณะแล้ว¹⁰ การบริหารจัดการหนี้สินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นส่งผลกระทบต่อหนี้สาธารณะด้วยหรือไม่ หากเป็นตัวแปรสำคัญของการเพิ่มขึ้นของยอดหนี้สาธารณะแล้วรัฐบาลอาจจะต้องทบทวนในเรื่องการการก่อหนี้และการบริหารจัดการหนี้สินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย โดยผู้วิจัยได้ศึกษาค้นคว้าและเก็บรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ บทความวิจัยหรือสื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ทั้งนี้ มุ่งศึกษาและวิเคราะห์ถึงหนี้สินของเทศบาลเป็นหลัก อันอาจนำไปใช้ประโยชน์หรือการสร้างองค์ความรู้ใหม่ ทั้งนี้ ก็เพื่อความยั่งยืนทางการคลังและก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชากรประเทศโดยรวม

2. วัตถุประสงค์การศึกษา

บทความวิจัยในเรื่องนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัยในหัวข้อ “มาตรการแก้ไขปัญหาการมีหนี้สินพ้นตัวของหน่วยงานของรัฐ: กรณีศึกษาปัญหาหนี้สินของกรุงเทพมหานครเปรียบเทียบกับกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา” (Measures to solve the insolvency problem of the State agencies. In a case study of problems of Municipality debt compare with Chapter 9 of the U.S. Bankruptcy Code) ซึ่งงานวิจัยดังกล่าวได้มุ่งศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาการมีหนี้สินพ้นตัวของหน่วยงานของรัฐเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา (Chapter 9 of US Bankruptcy Code)

⁹พัชราพรรณ กิจพันธ์, ประเทศไทยสู่สังคมผู้สูงอายุ Aging society in Thailand [Online], available URL: <https://he01.tci-thaijo.org/index.php/fdajournal/article/download/148372/109161/>, 2561 (กันยายน, 19).

¹⁰พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548, มาตรา 20.

ดังนั้น วัตถุประสงค์ของบทความวิจัยในเรื่องนี้จึงมุ่งศึกษาเฉพาะมาตรการการจัดการและปรับโครงสร้างหนี้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีผลกระทบต่อหนี้สาธารณะ โดยเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา (Chapter 9 of US Bankruptcy Code)

3. ทบทวนวรรณกรรม

3.1 ความหมายและการบริหารของหนี้สาธารณะ

พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 4

“หนี้สาธารณะ” หมายความว่า หนี้ที่กระทรวงการคลัง หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ กู้หรือหนี้ที่กระทรวงการคลังค้ำประกัน แต่ไม่รวมถึงหนี้ของรัฐวิสาหกิจที่ทำธุรกิจให้กู้ยืมเงิน ธุรกิจบริหารสินทรัพย์หรือธุรกิจประกันสินเชื่อ โดยกระทรวงการคลังไม่ได้ค้ำประกัน และหนี้ของธนาคารแห่งประเทศไทย

“การบริหารหนี้สาธารณะ” หมายความว่า การก่อหนี้โดยการกู้หรือการค้ำประกันการชำระหนี้ การปรับโครงสร้างหนี้และการดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้องกับหนี้สาธารณะ

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรมหรือส่วนราชการที่มีชื่อเรียกอย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ส่วนราชการสังกัดรัฐสภา ศาล และหน่วยงานอื่นของรัฐ แต่ไม่รวมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจ

“องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” หมายความว่า องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่มีกฎหมายจัดตั้ง

เมื่อพิจารณาถึงคำจำกัดความตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 4 สามารถสรุปได้ว่า “หนี้สาธารณะ” หมายความว่า หนี้ที่กระทรวงการคลัง กระทรวง ทบวง กรมหรือส่วนราชการที่มีชื่อเรียกอย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ส่วนราชการสังกัด รัฐสภา ศาล และหน่วยงานอื่นของรัฐ (ไม่รวมองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่มีกฎหมายจัดตั้ง) หรือรัฐวิสาหกิจ กู้หรือหนี้ที่กระทรวงการคลังค้ำประกัน แต่ไม่รวมถึงหนี้ของรัฐวิสาหกิจที่ทำธุรกิจให้กู้ยืมเงิน ธุรกิจบริหารสินทรัพย์หรือธุรกิจประกันสินเชื่อ โดยกระทรวงการคลังไม่ได้ค้ำประกัน และหนี้ของธนาคารแห่งประเทศไทย

3.2 วัตถุประสงค์ของการก่อหนี้สาธารณะ

มีผู้อธิบายวัตถุประสงค์ของการก่อหนี้สาธารณะไว้ว่า “...รัฐจำเป็นต้องหารายได้สาธารณะ (Public Revenue) ให้เพียงพอจ่ายรายจ่ายสาธารณะ (Public Expenditure)...ในกรณีที่รัฐมีรายได้

ไม่เพียงพอ เพื่อให้การบริหารและการพัฒนาประเทศเป็นไปอย่างต่อเนื่อง รัฐบาลจึงมีความจำเป็นต้องออกพันธบัตรสาธารณะ ซึ่งพันธบัตรสาธารณะถือเป็นเครื่องมือทางการคลังประเภทหนึ่งที่เป็นรายรับของรัฐ (Public Receipt) ซึ่งจะต้องมีการชำระหนี้คืนในภายหลัง...”¹¹

พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 20 “ให้กระทรวงการคลังกู้เงินได้เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) ขดเคยการขาดดุลงบประมาณหรือเมื่อมีรายจ่ายสูงกว่ารายได้
- (1/1) บริหารสภาพคล่องของเงินคงคลัง
- (2) พัฒนาเศรษฐกิจและสังคม
- (3) ปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะ
- (4) ให้หน่วยงานอื่นกู้ต่อ
- (5) พัฒนาตลาดตราสารหนี้ในประเทศ

เงินบาทหรือเงินตราต่างประเทศที่ได้รับจากการกู้เงินตาม (2) ถึง (5) ให้นำไปใช้ได้ตามวัตถุประสงค์ของการกู้เงินหรือตามที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติโดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง”

จึงอาจกล่าวได้ว่ารัฐบาลมีหน้าที่ต้องสร้างรายได้เพื่อให้เพียงพอกับรายจ่ายที่ใช้ในการบริหารจัดการประเทศและในกรณีที่รัฐประสบปัญหาทางเศรษฐกิจจนกระทั่งรายได้ไม่เพียงพอในขณะที่การบริหารและการพัฒนาสังคมประเทศจำเป็นต้องดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง การก่อหนี้โดยการกู้ยืมได้เงื่อนไขที่ว่ากระทรวงการคลังชอบที่จะยื่นกู้เงินจากแหล่งทุนได้แต่เฉพาะเพื่อนำมาชดเชยการขาดดุลงบประมาณ บริหารสภาพคล่องของเงินคงคลัง พัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะ ให้หน่วยงานอื่นกู้ต่อหรือพัฒนาตลาดตราสารหนี้ในประเทศ จึงถือเป็นทางเลือกสำคัญทางหนึ่งของกระทรวงการคลังในการบริหารจัดการหนี้สาธารณะที่เกิดขึ้น

3.3 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นและความหมายของเทศบาล

3.3.1 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย

มีผู้อธิบายแนวคิดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ว่า “...อยู่ภายใต้หลักการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินในด้านหลักการกระจายอำนาจปกครอง (Décentralisation) ซึ่งเป็นวิธีการหนึ่งในการจัดการปกครองประเทศที่รัฐมอบอำนาจการปกครองบางส่วนให้กับองค์กรอื่นนอกจากองค์กรส่วนกลางเพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยให้มีความเป็นอิสระ (Autonome) ในการ

¹¹พิชิตชัย กิ่งพวง, “ระบบการกู้เงินขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นกรณีศึกษา จังหวัดอุดรธานี,” (วิทยานิพนธ์รัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันพัฒนาบริหารศาสตร์, 2556), หน้า 8.

ดำเนินการและไม่อยู่ในการบังคับบัญชาของส่วนกลาง แต่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแล (Tutelle) ของส่วนกลาง...”¹²

สำหรับการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีผู้อธิบายไว้ว่ารัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ “...ควบคุมให้ถูกต้องตามกฎหมาย ยกเลิกเพิกถอน หรือเข้าสั่งการแทนองค์กรภายใต้การควบคุมได้เท่าที่จำเป็นตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น และให้ความเห็นชอบในการดำเนินการบางอย่างขององค์กรภายใต้การควบคุมอีกด้วย โดยเฉพาะในเรื่องสำคัญ ๆ เช่น การจ่ายเงินอุดหนุนจากรัฐบาลหรือการจ่ายเงินเพื่อการลงทุน เป็นต้น...”¹³

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ในหมวด 14 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว สามารถสรุปสาระสำคัญของการปกครองส่วนท้องถิ่นได้ดังนี้

1) การจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น คำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น และความสามารถในการปกครองตนเองในด้านรายได้ จำนวนและความหนาแน่นของประชากร และพื้นที่ที่ต้องรับผิดชอบ

2) อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดูแลและจัดทำบริการสาธารณะ และกิจกรรมสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน

3) ความเป็นอิสระของท้องถิ่น ได้แก่ ความเป็นอิสระในการบริหาร การจัดทำบริการสาธารณะ การส่งเสริมและสนับสนุนการจัดการศึกษา การเงินและการคลัง

4) การบริหารงานบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ต้องใช้ระบบคุณธรรมและต้องคำนึงถึงความเหมาะสมและความจำเป็นของแต่ละท้องถิ่นและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ

5) โครงสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กำหนดให้สมาชิกสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้ง ส่วนผู้บริหารท้องถิ่นให้มาจากการเลือกตั้งหรือมาจากความเห็นชอบของสภาท้องถิ่น

6) การมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ การให้สิทธิแก่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิเข้าชื่อร่วมกันเพื่อเสนอถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น และมีสิทธิในการเข้าชื่อเสนอขอบัญญัติท้องถิ่น

¹²นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า 63.

¹³ถาวร เกียรติทับทิว, คำอธิบายกฎหมายปกครอง หลักกฎหมายปกครอง คดีปกครอง วิธีพิจารณาคดีปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549), หน้า 195.

7) การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ต้องทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศ การป้องกันการทุจริตและการใช้จ่ายเงินอย่างมีประสิทธิภาพ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมและความแตกต่างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ

สำหรับการแบ่งรูปแบบองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นผู้อธิบายไว้ว่า
“...การบริหารราชการส่วนท้องถิ่นไทยแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ คือ

(1) รูปแบบพิเศษ ได้แก่ กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา

(2) รูปแบบทั่วไป ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล...”¹⁴

3.3.2 ความหมายของเทศบาล

“เทศบาล” เป็นการปกครองส่วนท้องถิ่นในลักษณะรูปแบบหนึ่งของไทย ภายใต้หลักของการกระจายอำนาจ กล่าวคือ ราชการบริหารส่วนกลางกระจายอำนาจไปให้ประชาชนในท้องถิ่น มีอิสระที่จะดำเนินการปกครองตนเองภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยให้มีการจัดตั้งและยกฐานะเป็นเทศบาลตำบล เทศบาลเมือง และเทศบาลนคร และมีอำนาจหน้าที่ภายใต้พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติมถึงฉบับที่ 14 พ.ศ. 2562

3.4 ที่มาแห่งหนึ่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้รัฐบาลกลางต้องให้ความสำคัญแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ว่าจะเป็นด้านการบริหาร การจัดทำบริการสาธารณะ การส่งเสริมและสนับสนุนระบบการจัดการศึกษาให้กับประชาชนในท้องถิ่น การบริหารด้านเงิน และการคลัง ตามหลักแห่งการปกครองตนเองโดยผู้บริหารจำต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของประชาชนในแต่ละท้องถิ่น อีกทั้งรัฐต้องดำเนินการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายได้ของตนเอง ซึ่งอาจจะมาในรูปแบบของการจัดเก็บภาษีอากร เช่น ภาษีโรงเรือนและที่ดิน ภาษีป้าย ภาษีบำรุงท้องที่เป็นต้น นอกจากนี้แล้วรัฐก็ต้องมีส่วนช่วยส่งเสริมและพัฒนารายได้ทางอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถดำเนินการดูแลและจัดทำบริการสาธารณะและกิจกรรมสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้อย่างเพียงพอ แต่อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่หน่วยงานทางปกครองท้องถิ่นยังไม่อาจดำเนินการจัดหารายได้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างเพียงพอ รัฐก็ต้องจัดสรรงบประมาณเพื่อสนับสนุนการบริหารจัดการไปพลางก่อน ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ

¹⁴วัชรินทร์ อินทพรหม และคณะ, “รูปแบบและโครงสร้างการปกครองท้องถิ่นเปรียบเทียบกับเวียดนาม,” วารสารวิจัยราชภัฏพระนครสาขามนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ 10, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2558): 188-205.

จะเห็นได้ว่าในการกำกับดูแลและการจัดทำบริการสาธารณะที่ว่ำนั้น องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงได้รับงบประมาณรวมทั้งเงินอุดหนุนจากรัฐบาล นอกเหนือจากเงินได้ที่มาจากการจัดเก็บภาษีของตนเองด้วย แต่หากยังไม่เพียงพอกับรายจ่าย การก่อหนี้ก็เป็นอีกทางเลือกหนึ่งขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้เป็นการนำมาซึ่งรายได้เพื่อการบริหารจัดการสาธารณะภายใต้เจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นนั่นเอง เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 66 ประกอบพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 แล้ว องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายรับได้จากเงินกู้จากกระทรวง ทบวง กรม องค์การหรือนิติบุคคลต่าง ๆ และเงินกู้จากต่างประเทศ องค์การต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศซึ่งจะกระทำได้อีกเมื่อได้รับอนุญาตจากสภาเทศบาลและได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยแล้ว โดยต้องออกเป็นข้อบัญญัติท้องถิ่น ภายใต้วัตถุประสงค์ของการกู้เพื่อการดำเนินโครงการลงทุนการปรับโครงสร้างหนี้ และทุนหมุนเวียน¹⁵

3.5 การบริหารหนี้ของเทศบาล

3.5.1 การได้รับชำระหนี้

ตามระบบกฎหมายของประเทศไทย เมื่อลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ เจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับชำระหนี้เองได้ แต่ต้องใช้สิทธิทางศาล ซึ่งอาจจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 และตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2560) และระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2543 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2562) เป็นต้น¹⁶

3.5.2 การบริหารจัดการหนี้สินของเทศบาล

การบริหารจัดการหนี้สินของเทศบาลไม่มีกฎหมายที่ระบุไว้อย่างชัดเจนถึงทางออกในการแก้ไขปัญหาหนี้ มีเพียงระเบียบของคณะกรรมการนโยบายและกำกับการบริหารหนี้สาธารณะว่าด้วยหลักเกณฑ์การกู้เงินขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้กล่าวถึงการบริหารจัดการหนี้ของภาคท้องถิ่นแต่อย่างใด

¹⁵ระเบียบของคณะกรรมการนโยบายและกำกับการบริหารหนี้สาธารณะว่าด้วยหลักเกณฑ์การกู้เงินขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2561.

¹⁶เอื้อน ขุนแก้ว และวรรณยา ไข่เทียมวงศ์, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ (Reorganization Law), พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2563), หน้า 5-6.

3.6 มาตรการแก้ไขปัญหามีหนี้สินพันตัวของหน่วยงานของรัฐประเภทองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา: Chapter 9 of the US Bankruptcy Code

3.6.1 ความทั่วไป

ในช่วงวิกฤติเศรษฐกิจตกต่ำครั้งใหญ่ (Great Depression) ของโลกส่งผลกระทบต่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชน รัฐสภาจึงต้องตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหานี้สินของหน่วยงานภาครัฐ แต่ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญจึงเป็นอันใช้บังคับไม่ได้¹⁷ รัฐสภาจึงได้ตรา Municipal Bankruptcy Act ในปี ค.ศ. 1937 (พ.ศ. 2480) ขึ้น บทบัญญัติดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา เรียกว่า “Chapter 9” เพื่อช่วยเรื่องการบริหารจัดการหนี้สินของเทศบาล โดยได้นำเอาวิธีการทำแผนปรับปรุงโครงสร้างองค์กรและแผนปรับปรุงโครงสร้างหนี้จากหลักกฎหมายฟื้นฟูกิจการมาบังคับใช้โดยอนุโลม มีผลทำให้การบริหารกิจการและทรัพย์สินเป็นไปอย่างมีขั้นมีตอนและมีระยะเวลาดำเนินการอย่างชัดเจน¹⁸ กฎหมายนี้ช่วยให้เทศบาลสามารถขอความคุ้มครองจากศาลในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ทางการเงินและในระหว่างที่มีการทำแผนปรับโครงสร้างหนี้เทศบาลยังคงดำเนินกิจการขึ้นพื้นฐานเพื่อการบริหารสาธารณะต่อไปได้

มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า “แม้ Chapter 9 จะเป็นบทบัญญัติภาคหนึ่งในประมวลกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา แต่กระบวนการในการขอจัดการกิจการและทรัพย์สินตาม Chapter 9 ไม่ใช้การล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการตาม Chapter 7 และ 11 จึงเป็นบทบัญญัติเฉพาะที่เป็นเอกเทศเทศบาลในสหรัฐอเมริกาจึงไม่อาจตกอยู่ในสถานะล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการได้”¹⁹

3.6.2 สาระสำคัญของ Chapter 9 - ปรับโครงสร้างหนี้ของเทศบาล²⁰

Chapter 9 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่เทศบาลที่ประสบปัญหาทางการเงินบทนี้อนุญาตให้เทศบาลจัดทำแผนปรับโครงสร้างหนี้ของตนและยังคงให้บริการที่จำเป็นของรัฐบาลต่อไป

3.6.3 สถานะพักการชำระหนี้โดยอัตโนมัติ (Automatic Stay)

เมื่อเทศบาลยื่นคำร้องตาม Chapter 9 จะได้รับสถานะพักการชำระหนี้ทันทีโดยอัตโนมัติ เจ้าหนี้ทั้งปวงไม่สามารถใช้สิทธิทวงหนี้หรือขอให้เทศบาลชำระหนี้ได้ ซึ่งจะช่วยให้เทศบาลมีเวลาประเมินการเงินของตนและจัดทำแผนการปรับโครงสร้างหนี้

¹⁷Ashton v. Cameron County Water Imp. Dist. No. 1, 298 U.S. 513 (1936).

¹⁸Chapter 9 of the United States Bankruptcy Code, Section 90.

¹⁹มณฑล อรรถกถา และสิทธิ โสภณภิมรณ, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ: ฟ้องให้หน่วยงานรัฐล้มละลายได้หรือไม่,” วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 11, 1 (2565): 319-320.

²⁰Chapter 9 of the United States Bankruptcy Code, Section 901 to 946.

3.6.4 แผนการปรับโครงสร้างหนี้

หากศาลเห็นชอบด้วยแผนปรับโครงสร้างหนี้และมีคำสั่งอนุมัติแผนเทศบาลจะสามารถปรับปรุงโครงสร้างหนี้ได้ เช่น ขยายระยะเวลาของระยะเวลาเงินกู้ ลดจำนวนเงินต้นของหนี้ ลดอัตราดอกเบี้ยของหนี้ รีไฟแนนซ์หนี้ ออกเงินกู้ใหม่ที่มีเงื่อนไขดีกว่าเพื่อชำระหนี้เก่า ฯลฯ

3.7 ความหมายของ “หนี้สินล้นพ้นตัว”

พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวอาจถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลายได้ ถ้าลูกหนี้นั้นมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร หรือประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร ไม่ว่าด้วยตนเองหรือโดยตัวแทนในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย หรือภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีก่อนนั้น”

มาตรา 8 “ถ้ามีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้เกิดขึ้นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ฯลฯ

“หนี้สินล้นพ้นตัว” ซึ่งอาจเป็นข้อสันนิษฐานตามมาตรา 8 ว่ามีหนี้สินล้นพ้นตัว หรืออาจมีพฤติการณ์นอกเหนือจากมาตรา 8 ก็ได้ โดย “หลักคิดดั้งเดิมของการสันนิษฐานว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว หมายถึง ลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินหรือมีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้”²¹ สำหรับในคดีฟื้นฟูกิจการ “โดยหลักศาลจะพิจารณาจากบัญชีบุคคลและบัญชีสินทรัพย์และการขาดสภาพคล่องทางการเงินเป็นสำคัญ ที่ทำให้ลูกหนี้อยู่ในสภาวะไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายได้”²²

4. วิธีดำเนินการวิจัย

4.1 รูปแบบการศึกษา

เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยเริ่มจากการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) นำมาวิเคราะห์เชื่อมโยงกับแหล่งข้อมูลอื่น ๆ ในลักษณะที่เป็นสื่อสิ่งพิมพ์หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ สังเคราะห์ข้อมูลดังกล่าวเพื่อให้เกิดเป็นองค์ความรู้ใหม่

ทำการศึกษาถึงปัญหาอย่างกว้าง ๆ สืบหาข้อมูลเกี่ยวกับสภาพความเป็นจริงหรือลักษณะทั่ว ๆ ไปของสิ่งที่วิจัย ตลอดจนศึกษาข้อมูลจากแหล่งข้อมูลทุติยภูมิ (Secondary Data) ที่มีหน่วยงานหรือองค์กรอื่นได้จัดทำไว้แล้ว เช่น ข้อมูลหนี้สิน และจำนวนประชากร เป็นต้น เพื่อนำมาใช้เป็นข้อมูลในการศึกษาทำวิจัยต่อไป

²¹วิชา มหาคุณ, คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ ฉบับสมบูรณ์, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2559), หน้า 37.

²²เรื่องเดียวกัน, หน้า 301.

4.2 วิธีการวิเคราะห์ข้อมูล

การวิเคราะห์ข้อมูล (Data Analytics) เริ่มจากการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงพรรณนาถึงนี้ สาธารณะ จากนั้นนำข้อมูลดิบที่เก็บมาจากหลายแหล่งด้วยเครื่องมือที่ใช้ในงานวิจัย เช่น หนังสือ ตำรา บทความ และสื่อสิ่งพิมพ์ มาวิเคราะห์แบบเชิงวินิจฉัย (Diagnostic Analytics) เพื่อเจาะลึกลงไปถึง มาตรการการบริหารจัดการหนี้สินของเทศบาลกับผลกระทบที่มีต่อหนี้สาธารณะ พร้อมเสนอแนะ กระบวนการแก้ไขปัญหา โดยสถานที่หลักในการศึกษา (Location of the Research) ได้แก่ มหาวิทยาลัย วลัยลักษณ์และสำนักงานอัยการสูงสุด

5. ผลการวิเคราะห์

ประเทศไทยต้องเผชิญกับปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจแบบซ้ำซ้อน โดยเริ่มตั้งแต่การแพร่ระบาดของโรค COVID-19 ต่อเนื่องจากปัญหาสงครามระหว่างสหพันธรัฐรัสเซียกับยูเครนที่ส่งผลให้ราคาน้ำมัน และก๊าซธรรมชาติในตลาดโลกต้องปรับราคาสูงขึ้น ระบบเศรษฐกิจไทยเริ่มมีปัญหา รัฐบาลต้องหาทางออกด้วยวิธีการก่อกำหนดเพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับประเทศ

เมื่อได้ทำการศึกษาถึงข้อมูลจากแหล่งข้อมูลทุติยภูมิของสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ ณ มิถุนายน 2566 พบว่าประเทศไทยมียอดหนี้สะสมสูงถึง 10,923,183.46 ล้านบาท เมื่อตรวจสอบย้อนหลังก็พบว่า ตั้งแต่ พ.ศ. 2565 - พ.ศ. 2567 รัฐบาลไทยตกอยู่ในสภาวะการดำเนินงานขาดดุลงบประมาณในระดับสูงพอสมควร²³ ซึ่งอาจทำให้การคลังของรัฐบาลต้องเผชิญกับภาวะวิกฤติในอนาคต จนเกิดผลกระทบต่อสถานะทางการเงินหรือสภาพคล่องของรัฐบาล และส่งผลให้รัฐบาลต้องก่อกำหนดเพิ่มขึ้นจำนวนมาก ซึ่งโดยหลักการดำเนินนโยบายการคลังที่เหมาะสมนั้นควรจะต้องหลีกเลี่ยงการขาดดุลการคลังและการก่อกำหนดที่มากเกินไป จึงมีความเห็นว่าการกู้เงินมาเพื่อบริหารจัดการประเทศ อาจจะไม่ใช่แนวทางที่เหมาะสม “...เพราะเป็นการเพิ่มภาระรายจ่ายของรัฐบาลและหากมีหนี้มากเกินไป จะทำให้รัฐบาลไม่มีเงินเหลือเพื่อการพัฒนาประเทศ และหากอัตราดอกเบี้ยของหนี้คงค้างสูงกว่า อัตราการเติบโตของภาวะเศรษฐกิจจะทำให้เกิดความอ่อนแอและความไม่ยั่งยืนทางการคลังได้...”²⁴ ซึ่งปัญหาเศรษฐกิจระดับวิกฤติดังกล่าวได้เกิดกับบางประเทศมาแล้ว เช่น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกา²⁵ ดังนั้น ประเทศไทยควรต้องเร่งหาทางออกเพื่อแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจพัฒนาและปรับปรุงคุณภาพชีวิตของคนไทยให้ได้ดีที่สุดเช่นกัน

²³พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2565 – 2567.

²⁴วิมล ขาตะมีนา, สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ, หนี้สาธารณะและภาระทางการคลัง [Online], available URL: <http://www.fpo.go.th/FPO/admin/scripts/getpdf.php?id=2488>, 2565 (กรกฎาคม, 18).

²⁵BCC NEWS ไทย, ศรีลังกา: วิกฤตที่เกิดขึ้นในศรีลังกา กำลังส่งสัญญาณเตือนประเทศอื่น ๆ ในเอเชีย [Online], available URL: <https://www.bbc.com/thai/international-62202521>, 2565 (กรกฎาคม, 18).

มีปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่าการบริหารกิจการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นส่งผลกระทบต่อหนี้สาธารณะด้วยหรือไม่ เพราะนั่นหมายถึงความไม่ยั่งยืนทางการคลังและการขาดสภาพคล่องทางการเงินของรัฐบาลไทยแม้จากการศึกษาในเชิงลึกถึงพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 4 ซึ่งวางหลักว่า หนี้สาธารณะไม่รวมถึงหนี้สินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ตาม แต่ในท้ายที่สุดแล้วรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 250 วรรคสี่ ก็ได้ระบุว่า ในระหว่างที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังไม่อาจดำเนินการจัดระบบภาษีหรือการจัดสรรภาษีที่เหมาะสม รัฐก็ต้องจัดสรรงบประมาณเพื่อนำมาสนับสนุนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปพลางก่อน²⁶ รวมทั้งรัฐบาลกลางยังต้องส่งเสริมสนับสนุนและพัฒนาการหารายได้อื่นเพื่อให้ท้องถิ่นสามารถดำเนินการกิจกรรมสาธารณะตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้อย่างเพียงพอจึงเห็นได้ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงได้รับงบประมาณรวมทั้งเงินอุดหนุนจากรัฐบาล

นอกจากนี้ หากงบประมาณที่ได้รับมานั้นยังไม่เพียงพอต่อรายจ่าย องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังสามารถก่อหนี้ได้ด้วยวิธีการกู้ยืมเงินอีกด้วย²⁷ และจากการที่วิเคราะห์ถึงสถานะของเทศบาลซึ่งถือว่าเป็นการปกครองท้องถิ่นรูปแบบหนึ่งของไทยตามหลักการกระจายอำนาจ²⁸ ก็ชอบที่จะปรากฏรายได้จากเงินกู้ที่มีต่อกระทรวง ทบวง กรม องค์กร หรือนิติบุคคลต่าง ๆ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากสภาเทศบาล และได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยแล้ว โดยต้องออกเป็นข้อบัญญัติท้องถิ่น²⁹ ซึ่งหากเทศบาลไม่อาจวางระบบการจัดเก็บภาษีได้อย่างมีประสิทธิภาพและหรือไม่สามารถพัฒนาการดำเนินการกิจกรรมสาธารณะเพื่อให้ได้มาซึ่งรายได้เพียงพอต่อการบริหารหนี้สินที่เกิดขึ้นมาได้ รัฐก็ต้องจัดสรรงบประมาณเพื่อนำมาสนับสนุนเทศบาลไปพลางก่อน ดังนั้น หนี้อันเกิดจากการบริหารกิจการของเทศบาลจึงเป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่ทำให้หนี้สาธารณะเพิ่มสูงขึ้น

อนึ่ง แม้ว่าตามกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถกู้เงินได้ภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดโดยหลักเกณฑ์การกู้เงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นต้องเป็นไปตามระเบียบของคณะกรรมการนโยบายและกำกับการบริหารหนี้สาธารณะว่าด้วยหลักเกณฑ์การกู้เงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2561 และกระทรวงการคลังจะมีมาตรการกำกับดูแลการกู้เงินของส่วนท้องถิ่นให้อยู่ในกรอบที่เหมาะสมก็ตาม แต่ก็มีข้อสังเกตว่าการขออนุมัติงบประมาณจากรัฐบาลหรือการขอกู้เงินดังกล่าวนั้นเป็นการแก้ไขที่ไม่ตรงเหตุ และเป็นการเพิ่มภาระให้แก่เทศบาลที่นอกจากหนี้ไม่ระงับไปทั้งหมดแล้วยังก่อให้เกิดหนี้ผูกพันกับเจ้าหนี้รายใหม่อีก ดังได้ปรากฏจากกรณีตัวอย่างที่องค์การบริหารส่วนตำบล

²⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 250 วรรคสี่.

²⁷พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496, มาตรา 66 และพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542.

²⁸พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติมถึงฉบับที่ 14 พ.ศ. 2562.

²⁹ระเบียบของคณะกรรมการนโยบายและกำกับการบริหารหนี้สาธารณะว่าด้วยหลักเกณฑ์การกู้เงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2561.

น้ำท่าอุทธรณ์การกรงไทยฟ้องต่อศาลล้มละลายกลาง จนเป็นคดีขึ้นสู่ศาลฎีกามาแล้วเป็นคำพิพากษาที่ 5969/2559 ซึ่งผู้วิจัยดำเนินการค้นคว้าเพื่อหยังถึงข้อมูลในด้านของการเกิดปัญหาภาระหนี้เงินกู้ของเทศบาลตำบลน้ำท่า (องค์การบริหารส่วนตำบลน้ำท่า) จังหวัดนครพนม ก็พบว่า “...ผู้บริหารและบุคลากรยังไม่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหนี้สาธารณะ หน้าที่และขอบจำกัดอำนาจของตน รวมถึงวัตถุประสงค์ของการก่อหนี้สินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง...”³⁰ นับได้ว่าเป็นอีกหนึ่งปัญหาที่พบและนำไปสู่การเพิ่มขึ้นของยอดหนี้ให้กับองค์กร

เมื่อพิจารณาถึงมุมมองในเรื่องการบังคับชำระหนี้ตลอดจนการบังคับคดีนั้น มีข้อสังเกตที่ว่า ภายใต้แนวคิดการบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นนิติบุคคลมีฐานะเป็นหน่วยงานราชการของรัฐ ทำให้ทรัพย์สินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ย่อมไม่อาจยึดเพื่อการบังคับคดีไม่ว่าด้วยเหตุใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1307 จึงเป็นทรัพย์สินที่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 301 ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

ข้อพิจารณาต่อไปที่ว่า หากเทศบาลประสบปัญหาภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวจะเข้าสู่กระบวนการจัดการหนี้สินด้วยวิธีการตามกฎหมายล้มละลายได้หรือไม่นั้น เห็นว่ากระบวนการล้มละลายมีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมบรรดาทรัพย์สินของลูกหนี้ออกขายแล้วนำเงินมาแบ่งแก่เจ้าหนี้ที่มายื่นขอรับชำระหนี้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด โดยทรัพย์สินในคดีล้มละลายอันอาจแบ่งแก่เจ้าหนี้ได้นั้น ต้องเป็นทรัพย์สินทั้งหลายอันลูกหนี้มีอยู่ในเวลาเริ่มต้นแห่งการล้มละลายตามบทบัญญัติมาตรา 109 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 จึงต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น เมื่อเทศบาลมีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่นดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เทศบาลจึงมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องการดูแลและจัดทำบริการสาธารณะและกิจกรรมเพื่อประโยชน์ของประชาชนในเขตการปกครองทรัพย์สินของเทศบาลจึงเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินไม่อาจยึดมารวบรวมเข้าสู่กองทรัพย์สินของเทศบาลซึ่งเป็นลูกหนี้ในคดีล้มละลายได้ ทั้งยังมีกฎหมายห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของแผ่นดิน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ เพราะทรัพย์สินของแผ่นดินเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ที่โอนกันไม่ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 143 และมาตรา 1307 จึงเป็นทรัพย์สินที่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 301 ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

อนึ่ง พระราชบัญญัติล้มละลายฯ ไม่ได้ระบุนำเจ้าหนี้ฟ้องให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ดังเช่นเทศบาลให้ล้มละลายได้ก็ตาม แต่ในการพิจารณาคดีล้มละลายตามคำฟ้องของเจ้าหนี้ ต่อให้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า เทศบาลมีคุณสมบัติที่เจ้าหนี้สามารถฟ้องให้ล้มละลายได้ ศาลขอที่จะยกฟ้องด้วยเหตุผลที่ว่า “มีเหตุอื่นที่ไม่ควรให้ลูกหนี้ล้มละลาย” ทั้งนี้ เป็นไปตามพระราชบัญญัติล้มละลาย

³⁰บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 1/2555 เรื่อง ภาระหนี้เงินกู้ของเทศบาลตำบลน้ำท่า (องค์การบริหารส่วนตำบลน้ำท่า).

พุทธศักราช 2483 มาตรา 14 เพราะการฟ้องให้เทศบาลล้มละลายไม่อาจเป็นผลสำเร็จได้ดังเจตนารมณ์กฎหมาย เนื่องจากไม่สามารถจัดการชำระหนี้สินได้นั่นเอง นอกจากนี้ ยังมีข้อยืนยันจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5969/2559 ว่าเจ้าหนี้ไม่อาจร้องขอให้หน่วยงานของรัฐตกเป็นบุคคลล้มละลายได้ เพราะเจ้าหนี้สามารถได้รับการชำระหนี้ของส่วนราชการได้โดยการเบิกจ่ายเงินจากงบประมาณแผ่นดิน

ทางเลือกที่น่าพิจารณาประการต่อมาหากเทศบาลจะแก้ไขปัญหาสภาพคล่องทางการเงินของด้วยวิธียื่นคำร้องฟื้นฟูกิจการ (Reorganization) หรือปรับโครงสร้างหนี้และการจัดองค์กรของลูกหนี้ใหม่ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 นั้น ก็ไม่อาจทำได้เช่นกัน ทั้งนี้ เนื่องจากเทศบาลซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐไม่ใช่บุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งตามนิยามคำว่า “ลูกหนี้หรือหน่วยงานของรัฐ” ที่จะมีสิทธิร้องขอให้มีการฟื้นฟูกิจการของตนได้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 90/1, มาตรา 90/2 และมาตรา 90/4

ปัจจุบันการจะได้รับชำระหนี้ของส่วนราชการนั้นเจ้าหนี้สามารถกระทำได้โดยวิธีการเบิกจ่ายเงินจากงบประมาณแผ่นดิน แต่ก็ต้องผ่านรัฐสภาตราเป็นพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณฯ ซึ่งมีขั้นตอนและกระบวนการที่ยุ่งยากและเกิดผลเสียต่อบรรดาเจ้าหนี้ของส่วนราชการไม่น้อย โดยเฉพาะแหล่งเงินทุนภายในประเทศผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไปหากไม่ได้รับงบประมาณรายจ่ายเพื่อการรับชำระหนี้ และถึงแม้ว่าจะมีความเป็นไปได้จากเงินงบประมาณแผ่นดินเพื่อการชำระก็ตาม แต่ก็ดูเหมือนว่าเป็นการผลักภาระแก่การคลังของภาครัฐจนเกินสมควร ซึ่งหากรัฐบาลไม่เตรียมความพร้อมไว้ก่อนล่วงหน้าย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และจากการเก็บรวบรวมข้อมูลเพื่อทำการศึกษายังพบว่า นอกจากระเบียบของคณะกรรมการนโยบายและกำกับการบริหารหนี้สาธารณะว่าด้วยหลักเกณฑ์การกู้เงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2561 แล้วประเทศไทยก็ยังไม่มียกกฎหมายที่เป็นแนวทางปฏิบัติอย่างชัดเจนเพื่อการบริหารจัดการหนี้สินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และถึงแม้ว่าประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้กล่าวถึงการบริหารจัดการหนี้ของภาคท้องถิ่นแต่อย่างใด ซึ่งหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือเทศบาลยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการบริหารจัดการหนี้ในส่วนของตน ก็อาจเกิดผลกระทบตามมาต่อรัฐบาลประเทศได้ในระยะยาว เมื่อเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาที่ได้มีการนำเอา Chapter 9 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลาย (The United States Bankruptcy Code) มาใช้แก้ไขปัญหานี้สินให้กับหลากหลายเมือง เช่น Orange County, California, Jefferson County, Alabama³¹ หรือแม้แต่เทศบาลเมือง Detroit

³¹John Gramlich, **Stateline Article** [Online], available URL: https://www-pewtrusts-org.translate.google/en/research-and-analysis/blogs/stateline/2011/11/22/municipal-bankruptcy-explained-what-it-means-to-file-for-chapter-9?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=th&_x_tr_hl=th&_x_tr_pto=sc, 2565 (กรกฎาคม, 18).

ที่มียอดหนี้สูงถึง 1.85 หมื่นล้านดอลลาร์และเข้าสู่ภาวะไม่สามารถชำระหนี้ได้ ก็ใช้สิทธิยื่นเรื่องขอจัดการกิจการและทรัพย์สินภายใต้ Chapter 9 เช่นกัน³² ทำให้เห็นได้ว่าประเทศไทยยังขาดกฎหมายในด้านวิธีการจัดการกิจการและทรัพย์สินหรือหนี้สินสำหรับลูกหนี้ประเภทองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หากประเทศไทยมีวิธีการบริหารจัดการหนี้สินตามประมวลกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา Chapter 9 (The United States Bankruptcy Code) แล้วเทศบาลอาจหลุดพ้นจากสภาวะการมีหนี้สินผูกพันได้ดังที่ปรากฏขึ้นในเทศบาลเมือง Detroit

6. สรุปและอภิปรายผลการวิจัย

จากการศึกษาวิจัยพบว่า มาตรการการบริหารจัดการหนี้สินของเทศบาลส่งผลกระทบต่อหนี้สาธารณะ การขอรับชำระหนี้จากเทศบาลตามกฎหมายไทยไม่อาจบังคับได้เช่นเดียวกับแนวทางตามกฎหมายเอกชน เพราะมีข้อจำกัดในการบังคับคดี รวมทั้งการดำเนินกระบวนการล้มละลายและฟื้นฟูกิจการในกรณีที่ลูกหนี้เป็นหน่วยงานของรัฐก็ไม่อาจดำเนินการได้ แต่ผู้วิจัยได้ศึกษาถึงทางออกด้วยวิธีการขอปรับโครงสร้างหนี้ตาม Chapter 9 of US Bankruptcy Code โดยวิเคราะห์ถึงความแตกต่างระหว่างมาตรการแก้ไขปัญหาการมีหนี้สิน วิธีการจัดการกิจการและทรัพย์สิน ตลอดจนการจัดทำแผนปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของเทศบาลตามกฎหมายไทยกับ Chapter 9 of US Bankruptcy Code เพราะหากรัฐบาลยังไม่มีมาตรการแก้ไขปัญหาการขาดดุลงบประมาณ (budget deficit) ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อเป็นช่องทางการช่วยเหลือในการจัดการกิจการและทรัพย์สินขึ้นมา ในอนาคตแม้ว่าโดยสภาพและตามกฎหมายศาลจะไม่สามารถสั่งให้รัฐบาลล้มละลายตามกฎหมายได้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี สภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของรัฐก็อาจเกิดขึ้นได้ตามความเป็นจริง

ในขณะที่หลายฝ่ายกำลังมองว่า Chapter 9 เป็นการพ้องให้เทศบาลล้มละลายหรือการร้องขอฟื้นฟูกิจการอย่างหนึ่งซึ่งไม่อาจบังคับใช้ได้กับประเทศไทย เพราะผิดต่อหลักทฤษฎีทางกฎหมายด้านการบังคับชำระหนี้ แต่เมื่อพิจารณาถึงโครงสร้างทางปกครองของเทศบาลไทยแล้วก็ไม่แตกต่างจาก Municipality แต่อย่างใด และแม้ Chapter 9 จะถูกบัญญัติอยู่ใน The U.S. Bankruptcy Code ก็ตาม แต่กระบวนการในการขอจัดการกิจการและทรัพย์สินตาม Chapter 9 เป็นบทบัญญัติเฉพาะที่ไม่เป็นเงื่อนไขของบทบัญญัติในส่วนอื่น หากแต่มีการนำ Chapter 7 และ Chapter 11 มาปรับใช้ได้โดยอนุโลมบางเรื่องบางตอนเท่าที่ไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์หรือหลักการขอจัดการกิจการและทรัพย์สินของ Chapter 9 ดังนั้น แม้แต่เทศบาลในสหรัฐอเมริกาเองก็ไม่สามารถล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการได้เช่นเดียวกับประเทศไทย แต่สามารถยื่นคำขอต่อศาลเพื่อจัดการกิจการและทรัพย์สิน Chapter 9 ซึ่งเป็นบทเฉพาะที่บัญญัติไว้เพื่อแก้ไขปัญหานี้สินให้กับเทศบาลได้

³² กรุงเทพธุรกิจ, เปิดคำตัดสินศาลหลังดีทรอยต์ล้มละลาย [Online], available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/world/547939, 2565> (กรกฎาคม, 18).

ข้อพิจารณาประการต่อมาคือ เทศบาลอยู่ในสถานะที่จะใช้มาตรการแก้ไขปัญหานี้ขึ้นตาม Chapter 9 ได้หรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาถึงเกณฑ์มาตรฐานที่ใช้กันอย่างแพร่หลายสำหรับการเริ่มต้นดำเนินกระบวนการล้มละลาย ได้แก่ สภาพคล่อง กระแสเงินสด หรือการหยุดการชำระหนี้³³ ดังนั้น หากเทศบาลเกิดสถานการณ์ยุ่งยากทางการเงินและตกอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานว่ากำลังมีหนี้สินล้นพ้นตัว³⁴ ก็ย่อมเข้าเกณฑ์การใช้สิทธิยื่นคำร้องขอจัดกิจการและทรัพย์สินตาม Chapter 9 เพื่อจัดทำแผนปรับโครงสร้างหนี้ในอนาคตก่อนที่จะผลกระทบความรับผิดชอบไปสู่รัฐบาล และเข้าสู่ข้อกำหนดการบรรเทาภาวะวิกฤตทางการเงินเป็นการชั่วคราว เพื่อให้ลูกหนี้สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ซึ่งเรียกว่าสถานะพักการชำระหนี้อัตโนมัติอันเป็นวิธีการเพื่อให้เทศบาลได้มีโอกาสหยุดพักการชำระหนี้โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างเจ้าหนี้ทั้งหลายกับลูกหนี้เป็นสาระสำคัญ

7. ข้อเสนอแนะในการวิจัย

1) สร้างมาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหานี้ขึ้นของเทศบาล วิธีการจัดกิจการและทรัพย์สิน ตลอดจนการจัดทำแผนปรับโครงสร้างหนี้ เพื่อลดภาระให้กับรัฐบาลที่ต้องกำหนดงบประมาณแผ่นดินในการชำระหนี้ ส่งผลต่อความมั่นคงทางการคลังซึ่งเป็นประโยชน์โดยรวมของประชากรประเทศ โดยศึกษาร่วมกับมาตรการทางกฎหมายต่างประเทศ Chapter 9, Title 11, United States Code ซึ่งอาจกำหนดเป็นแนวทางได้ ดังนี้

(1) จัดทำแผนระหว่างเทศบาลกับเจ้าหนี้เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้เจรจากับเจ้าหนี้เพื่อเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของหนี้ จัดทำแผนปรับโครงสร้างหนี้ในอนาคต ก่อนที่จะผลกระทบความรับผิดชอบไปสู่รัฐบาล โดยนำ Chapter 9, Title 11, United States Code มาเป็นหลักโดยกำหนดวิธีการ เงื่อนไขให้สอดคล้องกับบริบทในประเทศไทย เช่น กำหนดหลักเกณฑ์การบริหารหนี้ท้องถิ่นให้กับเทศบาล โดยสามารถขอความคุ้มครองจากศาลในกรณีที่เกิดภาวะวิกฤตการณ์ทางการเงิน และกำหนดให้กิจกรรมเพื่อประโยชน์ของสาธารณะยังคงดำเนินต่อไปได้แม้ว่าจะอยู่ระหว่างปรับปรุงโครงสร้างหนี้ขององค์กร

(2) อนุญาตให้แต่เฉพาะเทศบาลที่อยู่ในสถานะมีหนี้สินล้นพ้นตัวโดยพิสูจน์จากการขาดดุลงบประมาณ ทั้งนี้ จะต้องกำหนดอัตราการขาดดุลไว้อย่างชัดเจนแน่นอนเพื่อจะได้กำหนดถึงคุณสมบัติในการร้องขอต่อศาลโดยต้องอยู่ภายใต้หลักสุจริตในการเจรจาข้อตกลงกับเจ้าหนี้ของตนและสมัครใจ

³³กระทรวงยุติธรรม กรมบังคับคดี, แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL) (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรม กรมบังคับคดี, 2542), หน้า 61.

³⁴พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, มาตรา 8.

ที่จะวางแผนเพื่อแก้ไขปัญหาหนี้สินอย่างแท้จริง อีกทั้งต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานซึ่งกำกับดูแลเทศบาลนั้น ๆ เช่น จังหวัดหรืออำเภอแล้วแต่กรณี

(3) ให้อยู่ในสภาวะพักชำระหนี้ หยุดการดำเนินการเรียกเก็บเงินทั้งหมดกับเทศบาล เพื่อให้เทศบาลมีเวลาในการประเมินการเงินและหาแผนที่ดีที่สุดในการปรับโครงสร้างหนี้และก้าวไปข้างหน้า

(4) ภายหลังจากที่เทศบาลขอคุ้มครองจากศาลในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ทางการเงินตามแนวทางของ Chapter 9, Title 11, United States Code แล้วให้การเงินของเทศบาลย้ายไปอยู่ในการกำกับดูแลของศาลล้มละลายกลาง โดยควรมีเจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องมาจากหลากหลายวิชาชีพ อาทิ นักบัญชี เศรษฐศาสตร์ นักวิเคราะห์นโยบายและแผน นักวิจัยและนักวิชาการที่เกี่ยวข้องในศาสตร์การบริหารกิจการและการตลาด ทั้งนี้ เพื่อประสิทธิผลของการดำเนินงาน

(5) ภายหลังจากที่ศาลรับคำร้องขอจากเทศบาลแล้ว ให้เทศบาลจัดทำแผนการชำระหนี้ใหม่ โดยให้เทศบาลมีอิสระในการเจรจากับเจ้าหนี้โดยอาจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ อาทิ ขยายระยะเวลาชำระหนี้เงินกู้เพื่อให้จำนวนเงินที่ชำระปกติลดลง ลดจำนวนต้นเงินที่ค้างชำระในหนี้ การปรับลดอัตราดอกเบี้ยหนี้ (Hair Cut) การรีไฟแนนซ์หนี้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือการออกเงินกู้ใหม่ที่มียกเว้นข้อดีกว่าเพื่อชำระคืนเงินกู้เก่า

อนึ่ง คำร้องขอเพื่อบริหารจัดการหนี้สินของเทศบาลนี้จะสมบูรณ์ก็เมื่อผู้พิพากษาเห็นชอบด้วยกับแผนการปรับโครงสร้างองค์กรและแผนปรับโครงสร้างหนี้ ส่วนระยะเวลาการดำเนินการตามแผนมากนักน้อยแค่ไหนขึ้นอยู่กับจำนวนหนี้ จำนวนเจ้าหนี้ และความซับซ้อนของปัญหา

2) สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะควรมีบทบาทสำคัญในการให้ความรู้และเป็นที่ปรึกษาให้คำแนะนำแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับแนวทาง และวิธีการในการก่อหนี้ การบริหารความเสี่ยงหนี้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมทั้งการให้ความรู้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับการกู้เงินของกระทรวงการคลังเพื่อนำมาให้ท้องถิ่นกู้ต่อ ทั้งนี้ เพื่อรองรับความเสี่ยงในอนาคต

3) ส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหารายได้เพิ่มเติมจากการสร้างฐานรายได้ใหม่ การควบคุมสัดส่วนของรายจ่ายประจำ และการเพิ่มสัดส่วนของรายจ่ายลงทุนเพื่อปรับโครงสร้างและยกระดับภาพเศรษฐกิจในระยะยาว

4) ควรนำเอาระเบียบวิธีการที่กำหนดไว้ตาม พ.ร.บ. การบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาบัญญัติเป็นกฎหมายสำหรับการบริหารหนี้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแทนระเบียบของคณะกรรมการนโยบายและกำกับการบริหารหนี้สาธารณะว่าด้วยหลักเกณฑ์การกู้เงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2561

บรรณานุกรม

- กระทรวงการคลัง. สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ. **หนี้สาธารณะ: บริหารหนี้สาธารณะให้มีต้นทุนที่เหมาะสมภายใต้กรอบความเสี่ยงที่กำหนด** [Online]. Available URL: <https://www.pdmo.go.th/th/public-debt/debt-outstanding>, 2566 (สิงหาคม, 29).
- _____. สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. **มาตรการด้านภาษีและค่าธรรมเนียมเพื่อบรรเทาผลกระทบจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ในปี 2564** [Online]. Available URL: <https://www.mof.go.th/th/detail/2020-04-03-10-20-57/2021-01-28-09-05-50>, 2564 (มกราคม, 27).
- กษิต์เดช คำพูน. **เปิดได้พรหมหนี้สาธารณะไทย ‘หนี้’ อะไรซุกซ่อนอยู่บ้าง ?** [Online]. Available URL: <https://www.the101.world/hidden-public-debt/>, 2566 (กุมภาพันธ์, 2).
- กระทรวงยุติธรรม. กรมบังคับคดี. **แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL)**. กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรม กรมบังคับคดี, 2542.
- ถาวร เกียรติพิทักษ์. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง หลักกฎหมายปกครอง คดีปกครอง วิธีพิจารณา คดีปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549.
- ไทยพับลิก้า. **ประเด็นสืบสวน 8 ปี รัฐบาลประยุทธ์ สร้าง-ซุกหนี้ไว้เท่าไร** [Online]. Available URL: <https://thaipublica.org/2022/07/open-data-quasi-fiscal-activities/>, 2565 (กรกฎาคม, 3).
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. **กฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 4 (แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- พัชราพรรณ กิจพันธ์. **ประเทศไทยสู่สังคมผู้สูงอายุ Aging society in Thailand** [Online]. Available URL: <https://he01.tci-thaijo.org/index.php/fdajournal/article/download/148372/109161/>, 2561 (กันยายน, 19).
- พิชิตชัย กิ่งพวง. “ระบบการกู้เงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกรณีศึกษา จังหวัดอุดรธานี.” **วิทยานิพนธ์รัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์**, 2556.
- ไพโรจน์ วายภาพ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้**. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561.
- โพสต์ Post Today. **ประเทศถึงแตกเป็นอย่างไร?** [Online]. Available URL: <https://www.posttoday.com/international-news/632978>, 2563 (กันยายน, 15).

- มณฑล อรรถพลยุคล และสิทธิ โสภณภิมย์. “คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: ฟ้องให้หน่วยงานรัฐล้มละลายได้หรือไม่.” วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 11,1(มิถุนายน 2565): 319-320.
- วัชรินทร์ อินทพรหม และคณะ. “รูปแบบและโครงสร้างการปกครองท้องถิ่นเปรียบเทียบกับเวียดนาม.” วารสารวิจัยราชภัฏพระนครสาขามนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ 10, 1 (มกราคม- มิถุนายน 2558): 188-205.
- วิชา มหาคุณ. คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการฉบับสมบูรณ์. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2559.
- วิมลชาตะมีนา. “ทำไมจึงต้องบริหาร...ความเสี่ยงทางการคลัง.” วารสารการเงินการคลัง 19, 60 (2550): 75-87.
- _____. สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ. หนี้สาธารณะและภาระทางการคลัง [Online]. Available URL: <http://www.fpo.go.th/FPO/admin/scripts/getpdf.php?id=2488>, 2560 (กันยายน, 15).
- ศิริชัย กุมารจันทร์. คำอธิบายกฎหมายปกครองท้องถิ่น. สงขลา: ห้างหุ้นส่วนสามัญ หาดใหญ่ ดิจิตอล พรินท์, 2561.
- สำนักงานงบประมาณของรัฐบาล. สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. “รายงานการวิเคราะห์ของสำนักงานงบประมาณของรัฐบาล ฉบับที่ 11/2560 การบริหารหนี้สาธารณะกับภาระทางคลังในอนาคต DEBT/GDP.” (2560).
- สำนักงานงบประมาณของรัฐบาล. สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. “วิเคราะห์งบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2564: องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น.” (2564).
- สำนักวิชาการ. สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ถอดบทเรียนวิกฤตต้มยำกุ้งผ่านเศรษฐกิจประเทศไทยและภูมิภาคอาเซียน [Online]. Available URL: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=45243, 2560 (สิงหาคม, 19).
- อุดม ทุมโฆสิต. การปกครองท้องถิ่นสมัยใหม่: บทเรียนจากประเทศพัฒนาแล้ว. กรุงเทพมหานคร: แชนโพร พรินติ้ง จำกัด, 2552.
- เอื้อน ชุนแก้ว และวรรณยา ไข่มวงษ์. กฎหมายฟื้นฟูกิจการ (Reorganization Law). พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2563.
- เอื้อน ชุนแก้ว. กฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Law). พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2559.
- Academic Focus. ถอดบทเรียนวิกฤตต้มยำกุ้งผ่านเศรษฐกิจ-ประเทศไทยและภูมิภาคอาเซียน [Online]. Available URL: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=45243, 2560 (สิงหาคม, 14).

- Bangkokbiznews. **เปิดคำตัดสินศาลหลังดีทรอยด์ล้มละลาย** [Online]. Available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/world/547939,2556> (ธันวาคม, 5).
- BCC NEWS ไทย. **ศรีลังกา: วิกฤตที่เกิดขึ้นในศรีลังกากำลังส่งสัญญาณเตือนประเทศอื่น ๆ ในเอเชีย** [Online]. Available URL: <https://www.bbc.com/thai/international-62202521,2565> (กรกฎาคม, 18).
- Investing.com. **ธนาคารกลาง.อัตราแลกเปลี่ยนปัจจุบัน** [Online]. Available URL: <https://th.investing.com/central-banks/>, 2566 (สิงหาคม, 29).
- PPTV Online. **ผ่านบ.ปี 67 ครม.เห็นชอบวงเงิน 3.35 ล้านล้าน รายจ่ายพุ่ง-ขาดดุล 5.9 แสนล้าน** [Online]. Available URL: <https://www.pptvhd36.com/news/เศรษฐกิจ/188122,2566> (มกราคม, 10).
- Gramlich, John. **STATELINE ARTICLE** [Online]. Available URL: [https://www.pewtrusts-org.translate.goog/en/research-and-analysis/blogs/stateline/2011/11/22/municipal-bankruptcy-explained-what-it-means-to-file-for-chapter-9?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=th&_x_tr_hl=th&_x_tr_pto=sc,2011\(May,5\)](https://www.pewtrusts-org.translate.goog/en/research-and-analysis/blogs/stateline/2011/11/22/municipal-bankruptcy-explained-what-it-means-to-file-for-chapter-9?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=th&_x_tr_hl=th&_x_tr_pto=sc,2011(May,5)).
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.
- พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2561.
- พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2549.
- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2560.
- พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2562.
- พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2561.
- ระเบียบของคณะกรรมการนโยบายและกำกับการบริหารหนี้สาธารณะว่าด้วยหลักเกณฑ์การกู้เงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2561.
- ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2562.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5969/2559.

จิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชน
ภายใต้พัฒนาการรัฐธรรมนูญไทย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์มงคล เจริญจิตต์

จิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้พัฒนาการรัฐธรรมนูญไทย* Volksgeist on Human Rights Principle according to Thai Constitution Development

ผู้ช่วยศาสตราจารย์มงคล เจริญจิตต์**
Assistant Professor Mongkol Jaroenjit

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยการวิจัยเอกสาร เพื่อศึกษาแนวคิดจิตวิญญาณประชาชนตามแนวคิดสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ และค้นหาข้อเท็จจริงทางกฎหมายจากพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชน เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ลักษณะจิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชน จากเอกสาร หนังสือ ตำรา บทความวิชาการ บทความวิจัย รัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาศาล ทำการวิเคราะห์ข้อมูลด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) ผลการวิจัยสรุปได้ดังนี้

แนวคิดจิตวิญญาณประชาชนตามสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ เปรียบเสมือนความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของคนในชาติที่เติบโตเปลี่ยนแปลงไปตามพัฒนาการของสังคม ซึ่งส่งผลกระทบต่อกระบวนการบัญญัติกฎหมาย โดยประกอบด้วย 4 องค์ประกอบสำคัญ คือ 1) ความรู้ความเข้าใจทางกฎหมายของประชาชน 2) สำนึกร่วมของประชาชน 3) แบบแผนและพฤติกรรมของประชาชน และ 4) การมีส่วนร่วมของประชาชน

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “จิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้พัฒนาการรัฐธรรมนูญไทย” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครราชสีมา ประจำปี พ.ศ. 2566.

This research article is part of the research entitled “Volksgeist on Human Rights Principle according to Thai Constitution Development.” This research is funded by Faculty of Humanities and Social Sciences, Nakhonratchasima Rajabhat University, 2023.

**อาจารย์ประจำคณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครราชสีมา; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 1) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; น.ม. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. E-mail: mongkol.ja@hotmail.com

Lecturer in law at Faculty of Humanities and Social Sciences, Nakhon Ratchasima Rajabhat University; LL.B. (First Class Honor) Chiang Mai University; LL.M Chiang Mai University.

วันที่รับบทความ (received) 6 กุมภาพันธ์ 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 28 มีนาคม 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 10 เมษายน 2567.

ข้อเท็จจริงทางกฎหมายจากพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน เมื่อพิจารณาตามปณิญาสาเกล้าด้วยสิทธิมนุษยชนที่กำหนดสิทธิไว้ทั้งสิ้น 28 ข้อ พบว่า จากรัฐธรรมนูญทั้ง 20 ฉบับปรากฏสูงสุด 27 ข้อ ปรากฏบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกในปี พ.ศ. 2475 แต่เริ่มคุ้มครองกว้างขวางในฉบับที่ 5 พ.ศ. 2492 และครอบคลุมที่สุดในฉบับที่ 16 พ.ศ. 2540, ฉบับที่ 18 พ.ศ. 2550 และฉบับที่ 20 พ.ศ. 2560 โดยไม่เคยปรากฏสิทธิของผู้ลี้ภัยเลย แต่ปรากฏการคุ้มครองเสรีภาพในการนับถือศาสนาเสมอ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญในช่วงปฏิวัติหรือรัฐประหารแทบไม่ปรากฏเนื้อหาที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชน

จากคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองสูงสุด และศาลฎีกา พบว่าในช่วงแรกศาลรัฐธรรมนูญไม่ค่อยวินิจฉัยในทิศทางที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนเท่าใดนัก แต่ภายหลังมีการวินิจฉัยอ้างอิงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนมากขึ้น ส่วนศาลปกครองสูงสุด มักพิพากษาว่าการดำเนินการทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหากดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอน แม้อาจจะจะมีลักษณะกระทบต่อสิทธิมนุษยชน สำหรับศาลฎีกาไม่ค่อยปรากฏการพิพากษาเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยจะวินิจฉัยตามเนื้อหาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเท่านั้น

จิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้พัฒนาการรัฐธรรมนูญไทย พบว่าได้มีการก่อร่างสร้างตัวขึ้นทีละเล็กทีละน้อยในรัฐธรรมนูญ แต่ในช่วงแรกไม่ค่อยยืนยันถึงสิทธิมนุษยชนและพัฒนาจนมีการนำหลักการด้านสิทธิมนุษยชนมาบัญญัติคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ ด้วยการเปลี่ยนแปลงถึง 20 ฉบับ ทำให้เนื้อหาแห่งสิทธิไม่มีความมั่นคง ขาดความชัดเจน ไม่ต่อเนื่อง และไม่ถูกยืนยันอย่างแท้จริง ปรากฏเนื้อหาที่ให้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิของบุคคลได้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ประชาชนมีการรับรู้ซึ่งสิทธิมนุษยชน แต่การคุ้มครองยังไม่เกิดขึ้นอย่างจริงจังแท้จริงในกระบวนการยุติธรรม

คำสำคัญ: จิตวิญญาณประชาชน, สิทธิมนุษยชน, รัฐธรรมนูญ

Abstract

This qualitative research employs documentary research to explore the concept of *volksgeist* within historical school of law and to compile legal facts related to human rights principle across the development of Thai Constitution. The primary objective is to analyze the essence of *volksgeist* concerning the principles of human rights. The data used in this research was systematically gathered from an array of sources, including books, textbooks, academic articles, research publication, constitutions, court decisions or judgements. Content analysis is used to analyze collected data. The results are summarized below.

In accordance with the legal principles of the historical school of law, the concept of *volksgeist* is comparable to the collective conscience of the people, resembling the inherent moral responsibility within a nation. This concept evolves alongside societal development and significantly influences the legislative process. It consists of four essential components: 1) the legal knowledge and understanding of the citizens, 2) the shared collective consciousness of the people, 3) the patterns and behavior exhibited by the people, and 4) the active participation by the citizens.

In examining the evolution of the Thai Constitution concerning human rights, it is observed that out of the 20 versions of the constitution, the maximum number of 27 articles explicitly pertain to the protection of human rights. This commitment to human rights protection commenced with the first constitution in 1932, but expanded significantly in the 5th constitution in 1949, reaching its most comprehensive coverage in the 16th constitution in 1997, the 18th constitution in 2007, and the 20th constitution in 2017. Notably, the rights of refugees have never been explicitly addressed in any version, while freedom of religion consistently receives explicit protection. During revolutionary or coup periods, the constitutional content safeguarding human rights is notably absent.

Judicial reviews by the Constitutional Court, the Supreme Administrative Court, and the Supreme Court reveal that, initially, the Constitutional Court rarely adjudicated cases protecting human rights. However, in later years, it increasingly referenced human rights principles in its judgments. The Supreme Administrative Court

tends to consider government actions lawful if they adhere to legal procedures, even if they may impact human rights. Conversely, the Supreme Court seldom renders judgments explicitly for the protection of human rights, generally adjudicating based on statutory provisions.

The concept of *volksgeist* in relation to human rights principles within the evolution of the Thai Constitution reveals a gradual and incremental development. Initially, there was limited affirmation of human rights, and it evolved slowly over the various versions of the constitution. The content of human rights underwent changes in all 20 versions, resulting in a lack of consistency, clarity, continuity, and genuine affirmation of rights. It is evident that the constitutional provisions related to human rights have been constructed in a manner that allows the state to restrict individual rights. While the populace is aware of human rights, yet genuine protection remains elusive within the judicial process.

Keywords: *volksgeist*, human rights, constitution

1. บทนำ

ประเทศไทยปกครองภายใต้ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 ซึ่งหลักการที่สำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย คือ การปกป้องและคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค ความเท่าเทียมกันของประชาชน¹ ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชน โดยมีการประกันสิทธิมนุษยชนนี้ในลักษณะของสิทธิและเสรีภาพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับ แต่บางฉบับก็ไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญ (หรือเรียกชื่ออย่างอื่น) ที่เกิดขึ้นในช่วงที่มีการรัฐประหาร

พัฒนาการของรัฐธรรมนูญที่ยาวนานกว่า 90 ปี และมีรัฐธรรมนูญที่ใช้ในการปกครองประเทศ รวมถึงเพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนจนถึงปัจจุบันทั้งสิ้น 20 ฉบับ นั้น จะมีข้อเท็จจริงใดในทางกฎหมายอันปรากฏเป็นหลักฐานแน่ชัดที่สามารถสะท้อนจิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักการด้านสิทธิมนุษยชนตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือยังต้องมีพัฒนาการของรัฐธรรมนูญ ด้วยกระบวนการพิจารณาตามแนวคิดของสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ ซึ่งเชื่อว่าเป็นที่มาสำคัญของการกำหนดกฎหมายที่สอดคล้องกับวิถีชีวิตของประชาชน เพื่อให้เห็นถึงสำนึกร่วมกันของคนในชาติว่ารัฐธรรมนูญคือหลักกฎหมายที่สำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้ให้กับประชาชนอย่างแท้จริง ซึ่งจะสามารถนำความรู้ที่เกิดขึ้นไปพัฒนาทั้งด้านการพัฒนากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย ความร่วมมือในการปฏิบัติตามกฎหมายของประชาชนให้เกิดประสิทธิภาพมากขึ้นต่อไปในอนาคต

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาแนวคิดจิตวิญญาณประชาชนตามแนวคิดสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์
- 2) เพื่อศึกษาข้อเท็จจริงทางกฎหมายจากพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชน
- 3) เพื่อศึกษาจิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้พัฒนาการรัฐธรรมนูญไทย

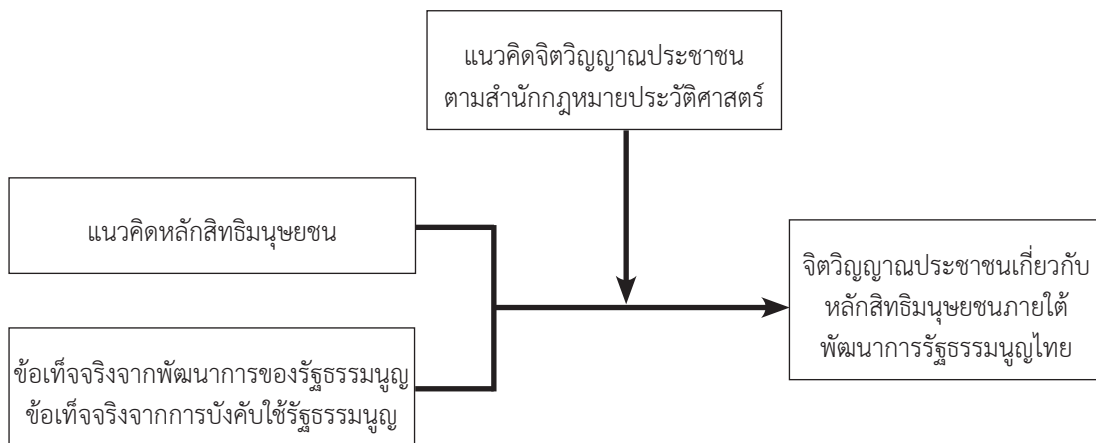
¹ศูนย์ศึกษาประชาธิปไตย, หลักการสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตย [Online], available URL: http://www.ect.go.th/dec/ewt_news.php?nid=71&filename=index, 2566 (มกราคม, 2566).

3. ระเบียบวิธีวิจัย

วิธีการที่ใช้ในการดำเนินการวิจัย เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ระยะ ประกอบไปด้วย ระยะที่ 1 ศึกษาแนวคิดจิตวิญญาณประชาชนตามแนวคิดสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ ระยะที่ 2 ศึกษาข้อเท็จจริงทางกฎหมายจากพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชน และระยะที่ 3 ศึกษาลักษณะจิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้พัฒนาการรัฐธรรมนูญไทย โดยทำการศึกษาจากเอกสาร หนังสือ ตำรา บทความวิชาการ บทความวิจัย รัฐธรรมนูญที่เป็นเอกสารปฐมภูมิ หากไม่สามารถหาได้จะทำการศึกษาจากเอกสารในระดับทุติยภูมิ รวมถึงข้อมูลในระบบออนไลน์ที่ถูกบันทึกไว้จากหน่วยงานที่น่าเชื่อถือ และศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกา ตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำชี้ขาดของศาลปกครองสูงสุด ตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครอง อันเป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนในทางปฏิบัติ และทำการวิเคราะห์ข้อมูลด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) ทำการจัดหมวดหมู่ข้อมูลที่มีความสัมพันธ์กันและวิเคราะห์ความเชื่อมโยงของหมวดหมู่ ทำการวิเคราะห์ข้อมูลด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) ทำการจัดระเบียบข้อมูลหรือให้รหัสข้อมูล (Coding) แบบนิรนัย (Deductive) จากกรอบแนวคิดที่ได้จากระยะที่ 1 จัดหมวดหมู่ข้อมูลที่มีความสัมพันธ์กัน (Axial Coding) และวิเคราะห์ความเชื่อมโยงของหมวดหมู่ (Selective Coding)² กับข้อเท็จจริงที่ได้จากระยะที่ 2 เพื่อกำหนดเป็นกรอบแนวคิดในการวิเคราะห์ และนำเสนอกรอบแนวคิดที่มีความสัมพันธ์กันเพื่ออธิบายลักษณะจิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏตามข้อเท็จจริงในรัฐธรรมนูญ

²ชาย โพธิ์สิตา, ศาสตราจารย์และศิลปินแห่งชาติ (นครปฐม: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2547), หน้า 181-183, 361-365.

4. กรอบแนวความคิดของการวิจัย



จากกรอบแนวคิดดังกล่าวจะทำการศึกษาถึงแนวคิดจิตวิญญาณประชาชน เพื่อให้ทราบถึงลักษณะ และองค์ประกอบของจิตวิญญาณประชาชน เพื่อใช้เป็นหลักการหรือเครื่องมือในการถกเถียงและประเมินข้อเท็จจริงที่ได้จากการศึกษาว่าจิตวิญญาณของประชาชนต่อเรื่องหลักสิทธิมนุษยชนนั้นมีอยู่อย่างไร โดยจะทำการศึกษาถึงแนวคิดหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งให้ความสำคัญกับเรื่องสิทธิที่มนุษย์ควรจะได้รับและติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ไม่สามารถถูกพรากหรือจำหน่ายจ่ายโอนไปให้กับผู้ใดได้ การได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคและไม่ถูกเลือกปฏิบัติ ดังที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ประกอบการศึกษาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการนำหลักสิทธิมนุษยชนไปใช้ในการจัดทำรัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับ ซึ่งถูกแสดงออกโดยสภานิติบัญญัติ ภาคประชาชน หรือคณะรัฐประหาร แล้วแต่กรณี รวมไปถึงการค้นหาข้อเท็จจริงอันเป็นการยืนยันถึงการมีอยู่จริงของหลักสิทธิมนุษยชนในทางปฏิบัติจากคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยย ทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม (ศาลฎีกา) และศาลปกครอง จากนั้นจึงประเมินด้วยแนวคิดจิตวิญญาณประชาชนตามสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะสำนึกร่วมกันของประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษร และที่ปรากฏข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้สามารถอธิบายลักษณะของจิตวิญญาณประชาชนอันเป็นสำนึกร่วมกันของประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้พัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยได้

5. ผลการวิจัย

จากการวิจัยทั้งสิ้น 3 ระยะ ด้วยการวิจัยเอกสาร โดยทำการศึกษาจากเอกสาร หนังสือ ตำรา บทความวิชาการ บทความวิจัย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ฉบับแรก จนถึงฉบับ พ.ศ. 2560 รวม 20 ฉบับ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตั้งแต่ พ.ศ. 2541 ถึง พ.ศ. 2566 คำพิพากษาศาลปกครองเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ตั้งแต่ พ.ศ. 2544 ถึง พ.ศ. 2566 และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่น่าสนใจ ภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 จนถึง พ.ศ. 2566 ได้ผลการวิจัยดังนี้

5.1 แนวคิดจิตวิญญาณประชาชนตามสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์

แนวคิดสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ เป็นแนวคิดที่โต้แย้งความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติและสำนักกฎหมายบ้านเมือง มีหัวใจสำคัญก็คือ การบัญญัติกฎหมายต้องคำนึงถึง “จิตวิญญาณประชาชน” (Volkgeist) ซึ่งถือเป็นรากฐานหรือแก่นของกฎหมาย³ ซึ่งจากผลการวิจัยเอกสารพบว่า จิตวิญญาณประชาชนมีองค์ประกอบ ดังนี้

5.1.1 ความรู้ความเข้าใจทางกฎหมายของประชาชน ในที่นี้คือความเข้าใจทางภาษา เนื่องจากจิตวิญญาณของประชาชนนั้น สามารถแสดงออกหรือสื่อสารได้ด้วยภาษา แบ่งออกเป็น 2 ระดับ คือ

1) ความเข้าใจกฎหมายด้วยภาษาทั่วไป เป็นการทำความเข้าใจทางภาษาของประชาชนต่อประเด็นทางกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ในแง่มุมของความเข้าใจโดยทั่วไปของประชาชนว่ามีอยู่อย่างไร โดยไม่สนใจว่าความเข้าใจเหล่านั้นจะมีความเกี่ยวข้องกับบริบททางกฎหมายหรือไม่

2) ความเข้าใจกฎหมายด้วยนิติศาสตร์ในที่นี้หมายถึงความเข้าใจทางกฎหมายที่ถูกต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด หรือนิติวิธี จึงเป็นการทำความเข้าใจต่อเรื่องใดเรื่องหนึ่งในบริบททางกฎหมายโดยเฉพาะ องค์ภาพทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และประชาชนรับรู้หรือเข้าใจเช่นไร ความเข้าใจทางภาษาของประชาชนต่อกฎหมายเป็นเครื่องสะท้อนภาพความเป็นจริงของกฎหมายว่าได้รับการปฏิบัติ ถูกยอมรับ หรือถูกเชื่อฟังโดยประชาชนอย่างไร ความเข้าใจทางภาษาเหล่านี้จะบ่งบอกความเชื่อ และความคิดของประชาชนต่อกฎหมายนั้น ๆ จนนำมาซึ่งการปฏิบัติของประชาชนในทางกฎหมาย ลำพังแค่เพียงการบัญญัติกฎหมายโดยรัฐแต่เพียงอย่างเดียว คงไม่อาจจะบังคับให้ประชาชนทำตามได้ ทำให้กฎหมาย “มีชีวิต” เพราะกฎหมายสอดคล้องกับสิ่งที่ประชาชนคิด เชื่อ และเข้าใจ ซึ่งสื่อกลางที่สำคัญก็คือ ภาษา นั่นเอง สำนึกร่วมของประชาชน (Common consciousness of the people) การเกิดขึ้นของกฎหมายนั้นมาจากสิ่งที่สะสมจากการดำเนินชีวิตของประชาชน และแน่นอนว่า

³จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา : Legal Philosophy (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), หน้า 197-203.

ย่อมไม่ใช่จากประชาชนคนไหนคนใดโดยเฉพาะ แต่เป็นสำนึกร่วมกันของประชาชนที่เป็นที่มาของกฎเกณฑ์อันพัฒนากลายเป็นกฎหมายในท้ายที่สุด และอาจสะท้อนคุณลักษณะเฉพาะของสังคมได้ 2 ประเด็น คือ ความถูกต้องดีงามของสังคม และทัศนคติของประชาชน⁴

5.1.2 แบบแผนและพฤติกรรมของประชาชน สิ่งสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้จิตวิญญาณประชาชนปรากฏตัวเป็นรูปธรรมมากขึ้น คือ การแสดงออกซึ่งจิตวิญญาณ ซึ่งแบบแผนและพฤติกรรมนี้ถือเป็นสิ่งที่ป็นรูปธรรมชัดเจนของจิตวิญญาณประชาชน เพราะแบบแผนความประพฤติของคนในสังคมจะเป็นทั้งผลลัพธ์และภาพสะท้อนของภาษา ทัศนคติ มุมมองทางความคิด ความเชื่อของประชาชน และส่วนหนึ่งยังถูกพัฒนาไปเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อย่างเป็นกิจจะลักษณะอีกด้วย อาจจะถูกอยู่ในรูปแบบของจารีตประเพณี⁵ หรือความเชื่อ ศาสนา⁶

5.1.3 การมีส่วนร่วมของประชาชน จิตวิญญาณประชาชน ไม่ใช่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองหรือมีอยู่เองตามธรรมชาติ ล้วนเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยมนุษย์ได้สร้างสรรค์ แสดงออก และปฏิบัติตาม ซึ่งอาจแสดงออกได้ 2 ลักษณะ คือ การแสดงออกซึ่งความต้องการโดยประชาชนโดยตรง โดยเหมาะสมกับสังคมในอดีตที่ไม่มีความสลับซับซ้อน⁷ และการแสดงออกซึ่งความต้องการผ่านนักกฎหมาย ที่สังคมมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น⁸

5.2 ข้อเท็จจริงทางกฎหมายจากพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชน

กล่าวถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม โดยอาศัยเนื้อหาแห่งการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามเอกสารความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นสากลและได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ คือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) ซึ่งปรากฏเนื้อหาแห่งสิทธิมนุษยชนทั้งสิ้น 28 ข้อหลัก 45 ข้อย่อย (ข้อที่ 29-30 เป็นมาตรการเพื่อเกิดการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน) โดยทำการค้นหาข้อเท็จจริงผ่านพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยทั้ง 20 ฉบับ และผ่านกระบวนการพิจารณาตีของศาล ซึ่งตามรัฐธรรมนูญมีการกล่าวถึงองค์กรศาลที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนคือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม และศาลปกครอง ผลการวิจัยมีดังนี้

⁴ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 215-216.

⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 229.

⁶Frank W. Elliott, "Volksgeist and a Piece of Sulphur," *Texas Law Review* 42 (1964): 817.

⁷Andreas Rahmatian, "Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre," *The Journal of Legal History* 28, 1 (2007): 5.

⁸ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดิม, หน้า 232-233.

ตารางที่ 1 สรุปการปรากฏเนื้อหาหลักสิทธิมนุษยชนตาม UDHR ในรัฐธรรมนูญไทยตั้งแต่ฉบับที่ 1 พุทธศักราช 2475 ถึงฉบับที่ 20 พุทธศักราช 2560

[illegible]

หัวข้อสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR)	รัฐธรรมนูญฉบับที่และปีพุทธศักราช																			
	1. พ.ศ. 2475*	2. พ.ศ. 2475	3. พ.ศ. 2489	4. พ.ศ. 2490*	5. พ.ศ. 2492	6. พ.ศ. 2495	7. พ.ศ. 2502*	8. พ.ศ. 2511	9. พ.ศ. 2515*	10. พ.ศ. 2517	11. พ.ศ. 2519*	12. พ.ศ. 2520*	13. พ.ศ. 2521	14. พ.ศ. 2534*	15. พ.ศ. 2534	16. พ.ศ. 2540	17. พ.ศ. 2549*	18. พ.ศ. 2550	19. พ.ศ. 2557*	20. พ.ศ. 2560
15(2) ไม่ถูกเพิกถอน					✓															✓
16(1) สมรสได้																				
16(2) สมรสยินยอม																				
16(3) คู่ครองครอบครอง					✓	✓		✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
17(1) ทรัพย์สิน		✓	✓	✓	✓	✓		✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
17(2) เอาทรัพย์สินไปตามอำเภอใจไม่ได้					✓	✓		✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
18. ศาสนา		✓	✓	✓	✓	✓		✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
19. แสดงออก ข่าวดาร		✓	✓	✓	✓	✓		✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
20(1) ชุมชน		✓	✓	✓	✓	✓		✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
20(2) ไม่ถูกบังคับ					✓			✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
21(1) ร่วมปกครอง	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✓		✓			✓		✓	✓	✓	✓	✓	✓
21(2) บริการสาธารณะ					✓	✓		✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
21(3) เลือกตั้ง	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
22. หลักประกัน สิทธิเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม								✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
23(1) มีงานทำ		✓	✓	✓	✓	✓		✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
23(2) งานเท่าเทียม										✓			✓		✓	✓		✓		✓
23(3) คำจ้างยุติธรรมและการคุ้มครอง								✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
23(4) ร่วมสหภาพ										✓			✓		✓	✓		✓		✓
24. พักผ่อน								✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
25(1) ปังจัย4 สาธารณสุข สวัสดิการ					✓	✓		✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
25(2) แม่และเด็ก					✓	✓										✓		✓		✓
26(1) การศึกษา		✓	✓	✓	✓	✓		✓		✓			✓		✓	✓		✓		✓
26(2) มุ่งพัฒนาเคารพ HR					✓											✓		✓		✓
26(3) ผู้ปกครองตัดสินใจเบื้องต้น																		✓		✓
27(1) ส่วนร่วมวัฒนธรรม																✓		✓		✓
27(2) คุ้มครองประดิษฐกรรม																		✓		
28. มีสิทธิในระเบียบทางสังคม																✓	✓	✓		✓
รวม	3	15	16	16	29	24	0	28	0	31	1	0	32	0	32	37	5	39	5	40

หมายเหตุ * รัฐธรรมนูญฉบับปฏิวัติ/รัฐประหาร

จากตารางที่ 1 สรุปการปรากฏเนื้อหาหลักสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญทั้ง 20 ฉบับ พบว่าตลอดพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทย ยังปรากฏสิทธิมนุษยชนตาม UDHR ไม่ครบทุกข้อ โดยสิทธิมนุษยชนในข้อ 14 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในการลี้ภัยนั้น ไม่มีปรากฏคุ้มครองในรัฐธรรมนูญเลยแม้แต่ฉบับเดียว รวมไปถึงสิทธิเกี่ยวกับการมีคู่ครองอย่างสมัครใจตามข้อ 16(1) และ (2) แม้จะมีการกล่าวถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัวหรือการคุ้มครองครอบครัวในฐานะที่เป็นหน่วยทางสังคม ก็ไม่ได้ปรากฏชัดถึงการให้เสรีภาพแก่บุคคลในการเลือกคู่ครองของตนเองได้อย่างอิสระ

ส่วนสิทธิในการได้รับสัญชาติหรือมีสัญชาติของบุคคลนั้น ก็เป็นที่น่าสังเกตว่ามีการกล่าวถึงครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2492⁹ และไม่ปรากฏการคุ้มครองสิทธิในการมีสัญชาติของบุคคลอีกเลยจนกระทั่งมาปรากฏอีกครั้งในรัฐธรรมนูญฉบับที่ 20 พุทธศักราช 2560¹⁰

สำหรับสิทธิในการได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์จากประติष्ठกรรม วรรณกรรม และศิลปกรรม ตามข้อ 27(2) ปรากฏอย่างชัดเจนเพียงครั้งเดียวในรัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 พุทธศักราช 2550¹¹

กรณีรัฐธรรมนูญฉบับแรก (พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475) มีการกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพ อันเป็นสิทธิมนุษยชน ไว้เพียง 3 เรื่อง คือ ความเสมอภาคของบุคคลตามกฎหมาย สิทธิในการมีส่วนร่วมในการปกครองและสิทธิในการเลือกตั้ง¹² ตามข้อ 7 ข้อ 21(1) และ (3) ตามลำดับ เท่านั้น

สำหรับรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายหลังจากการที่มีการรัฐประหารซึ่งมีทั้งสิ้น 8 ฉบับนั้น มีทั้งหมด 7 ฉบับที่แทบจะไม่มีมีการกล่าวถึงหลักประกันเรื่องสิทธิเสรีภาพ รวมไปถึงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ เลย มีเพียงรัฐธรรมนูญฉบับที่ 4 พุทธศักราช 2490 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรก

⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492, มาตรา 4 “บุคคลย่อมได้มาและเสียไปซึ่งสัญชาติไทยตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ.”

¹⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 39 วรรคสอง “การถอนสัญชาติของบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิด จะกระทำมิได้.”

¹¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 86 “รัฐต้องดำเนินการตามนโยบายด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและนวัตกรรม...”

¹²พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475, มาตรา 10 “...สมัยที่ 3 เมื่อจำนวนราษฎรทั่วพระราชอาณาเขตได้สอบไล่วิชาประถมศึกษาได้เป็นจำนวนเกินกว่าครึ่ง และอย่างช้าต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันใช้ธรรมนูญนี้ สมาชิกในสภาผู้แทนราษฎรต้องเป็นผู้ที่ได้เลือกตั้งขึ้นเองทั้งสิ้น...” และมาตรา 14 “ราษฎรไม่ว่าเพศใดเมื่อมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ ย่อมมีสิทธิออกเสียงลงมติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้.”

ที่มีการรัฐประหาร ที่ถึงแม้จะเป็นรัฐธรรมนูญที่มาจากการรัฐประหาร แต่ก็มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้จำนวนหนึ่งบ้าง ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบแล้วก็นับว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า

ในขณะที่รัฐธรรมนูญภายใต้รัฐบาลปกติที่มีการกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวางเป็นฉบับแรกอย่างชัดเจนคือ รัฐธรรมนูญฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2492 ซึ่งมีหลักสิทธิมนุษยชนปรากฏถึง 21 ข้อ รวม 29 ข้อย่อย มากกว่าฉบับก่อนหน้าคือ ฉบับที่ 3 ที่มีเพียง 15 ข้อ รวม 16 ข้อย่อยเท่านั้น และเริ่มครอบคลุมถึง 26 ข้อ รวม 37 ข้อย่อย ในรัฐธรรมนูญฉบับที่ 16 พุทธศักราช 2540 ซึ่งได้รับการขนานนามว่าเป็น “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน” และครอบคลุมกว้างขวางที่สุดในฉบับที่ 20 พุทธศักราช 2560 จำนวน 27 ข้อ รวม 40 ข้อย่อย ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน ส่วนฉบับที่ 18 พุทธศักราช 2550 นั้นครอบคลุมทั้งสิ้น 26 ข้อ รวม 39 ข้อย่อย ซึ่งทั้งฉบับพุทธศักราช 2540 พุทธศักราช 2550 และพุทธศักราช 2560 ล้วนเป็นฉบับที่ถือได้ว่าประชาชนมีส่วนร่วมในการร่างทั้งสิ้น

นอกจากนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า ข้อ 7 ความเสมอภาคตามกฎหมาย ข้อ 21 (1) การมีส่วนร่วมในการปกครองและข้อ 21 (3) สิทธิในการเลือกตั้ง สิทธิมนุษยชนทั้ง 3 ข้อนี้เป็นสิทธิที่ปรากฏเสมอมาในรัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับแรกจนถึงฉบับที่ 20 (ยกเว้นฉบับที่มาจากการรัฐประหาร)

รัฐธรรมนูญฉบับที่ถูกนำมาเป็นต้นแบบของการบัญญัติคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่สำคัญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2492 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับที่ 6 พุทธศักราช 2495 ฉบับที่ 8 พุทธศักราช 2511 และฉบับที่ 10 พุทธศักราช 2517 หยิบยกเนื้อหาในหลายมาตรามาใช้ ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับที่ 10 พุทธศักราช 2517 เอง ก็เป็นต้นแบบเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับที่ 13 พุทธศักราช 2521 และฉบับที่ 15 พุทธศักราช 2534 จากนั้นมีการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในฉบับที่ 16 พุทธศักราช 2540 ซึ่งมีเนื้อหาบางส่วนคล้ายคลึงเดิมบ้าง แต่ก็แตกต่างไปจากฉบับก่อนหน้าพอสมควร และฉบับที่ 16 นี้ก็มีเนื้อหาที่เป็นต้นแบบสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 พุทธศักราช 2550 และฉบับที่ 20 พุทธศักราช 2560 ด้วย

5.2.2 ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนจากการบังคับใช้กฎหมายโดยองค์กรตุลาการจากผลการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดตั้งแต่ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2541¹³ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตั้งแต่จัดตั้งศาลปกครองในปี พ.ศ. 2544 และคำพิพากษาของศาลฎีกา (ศาลยุติธรรม) ที่น่าสนใจ ตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ปรากฏเนื้อหาซึ่งเป็นสาระสำคัญตามปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิข้อ 1 ถึงข้อ 28 เกือบทั้งหมด ยกเว้น ข้อ 14 สิทธิเกี่ยวกับการลี้ภัยจากการประหัตประหาร ซึ่งไม่ชัดเจนว่ามีการคุ้มครองสิทธิหรือไม่อย่างไร

¹³บท นามบุตร, ศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 24 ปี 11 เมษายน 2565 [Online], available URL: [https://occ_th.constitutionalcourt.or.th/detail/ศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ-24-ปี-11-เมษายน-, 2565\(สิงหาคม, 18\).](https://occ_th.constitutionalcourt.or.th/detail/ศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ-24-ปี-11-เมษายน-, 2565(สิงหาคม, 18).)

หลักการด้านสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏในกระบวนการพิจารณาของศาลนั้น พบว่าในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงแรกมักมีแนวคำวินิจฉัยที่ไม่ค่อยเป็นประโยชน์ในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเท่าใดนัก แนวคำวินิจฉัยส่วนใหญ่มักวินิจฉัยว่าการดำเนินการต่าง ๆ กฎหมาย หรือร่างกฎหมายที่กำหนดขึ้นไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งที่ได้รับการคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ และมีส่วนน้อยที่ยืนยันถึงสิทธิมนุษยชนของประชาชนที่จะต้องเคารพและละเมิดมิได้ หลังปี พ.ศ. 2550 มีแนวคำวินิจฉัยที่ยืนยันถึงหลักสิทธิมนุษยชนมากขึ้น มีการอ้างหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ประกอบการให้เหตุผลเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ภายหลัง พ.ศ. 2560 เป็นต้นมา ปรากฏกรณีการยืนยันหรือยกอ้างสิทธิที่เฉพาะเจาะจงมากขึ้น ไม่กล่าวอ้างเพียงแค่หลักสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือความไม่เสมอภาคของประชาชน แต่มักจะระบุในคำวินิจฉัยด้วยว่าเป็นการกระทบหรือไม่กระทบต่อสิทธิของประชาชนในเรื่องใด อย่างไรก็ตาม จากประวัติศาสตร์การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 16 ปี มีการกล่าวอ้างเหตุผลประกอบการวินิจฉัยว่าเป็นเพราะเหตุผลด้านสิทธิมนุษยชนน้อยมาก ปรากฏอย่างชัดเจนเพียงแค่ 4 คดีเท่านั้น คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 สิทธิในการได้รับสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ในคดีอาญา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 สิทธิของคณพิการ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2563 สิทธิในการได้รับสัญชาติ และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2566 สิทธิในการไม่ถูกทรมาน

ในขณะที่คำตัดสินของศาลปกครองสูงสุดทั้งหมดจะเป็นการพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐ กฎหรือระเบียบลำดับรอง มีทั้งการรับรองสิทธิของบุคคลในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชนที่ต้องได้รับการคุ้มครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1113/2561 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิส่วนตัว ที่ อ.538/2556 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเสรีภาพในร่างกาย ที่ อส.4/2561 สิทธิการแสดงออกซึ่งวัฒนธรรม และการรับรองสิทธิของบุคคล เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เมื่อต้องพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดก็มักจะยืนยันว่าเป็นการดำเนินการที่ชอบด้วยกฎหมาย แม้อาจจะมียุติลักษณะที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนของประชาชน แต่ก็ยังมีการยืนยันหลักการด้านสิทธิมนุษยชนอยู่

ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกา (ศาลยุติธรรม) ไม่ค่อยปรากฏการนำหลักการด้านสิทธิมนุษยชนหรือมีแนววินิจฉัยที่สะท้อนให้เห็นถึงการพยายามวินิจฉัยเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนเท่าใดนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากกฎหมายฉบับใดที่มีลักษณะจำกัดสิทธิของประชาชน ก็มักจะวินิจฉัยไปตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งบางครั้งส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนของประชาชนก็ตาม นอกจากนี้ คำพิพากษาของศาลฎีกาล้วนเป็นการวินิจฉัยในข้อเท็จจริงต่าง ๆ ว่าเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่บัญญัติไว้หรือไม่ มากกว่าการวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อสิทธิมนุษยชน โดยปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาน้อยมากที่กล่าวถึงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนโดยตรง แต่ก็ไม่ได้

พิพากษาว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างจริงจัง อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาก็มีบทบาทในการยืนยันถึงสิทธิบางประการที่แม้จะไม่ยืนยันโดยตรงชัดเจนมากนัก แต่ก็ยังเป็นหลักฐานการปรากฏถึงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนที่ชัดเจนในบางเรื่องมากกว่าศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองสูงสุด¹⁴

5.3 จิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้พัฒนาการรัฐธรรมนูญไทย

การค้นหাজิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในที่นี้เป็นการค้นหาผ่านองค์ประกอบของจิตวิญญาณตามแนวคิดจิตวิญญาณประชาชนที่สังเคราะห์แนวคิดสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ดังที่กำหนดไว้ในวัตถุประสงค์การวิจัยข้อแรก นำมาเชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนภายใต้พัฒนาการของรัฐธรรมนูญ รวมถึงข้อเท็จจริงที่ปรากฏเป็นยุติจากคำพิพากษาของศาล ทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองสูงสุด และศาลฎีกา ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ได้มีการบันทึกไว้แล้วอย่างเป็นรูปธรรมที่สุดในปัจจุบันแล้วว่าการมีหรือไม่มีละเมิดหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักสิทธิมนุษยชน โดยจะสอดคล้องกับแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ก็จะได้พิจารณาต่อไป ซึ่งผลการวิจัยได้ภาพสะท้อนของจิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนดังนี้

5.3.1 การมีส่วนร่วมของประชาชน จากแนวคิดจิตวิญญาณประชาชนตามแนวคิดสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ พบว่าเมื่อกฎหมายในยุคสมัยปัจจุบันซึ่งมีความสลับซับซ้อน การแสดงออกซึ่งจิตวิญญาณประชาชนจึงจำเป็นต้องพัฒนากระบวนการแสดงออกไปเป็นการแสดงออกโดยนักกฎหมาย¹⁵ ผลจากการวิจัยสามารถสรุปกลุ่มของนักกฎหมายที่อาจเป็นตัวแทนของการมีส่วนร่วมของประชาชนในประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนภายใต้พัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยได้ดังนี้

1) คณะนิติบัญญัติ ซึ่งมีบทบาทในการก่อร่างสร้างจิตวิญญาณประชาชน ผ่านกระบวนการสร้างกฎหมายที่สำคัญ คือ รัฐธรรมนูญ พบว่ารัฐธรรมนูญจากการยกร่างหรือบัญญัติในสถานการณ์ปกติมีพัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเติบโตตามระยะเวลาแห่งการเปลี่ยนแปลงของโลกตลอด 90 กว่าปีตั้งแต่ พ.ศ. 2475 ในขณะที่รัฐธรรมนูญจากการจัดทำโดยคณะรัฐประหารนั้น กลับหยุดนิ่งหรือเติบโตในลักษณะปกป้องสิทธิมนุษยชนน้อยมาก อีกทั้งยังมั่นคงแข็งแรงในการจำกัด

¹⁴เช่น สิทธิทางวัฒนธรรมและวิทยาศาสตร์ ตาม UDHR ข้อ 27 ซึ่งปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2546 เพียงครั้งเดียว หรือในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส.4/2561 ในขณะที่ศาลฎีกาปรากฏการกล่าวถึงสิทธิในข้อนี้จำนวนมาก เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5818/2549, ที่ 8403/2540, ที่ 701-913/2564, ที่ 18297-19298/2556, ที่ 6182/2533, ที่ 3895/2535 เป็นต้น.

¹⁵ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดิม, หน้า 232-233.

สิทธิมนุษยชนของประชาชนตลอดการรัฐประหารแต่ละครั้งที่แม้จะห่างกันหลายปีก็ตาม¹⁶ ส่วนกฎหมายลำดับรอง ถือเป็นกลไกสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ กฎหมายลำดับรองเหล่านี้เป็นตัวอย่างสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่แฝงอยู่ในกฎหมาย¹⁷ ซึ่งในอีกทางหนึ่งก็เป็นการเปิดเผยให้เห็นถึงมุมมองของผู้คนในสังคมผ่านคณะนิติบัญญัติเหล่านี้ที่เกิดขึ้นในแต่ละช่วงเวลา พร้อมทั้งยังสะท้อนภาพจิตวิญญาณประชาชน ณ ขณะนั้นว่ามีอยู่อย่างไรได้ด้วย

2) คณะตุลาการ ในที่นี้คือผู้บังคับใช้กฎหมายในฐานะองค์กรฝ่ายตุลาการ ซึ่งในการวิจัยครั้งนี้ประกอบไปด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองสูงสุด และศาลฎีกา

(1) ศาลรัฐธรรมนูญ จากผลการวิจัยพบว่า มีบทบาทสำคัญอย่างมากต่อการวินิจฉัยประเด็นว่ากฎหมายฉบับใดเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในขณะเดียวกันก็พบลักษณะของการวินิจฉัยที่เป็นการจำกัดสิทธิมนุษยชนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วง 10 ปีแรกของศาลรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลเรื่อง “ประโยชน์สาธารณะ”¹⁸ “ความมั่นคง”¹⁹ “การควบคุมหรือคุ้มครองเฉพาะ”²⁰ และ “ขั้นตอนบังคับตามกฎหมายการยุติธรรม”²¹ ทั้งนี้ บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญเมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้ว

¹⁶เช่น ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502, มาตรา 17 บัญญัติว่า “ในระหว่างที่ใช้ธรรมนูญนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์ หรือการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลาย ก่อวินหรือคุกคามความสงบที่เกิดขึ้นภายใน หรือมาจากภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการ หรือกระทำการใดๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำเช่นนั้นเป็นคำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย...” เป็นเนื้อหาที่ให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีในการสั่งการ ซึ่งเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิของประชาชน และปรากฏเนื้อหาทำนองเดียวกันในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 มาตรา 17 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 มาตรา 21 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 มาตรา 27 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 มาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 44.

¹⁷คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่ากฎหมายลำดับรองขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 เรื่อง การดำเนินการเกี่ยวกับการยุติธรรมทางอาญา พ.ศ. 2549 ที่ 37/2542 ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. ... มาตรา 39 วรรคสอง ที่ 15/2555 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26(10) เป็นต้น.

¹⁸เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 62/2545, ที่ 13/2552, ที่ 6/2553, ที่ 8/2557 เป็นต้น.

¹⁹เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2546, ที่ 10-11/2553, ที่ 28-29/2555, ที่ 30/2555, ที่ 20/2564 เป็นต้น.

²⁰เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2542, ที่ 19-22/2545, ที่ 40/2548, ที่ 18/2552, ที่ 24/2554 เป็นต้น.

²¹เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2562, ที่ 15/2562, ที่ 23/2564 เป็นต้น.

มีทั้งส่วนที่ช่วยทำให้หลักการด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมีความชัดเจนมากขึ้น แต่ในขณะเดียวกัน บ่อยครั้งที่ศาลมักมีแนวโน้มที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล โดยอ้างเหตุผลที่หลากหลายประกอบกัน แต่ก็มีทิศทางของการอ้างอิงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนและความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนมากขึ้นซึ่งถือเป็นทิศทางที่ดีต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้แก่ประชาชน

(2) ศาลปกครองสูงสุด ถือเป็นหน่วยงานที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชนในระดับปฏิบัติเนื่องจากมีข้อกฎหมายลำดับรองและข้อเท็จจริงทางปฎิบัตินำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาจำนวนมาก มีบทบาทสำคัญในการวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายลำดับรองที่ออกหรือบัญญัติโดยหน่วยงานภาครัฐต่าง ๆ นอกจากนี้ ยังมีบทบาทในการยืนยันสิทธิและการคุ้มครองสิทธิกรณีมีการถูกละเมิดสิทธิ รวมถึงการยืนยันถึงการมีอยู่จริงของหลักการด้านสิทธิมนุษยชน แต่ในขณะเดียวกันก็มีการพิพากษาในลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การอ้างการดำเนินการที่ “ชอบด้วยกฎหมาย”²² ของภาครัฐ บทบาทที่เด่นชัดของศาลปกครองสูงสุดคือ การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเมื่อมีการถูกละเมิด ก็จะมีแนวทางการพิจารณาเพื่อให้บุคคลนั้นได้รับการชดเชยเยียวยาจากการถูกละเมิดสิทธิโดยรัฐ

(3) ศาลฎีกา มีบทบาทในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎระเบียบหรือการขัดต่อรัฐธรรมนูญของกฎหมายน้อยมาก ส่วนใหญ่จะเป็นการพิจารณาพิพากษาเฉพาะข้อเท็จจริงรายการใดไป และมักจะพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัด ไม่ว่ากฎหมายนั้นจะมีลักษณะที่ไม่ส่งเสริมต่อหลักการด้านสิทธิมนุษยชนก็ตาม ดังนั้น จึงทำให้บทบาทของศาลฎีกาเด่นชัดอยู่ 2 กรณีคือ บทบาทการยืนยันถึงสิทธิของบุคคลตามกฎหมาย โดยปรากฏทั้งการยืนยันสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีจำนวนไม่มากนัก แต่ปรากฏอย่างชัดเจนเกี่ยวกับการยืนยันสิทธิของบุคคลตามกฎหมายอื่น และการยืนยันถึงการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยไม่วินิจฉัยในลักษณะของการปกป้องหรือคุ้มครองสิทธิของบุคคล สะท้อนรูปแบบการพิพากษาที่อยู่ภายใต้กฎหมายเป็นสำคัญ แม้กระทั่งการจะรับรองซึ่งสิทธิมนุษยชนของบุคคลก็ยังเป็นไปตามเท่าที่กฎหมายบัญญัติรับรองเป็นรายการใดไปเท่านั้น²³ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติก็มักจะไม่ใช่ขยายขอบเขตการตีความให้ครอบคลุมไปถึงความหมายของคำว่า สิทธิมนุษยชน อันเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนควรได้รับตามธรรมชาติ

3) คู่ความในคดีและผู้มีส่วนร่วมในคดี กลุ่มคนเหล่านี้ถือเป็นผู้ซึ่งมีบทบาทในการอ้างอิงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนขึ้นต่อผู้ในคดี โดยหลายครั้งที่คู่ความได้มีการกล่าวอ้างถึงการละเมิด

²²เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.16/2545, ที่ อ.113/2552, ที่ อ.459/2557, ที่ อ.538/2558 เป็นต้น.

²³เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3120/2528, ที่ 7332/2544, ที่ 5818/2549, ที่ 8464-8436/2550, ที่ 6231-6250/2559, ที่ 2584-2586/2565 เป็นต้น.

หลักสิทธิมนุษยชนโดยตรง แบ่งออกเป็น 2 กลุ่มสำคัญคือ (1) คู่ความภาคเอกชนหรือประชาชน มีการกล่าวอ้างถึงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดีอยู่บ่อยครั้ง²⁴ และ (2) คู่ความภาครัฐ ไม่ปรากฏการกล่าวอ้างหลักการด้านสิทธิมนุษยชนขึ้นเป็นข้อต่อสู้เท่าใดนัก²⁵ ทั้งนี้ คู่ความฝ่ายซึ่งเป็นภาคเอกชนหรือประชาชนมีการกล่าวอ้างถึงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนมากกว่าภาครัฐอย่างมาก แสดงให้เห็นว่าประชาชนมีการรับรู้ถึงสิทธิมนุษยชนที่ตนเองควรได้รับ เพียงแต่จะสามารถยกขึ้นอ้างเพื่อปกป้องรักษาสิทธิของตนได้เพียงใดนั้น เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาอีกประเด็นหนึ่ง

5.3.2 ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของประชาชน ในที่นี้คือความเข้าใจทางภาษา โดยคำว่า “ประชาชน” ในที่นี้หมายถึงตัวแทนของประชาชนดังที่ได้กล่าวมาในหัวข้อการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยจิตวิญญาณประชาชนนี้สามารถถ่ายทอดหรือสื่อสารด้วย “ภาษา” ซึ่งความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนนั้นก็สามารถแสดงออกได้ผ่านทางภาษาได้เช่นเดียวกัน²⁶ ซึ่งสามารถค้นหาได้จากรัฐธรรมนูญไทยทั้ง 20 ฉบับ และจากคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลประกอบกัน เพื่อให้เห็นความรู้ความเข้าใจและพัฒนาการทางภาษาเรื่องสิทธิมนุษยชนที่ดำรงอยู่ในชีวิตของประชาชนตลอด 90 กว่าปีที่ผ่านมา โดยแบ่งออกได้เป็น 5 ช่วง โดยอาศัยยุคแห่งการเปลี่ยนแปลงที่มีนัยสำคัญทางสังคมดังนี้

1) ภาษาสิทธิมนุษยชนยุคก่อตั้งสิทธิ (พ.ศ. 2475 - พ.ศ. 2489) ในที่นี้หมายถึงความเข้าใจของประชาชนเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ณ จุดเริ่มต้นของพัฒนาการรัฐธรรมนูญไทย คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ตามด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ปรากฏรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น 3 ฉบับ รวมระยะเวลาประมาณ 14 ปี

ผลการศึกษาจึงพบว่าการบัญญัติคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญยังมีความไม่ชัดเจนเท่าใดนัก แต่มีความเด่นชัดในบางประเด็น เช่น เรื่องเสรีภาพในการนับถือศาสนา²⁷ สิทธิในการเลือกตั้ง²⁸ ที่มีการกล่าวถึงรายละเอียดแห่งสิทธิให้สามารถทำความเข้าใจ

²⁴เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2541, ที่ 3/2564, ที่ 11/2544, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1113/2561, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7624/2562, ที่ 4302/2563.

²⁵เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8464-8436/2550 เป็นต้น.

²⁶ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดิม, หน้า 229.

²⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, มาตรา 13 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 13.

²⁸พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475, มาตรา 14 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, มาตรา 16 และมาตรา 17 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 29.

เข้าใจได้ แต่ในหลายกรณีรัฐธรรมนูญมีการกล่าวถึงโดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดแห่งสิทธิว่ามีลักษณะหรือหมายถึงประเด็นแห่งสิทธิอย่างไร²⁹ รวมทั้งข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกาโดยส่วนใหญ่ปรากฏถ้อยคำที่ไม่ค่อยชัดเจนถึงหลักสิทธิมนุษยชน ไม่มีความเชื่อมโยงกับรัฐธรรมนูญที่พยายามบัญญัติคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ของประชาชน แต่อย่างน้อยที่สุดก็สามารถยืนยันได้ถึงการมีอยู่จริงของสิทธิมนุษยชนบางเรื่องในยุคก่อตั้งสิทธินี้³⁰

2) ภาษาสิทธิมนุษยชนยุคให้สิทธิประชาชน (พ.ศ. 2492 - พ.ศ. 2514) เป็นยุคที่หลักการด้านสิทธิมนุษยชนมีการเติบโต และมีรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้สิทธิแก่ประชาชนกว้างขวางในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกในประวัติศาสตร์ไทยที่มีที่มาจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ และมีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนประกอบการร่างรัฐธรรมนูญ³¹ ตามด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ซึ่งแม้จะเป็นรัฐธรรมนูญจากคณะรัฐประหารแต่ก็ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมจนสมบูรณ์ เรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ปรากฏรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น 3 ฉบับ รวมระยะเวลาประมาณ 14 ปี (นับรวมช่วงรัฐประหารได้ประมาณ 23 ปี)

โดยสรุปพบว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมีการกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนที่กว้างขวางมากขึ้น มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนประเภทต่าง ๆ มากขึ้นโดยเฉพาะฉบับที่ 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492³² และฉบับที่ 8 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511³³ แต่มีข้อสังเกตว่า สิทธิหลายประการรัฐยังคงสามารถจำกัดได้โดย “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย”³⁴ และเมื่อพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงในศาลฎีกาก็พบว่าทิศทางการวินิจฉัยของศาลนั้นเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะที่มีการพิจารณาคดี ไม่ค่อยยึดโยงหรือเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญเท่าใดนัก เห็นได้จากถ้อยคำที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกาแทบไม่ปรากฏถ้อยคำใด ๆ เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ³⁵

²⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, มาตรา 14 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 14 เป็นต้น.

³⁰เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 898/2480, ที่ 311/2478, ที่ 291/2483 เป็นต้น.

³¹อารัมภบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492.

³²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492, มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 45.

³³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511, มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 43.

³⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492, มาตรา 35 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2495, มาตรา 26 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511, มาตรา 33.

³⁵เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 51/2503, ที่ 1196/2504, ที่ 1395/2511, ที่ 1690/2513 เป็นต้น.

3) ภาษาสิทธิมนุษยชนยุคประชาชนเรียกร่อง (พ.ศ. 2517 - พ.ศ. 2539) ได้แก่ รัฐธรรมนูญที่มาจากการเรียกร้องของประชาชนอย่างแท้จริงฉบับแรก คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517³⁶ ตามด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ที่จัดทำโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และผ่านเหตุการณ์สำคัญทางการเมืองคือ เหตุการณ์ “พฤษภาทมิฬ” ในปีพุทธศักราช 2535 เรื่อยมาจนถึงพุทธศักราช 2539 ก่อนจะมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาบังคับใช้แทน ปราบปรามรัฐธรรมนูญ 3 ฉบับ รวมระยะเวลาประมาณ 15 ปี (นับรวมช่วงรัฐประหารได้ประมาณ 23 ปี)

ผลการศึกษาพบว่าเนื้อหาแห่งรัฐธรรมนูญมีบางส่วนสัมพันธ์กับภาษาสิทธิมนุษยชนในยุคให้สิทธิประชาชน แต่ปรากฏในหลายครั้งที่ถ้อยคำเปลี่ยนแปลงไปโดยเฉพาะคำว่า “บริบูรณ์” ที่ประกอบกับคำว่า “เสรีภาพ”³⁷ อีกทั้งการเปลี่ยนแปลงจากคำว่า “เสรีภาพ” เป็นคำว่า “สิทธิ”³⁸ ซึ่งส่งผลต่างในทางทฤษฎี อีกทั้งยังปรากฏการจำกัดสิทธิโดยข้อกฎหมาย ในขณะที่ภาษาสิทธิมนุษยชนในคำพิพากษาก็มีความเชื่อมโยงเป็นอย่างเดียวกันกับในยุคให้สิทธิประชาชนทั้งในแง่ของการจำกัดและการยืนยันสิทธิที่ไม่แตกต่างจากเดิมเท่าใดนัก และเช่นเดิมที่ภาษาในคำพิพากษาไม่ค่อยมีความเชื่อมโยงกับถ้อยคำในรัฐธรรมนูญ และต้องอาศัยคำที่กระจัดกระจายเพื่อรวบรวมคำให้กลายเป็นหลักการด้านสิทธิมนุษยชนข้อใดข้อหนึ่ง

4) ภาษาสิทธิมนุษยชนยุคประชาชนมีส่วนร่วม (พ.ศ. 2540 – ปัจจุบัน) เป็นยุคที่ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิของตนเองไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งได้รับการขนานนามว่าเป็น “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน” เนื่องจากประชาชนมีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวาง ตามด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน ปราบปรามรัฐธรรมนูญ 3 ฉบับ รวมระยะเวลาประมาณ 23 ปี (นับรวมช่วงรัฐประหารได้ประมาณ 27 ปี)

³⁶อารัมภบทรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517.

³⁷เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517, มาตรา 33 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521, มาตรา 28 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534, มาตรา 30 เป็นต้น.

³⁸เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517, มาตรา 48 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521, มาตรา 48 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534, มาตรา 48 เบญจา เป็นต้น.

ในภาพรวมพบว่ารัฐธรรมนูญในยุคนี้พบสิทธิมนุษยชนบางประเภทขึ้นใหม่หลายประการ ถ้อยคำที่ใช้ก็มีความเป็นเอกภาพ และทิศทางเดียวกันทั้ง 3 ฉบับ³⁹ มีการปรับปรุงรายละเอียดของเนื้อหาลักษณะที่ชัดเจนมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง แต่ในขณะเดียวกัน ก็พบการปรับเปลี่ยนถ้อยคำที่อาจทำให้การสื่อความหมายและนัยแห่งการคุ้มครองสิทธิบางประการเปลี่ยนแปลงไป⁴⁰ ในขณะที่ในแนวคำพิพากษาของศาลก็พบถ้อยคำที่ยืนยันหลักการด้านสิทธิมนุษยชนอย่างเป็นเอกภาพสอดคล้องกันทั้งศาลรัฐธรรมนูญ⁴¹ ศาลปกครอง⁴² และศาลฎีกา⁴³ แต่ก็ยังคงพบการจำกัดสิทธิของประชาชนที่กว้างขวางอยู่เช่นเดิมด้วย ที่ถึงแม้เนื้อหาแห่งการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนจะมียุ่่มากมายในรัฐธรรมนูญก็ตาม

5) ภาษาสิทธิมนุษยชนยุคปฏิวัติ/รัฐประหาร เนื่องจากพัฒนาการสิทธิมนุษยชนในช่วงที่มีการปฏิวัติหรือรัฐประหารนั้นมีลักษณะที่แตกต่างไปจากช่วงที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่มาจากกระบวนการนิติบัญญัติ จึงต้องแยกพิจารณาออกเป็นอีกช่วงเวลาหนึ่ง กล่าวในภาพรวมของภาษาสิทธิมนุษยชนในยุคปฏิวัติ/รัฐประหารนี้จะพบว่า ถ้อยคำเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนแทบไม่มีเนื้อหาสาระและรายละเอียดเท่าใด รวมถึงในบางฉบับก็ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่สื่อถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชน และมีถึง 3 ฉบับที่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ผู้นำทางการเมืองในขณะนั้นมีอำนาจในการดำเนินการอย่างใด ๆ เพื่อระงับ ปรามปรามสถานการณ์อันเป็นภัยต่อความมั่นคงได้⁴⁴

กล่าวโดยสรุป ความเข้าใจในสิทธิมนุษยชนของประชาชน ผ่านการพัฒนา เติบโต และถ่ายทอดผ่านทางภาษาพบว่าถ้อยคำสำนวนที่ใช้เพื่อสื่อสารถึงหลักการด้านสิทธิมนุษยชน ในยุคก่อตั้งสิทธิไม่ค่อยมีความชัดเจน ศาลพิพากษาคดีมักไม่ค่อยยึดโยงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนหรือแม้แต่นิติบัญญัติ ส่วนยุคให้สิทธิประชาชนพบว่ารัฐธรรมนูญมีการกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนที่กว้างขวางมากขึ้น แต่ทิศทางทางวิวินิจฉัยของศาลยังจำกัดเฉพาะเท่าที่กฎหมายกำหนด ในยุคประชาชนเรียกร้องพบว่า

³⁹เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 28 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 28 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 25 เป็นต้น.

⁴⁰เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 4 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 4 เป็นต้น.

⁴¹เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555, ที่ 15/2555, ที่ 7/2566 เป็นต้น.

⁴²เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1113/2561, ที่ อ.129/2554, ที่ อ.538/2556 เป็นต้น.

⁴³เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6231-6250/2559, ที่ 7332/2544, ที่ 7728-7731/2544, ที่ 1527/2562 เป็นต้น.

⁴⁴ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502, มาตรา 17 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515, มาตรา 17 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557, มาตรา 44.

เนื้อหาแห่งรัฐธรรมนูญมีบางส่วนสัมพันธ์กับภาษาสิทธิมนุษยชนในยุคให้สิทธิประชาชน แต่ปรากฏในหลายครั้งที่ถ้อยคำเปลี่ยนแปลงไป ทั้งยังปรากฏการจำกัดสิทธิโดยข้อกฎหมาย คำพิพากษาศาลก็ไม่ค่อยมีความเชื่อมโยงกับถ้อยคำในรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏถ้อยคำเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่กระจัดกระจาย เมื่อขยับเข้าสู่ยุคประชาชนมีส่วนร่วม ถ้อยคำที่ใช้ก็มีความเป็นเอกภาพ และทิศทางเดียวกัน ปรากฏการนำหลักการด้านสิทธิมนุษยชนมาประกอบการร่างรัฐธรรมนูญ แนวคำพิพากษาศาลก็พบถ้อยคำที่ยืนยันหลักการด้านสิทธิมนุษยชนอย่างเป็นเอกภาพสอดคล้องกันทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลฎีกา แต่ก็ยังคงพบการจำกัดสิทธิของประชาชนที่กว้างขวางอยู่เช่นเดิมด้วย แม้รัฐธรรมนูญจะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไว้อย่างกว้างขวางที่สุดแล้วก็ตาม สำหรับยุคปฏิวัติรัฐประหารเป็นยุคที่สิทธิมนุษยชนของบุคคลเสี่ยงต่อการถูกละเมิดมากที่สุด ปรากฏบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนน้อยมาก หรือไม่มี และยังปรากฏเนื้อหาที่ให้อำนาจเด็ดขาดแก่ผู้นำทางการเมืองในการจำกัดสิทธิของประชาชนในบางฉบับด้วย

5.3.3 สำนักร่วมของประชาชน คือ มุมมองหรือทัศนคติของประชาชนที่สะท้อนความถูกต้อง ตีงาร่วมกันของผู้คนในสังคมที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนซึ่งในที่นี้ผ่านตัวแทนที่สำคัญ ซึ่งอาจมีความเป็นได้ที่จะไม่สอดคล้องกับคุณค่าหรือหลักสากลเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน โดยผลการวิจัยค้นพบสำนักร่วมที่สำคัญดังนี้

1) สิทธิมนุษยชนต้องได้รับการคุ้มครอง กรณีนี้ล้วนเป็นสิ่งที่ถูกยืนยันในเนื้อหาตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีลักษณะค่อย ๆ เติบโตเพิ่มเติมและขยายขอบเขตแห่งการคุ้มครองมากขึ้นเมื่อระยะเวลาผ่านไป พัฒนาคอบคลุมเกือบครบตามปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และในท้ายที่สุดก็ปรากฏการนำหลักการด้านสิทธิมนุษยชนมาเป็นส่วนหนึ่งของการร่างรัฐธรรมนูญ

สิทธิมนุษยชนในเรื่องที่โดดเด่นและถูกรับรองเสมอมาคือ “เสรีภาพในการนับถือศาสนา” และสิทธิในการ “เลือกตั้ง” ส่วนที่มีประเด็นเรียกร้องการบ่อยครั้งที่สุดคือ ประเด็นเรื่อง “การเลือกปฏิบัติ” ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาของการปฏิบัติต่อกันอย่างไม่เสมอภาค เท่าเทียม⁴⁵

ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครอง ถือเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญอย่างมากในการยืนยันถึงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนของบุคคล และปรากฏในการพิจารณาคดีของศาลจำนวนหนึ่งว่ามีการอ้างอิงถึงหลักการด้านสิทธิมนุษยชน แม้ในขณะแรกเริ่มจะมีแนวการวินิจฉัยที่ค่อนข้างจำกัดสิทธิของประชาชน แต่พัฒนาการของศาลก็เป็นไปอย่างรวดเร็ว ท้ายที่สุดก็มีการ

⁴⁵ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545, ที่ 12/2555, ที่ 15/2555, ที่ 7/2563, ที่ 7/2566 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 ที่, อ.538/2556, ที่ อส.4/2561, ที่ อ.1113/2561 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1067/2475, ที่ 8464-8436/2550, ที่ 14863/2557.

วินิจฉัยที่สอดคล้องกับหลักการด้านสิทธิมนุษยชน รวมถึงการกล่าวอ้างหลักการด้านสิทธิมนุษยชน โดยตรงประกอบการวินิจฉัย

ส่วนศาลฎีกา แม้จะไม่มีบทบาทเท่าใดนักในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยตรง แต่ก็ชี้ให้เห็นถึงหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่ดีขึ้น และเป็นหลักฐานของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมาอย่างต่อเนื่อง ก็เป็นเครื่องยืนยันได้ว่า สิทธิมนุษยชนไม่ใช่สิ่งที่ไม่เคยปรากฏเลยในประวัติศาสตร์ประเทศไทย แม้ถ้อยคำทั้งหลายจะกระจัดกระจาย แต่ยังยืนยันได้ว่า ศาลได้เคยพยายามคุ้มครองสิทธิของบุคคลเหล่านั้น

2) สิทธิมนุษยชนเมื่อถูกละเมิดต้องได้รับการเยียวยา เป็นสิ่งที่เห็นพ้องต้องกัน มาตั้งแต่ก่อน พ.ศ. 2475 หรือก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ถ้อยคำสำคัญที่ใช้คือคำว่า “ค่าสินไหมทดแทน”⁴⁶ รัฐธรรมนูญไทยตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ปรากฏยืนยันถึงการได้รับการเยียวยาเสมอมา และเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องอีกหลายมาตรา ทั้งการกำหนดมาตรการในการได้รับการเยียวยา การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม

3) สิทธิมนุษยชนอาจถูกจำกัดโดยรัฐได้เสมอ ปรากฏข้อเท็จจริงอยู่เสมอว่ารัฐสามารถจำกัดสิทธิของบุคคลภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ และปรากฏเช่นนี้มาตลอดตั้งแต่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก ดังนั้น อาจถือได้ว่าไม่เคยมีสิทธิหรือเสรีภาพใดในรัฐธรรมนูญไทยที่ไม่สามารถถูกจำกัดได้ แม้กระทั่งสิทธิในชีวิต ด้วยเหตุผลที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่สำคัญคือ “ประโยชน์สาธารณะ” “ความมั่นคง” และ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

4) สิทธิมนุษยชนสั่นคลอนในยุครัฐประหาร จากประวัติศาสตร์การรัฐประหารที่ผ่านมาทั้งหมดเห็นได้ว่าสิทธิของประชาชนถูกจำกัดอย่างมาก ไม่มีหลักประกันใด ๆ ตามรัฐธรรมนูญที่จะปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชน และมักจะถูกเรียกร้องให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ผ่านการร่างโดยสภานิติบัญญัติอย่างถูกต้องขึ้นมาใช้บังคับแทน แต่ศาลยังคงมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน องค์การตุลาการโดยเฉพาะศาลยุติธรรมอาจเป็นเพียงองค์กรเดียวที่ยังคงสามารถปกป้องสิทธิมนุษยชนของประชาชนได้โดยอาศัยกฎหมายที่ไม่ได้ถูกยกเลิกไปด้วยเหล่านั้น แต่ถ้ากฎหมายที่บังคับใช้นั้นเป็นกฎหมายที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็จะส่งผลทำให้สิทธิของประชาชนถูกจำกัดตามไปด้วย

5.3.4 แบบแผนพฤติกรรมของประชาชน โดยปกติถูกอธิบายในรูปแบบของจารีตประเพณี หรือความเลื่อมใสศรัทธาในสิ่งที่เชื่อว่าเป็นความดีงามที่มนุษย์พึงปฏิบัติ ในที่นี้จึงหมายถึงสิ่งที่ประชาชน

⁴⁶คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 264/2474 “กระบือหลุดหนีเข้าไปในสวนขวิดโจทก์บาดเจ็บสาหัส จำต้องใช้สินไหมทดแทนให้โจทก์.”

ปฏิบัติสืบทอดกันมาอย่างยาวนานซึ่งอาจจะค้นหาได้จากแบบแผนในการบัญญัติรัฐธรรมนูญ รวมถึงแบบแผนแนวทางการวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลที่มีลักษณะเป็นแนวทางหรือทิศทางเดิม โดยผลจากการวิจัยพบแบบแผนพฤติกรรมเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนดังนี้

1) แนวทางยืนยันสิทธิมนุษยชน พบว่า รัฐธรรมนูญมีทิศทางในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นหลัก ซึ่งมากน้อยแล้วแต่รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับจะให้ความสำคัญ ปรากฏการนำแนวทางเรื่องสิทธิมนุษยชนมาประกอบการจัดทำรัฐธรรมนูญ แนวทางการวินิจฉัยและพิพากษาของศาลก็พบว่าก็มีทิศทางในการที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชน

2) แนวทางยืนยันอำนาจรัฐ จากพัฒนาการที่ผ่านมามาตลอดระยะเวลากว่า 90 ปี ไม่ว่าจะผ่านรัฐธรรมนูญไปกี่ฉบับ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญที่มาจากกระบวนการประชาธิปไตย หรือจากการรัฐประหาร รัฐก็จะมีการสงวนสิทธิในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้เสมอ ทิศทางในการจำกัดสิทธิของประชาชนโดยส่วนใหญ่ก็คือการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิของประชาชน และเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติโดยกระบวนการโดยชอบแล้ว กระบวนการพิจารณาทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง หรือศาลฎีกา ก็จะมีคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาออกมาในทิศทางเดียวกัน

จากการประมวลทั้งหมด จึงเห็นได้ว่าจิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ได้ก่อร่างสร้างตัวขึ้นทีละเล็กละน้อยในรัฐธรรมนูญ แม้กระบวนการบังคับใช้กฎหมายโดยองค์กรตุลาการจะไม่ได้ตอบสนองต่อการยืนยันถึงสิทธิมนุษยชนเท่าใดนักในช่วงแรก แต่ก็ยังพัฒนาตนเองเรื่อยมาจนถึงระดับที่สิทธิมนุษยชนปรากฏตัวอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ และถูกนำไปยืนยันกล่าวอ้างอย่างจริงจังในการพิจารณาคดีในศาล แต่ด้วยพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยที่มีมากมายหลายฉบับ ทำให้ความมั่นคงแห่งสิทธิของประชาชนไม่มีความแน่นอน มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาแห่งสิทธิอยู่ตลอดเวลาที่มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในแต่ละครั้ง แม้จะมาจากกระบวนการที่ประชาชนมีส่วนเรียกร้อง หรือมีส่วนร่วมก็ตาม ทำให้หลักการด้านสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญไม่มีความชัดเจนไม่ต่อเนื่อง และไม่ถูกยืนยันอย่างแท้จริง เมื่อหลักการด้านสิทธิมนุษยชนไม่ได้ถูกยืนยันอย่างแท้จริง ก็ทำให้การกำหนดบทบัญญัติที่เป็นการ “จำกัด” สิทธิมนุษยชนกลายเป็นเรื่อง “ปกติ” ของการบัญญัติให้สิทธิหรือเสรีภาพแก่ประชาชน กล่าวคือ “แม้ให้สิทธิเสรีภาพแต่ก็อาจถูกจำกัดได้เสมอ” ประกอบกับองค์กรตุลาการต่าง ๆ ก็มีแนวโน้มที่จะยืนยันสิทธิของรัฐในการจำกัดสิทธิของประชาชนด้วยแล้ว ก็อาจทำให้สิทธิมนุษยชนของไทยอาจเข้มแข็งแค่เพียงในกระดาษรับรู้ได้ด้วยสำนึกของประชาชนแต่ไม่อาจส่งเสียงให้ดังได้เมื่อต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมที่จะต้องคุ้มครองสิทธิให้กับประชาชน

6. อภิปรายผล

6.1 จิตวิญญาณประชาชน

จากผลการวิจัยพบว่าจิตวิญญาณประชาชนชนคือ ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของคนในชาติ สะท้อนลักษณะเฉพาะตัวของแต่ละชนชาติ จนสังคมมีความสลับซับซ้อนกลั่นกรองจนเป็นกฎเกณฑ์ ควบคุมความประพฤติของคนในสังคม และพัฒนากลายเป็นที่มาของกฎหมายในที่สุด สอดคล้องกับ ผลงานของทศพล วรรณกุลพันธ์ ที่ได้นำเสนอให้มีการจัดทำกฎหมายให้สอดคล้องกับขนบธรรมเนียม ประเพณี ที่ควรพิจารณาถึงสภาพสังคม เศรษฐกิจและการเมือง⁴⁷

สำหรับองค์ประกอบของจิตวิญญาณประชาชนที่ได้จากการศึกษาพบว่าประกอบไปด้วย องค์ประกอบที่สำคัญ 4 ข้อ 1) ความรู้ความเข้าใจทางกฎหมายของประชาชน 2) สำนึกร่วมของประชาชน 3) แบบแผนและพฤติกรรมของประชาชน และ 4) การมีส่วนร่วมของประชาชน ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีจิตวิญญาณประชาชนของ Savigny ที่ปรากฏในงานของ Rahmatian ที่ว่า จิตวิญญาณประชาชน คือ ผลผลิตของประวัติศาสตร์และกระบวนการพัฒนาขององค์กรต่าง ๆ ซึ่งหลอมรวมเป็น อย่างเดียวกันกับจารีตประเพณี วัฒนธรรม และตัวตนของคนในชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเอกชน ที่มีความสอดคล้องกับวิถีชีวิตของประชาชน สอดคล้องกับภาษา วัฒนธรรม ธรรมชาติ การใช้อำนาจ การดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของประชาชน⁴⁸ และยังสอดคล้องกับผลงานของ Elliott ซึ่งได้อธิบายองค์ประกอบของจิตวิญญาณประชาชนว่า ประกอบด้วย 1) ศรัทธาความเชื่อ (Common Conviction) 2) สำนึกร่วม (Kindred Consciousness) และ 3) ความจำเป็นภายใน (Inward Necessity) ด้วยความเชื่อที่ว่าทุกสิ่งนั้นล้วนมีองค์ประกอบของตัวมันเอง ดังเช่น ดินน้ำลมไฟ⁴⁹ รวมไปถึงเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับ Munger ที่พบว่าประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมของสังคมไทยมีผลต่อสำนึกทางกฎหมายในการมีส่วนร่วมของประชาชน⁵⁰

6.2 ข้อเท็จจริงทางกฎหมายจากพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชน

6.2.1 ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญไทย จากผลการวิจัยพบว่า ในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทย หลักการด้านสิทธิมนุษยชนมีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับแรก

⁴⁷ทศพล วรรณกุลพันธ์, “ทำไมคนไทยไม่เคารพกฎหมาย,” วารสารนิติสังคมศาสตร์ 59, 1 (2555): 41-63.

⁴⁸Andreas Rahmatian, op. cit., pp. 1-29.

⁴⁹Frank W. Elliott, op. cit., p. 817.

⁵⁰Munger, Frank, “Constitutional Reform, Legal Consciousness, and Citizen Participation in Thailand,” *Cornell International Law Journal* 40, 2 (Spring 2007): 462.

สอดคล้องกับงานศึกษาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของ อำนาจ มงคลสืบสกุล ที่กล่าวถึงหลังการเปลี่ยนแปลง การปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตย และเริ่มมีการกล่าวถึงสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ⁵¹ เช่นเดียวกับงานของปวีศร เลิศธรรมเทวีที่ศึกษา เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญไทย โดยศึกษาจากรัฐธรรมนูญไทยตั้งแต่มีการปฏิวัติสยามในปี พ.ศ. 2475 และพบว่ามีการรับรองสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญ การปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 โดยมีการรับรองสิทธิการออกเสียงเลือกตั้ง⁵² แต่งานวิจัยของผู้วิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยยังพบว่า นอกเหนือจากสิทธิในการเลือกตั้งแล้ว ยังปรากฏการ รับรองความเสมอภาคของชายและหญิงด้วย อย่างไรก็ตาม ผลการวิจัยกลับแตกต่างจากผลการศึกษา ของสกอล หาญสุทธีวรินทร์ ที่กล่าวว่าสิทธิมนุษยชนไทยก่อนปี 2492 ไม่มีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิ มนุษยชนไว้จนมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี 2492⁵³

สรุปการปรากฏเนื้อหาหลักสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในรัฐธรรมนูญทั้ง 20 ฉบับ ซึ่งตาม UDHR ประกอบไปด้วยสิทธิมนุษยชน 28 ข้อ แบ่งเป็น 45 ข้อย่อย ผลการวิจัยพบว่าตลอดพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทย ยังปรากฏสิทธิมนุษยชนตาม UDHR ไม่ครบทุกข้อ โดยสิทธิมนุษยชนในข้อ 14 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในการลี้ภัยนั้นไม่มีปรากฏคุ้มครองในรัฐธรรมนูญ เลยแม้แต่ฉบับเดียว รวมไปถึงสิทธิเกี่ยวกับมีคู่ครองอย่างสมครใจตามข้อ 16 (1) และ (2) ซึ่งปรากฏ สิทธิครอบครัวกว้างขวางที่สุดในฉบับที่ 20 พ.ศ. 2560 จำนวน 27 ข้อ รวม 40 ข้อย่อย ในข้อนี้ แตกต่างจากผลการศึกษาของปริยวรรณ สุวรรณสุนย์ ซึ่งพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไทยได้บัญญัติเนื้อหาการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วย สิทธิมนุษยชนครบ 30 ข้อ⁵⁴ (สิทธิ 28 ข้อ และหน้าที่ 2 ข้อ)

อย่างไรก็ดี ผลการศึกษาแตกต่างจากการศึกษาของกาญจนารัตน์ สิริโรจน์ ซึ่งพบว่า มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งสิ้น 12 ส่วน คือ 1) ความเสมอภาค 2) สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล 3) สิทธิในกระบวนการ ยุติธรรม 4) สิทธิในทรัพย์สิน 5) สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ 6) เสรีภาพในการแสดงความ

⁵¹อำนาจ มงคลสืบสกุล, “พัฒนาการสิทธิมนุษยชนไทย และการเข้าร่วมเป็นภาคีสถิติสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศ,” วารสารสังคมศาสตร์มหาวิทยาลัย มหาภูมิราชนครินทร์ 1, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2561): 56-74.

⁵²ปวีศร เลิศธรรมเทวี, “สิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญไทย,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า (กันยายน - ธันวาคม 2565): 134-155.

⁵³สกอล หาญสุทธีวรินทร์, “สิทธิมนุษยชนและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป,” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 12 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557): 341-355.

⁵⁴ปริยวรรณ สุวรรณสุนย์, สิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญ ในระบอบประชาธิปไตยกับสังคมนิยม, รายงานการวิจัยสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร (2563).

คิดเห็น 7) สิทธิและเสรีภาพในการศึกษา 8) สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ 9) สิทธิในข้อมูลข่าวสารและการร้องเรียน 10) เสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม 11) สิทธิชุมชน 12) สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ⁵⁵ โดยหากเทียบกับ UDHR แล้วจะครอบคลุมเพียง 12 ข้อ ซึ่งเมื่อเทียบกับข้อมูลที่ผู้วิจัยค้นพบในครั้งนี้ พบว่ามีปรากฏอยู่จริงในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 อย่างน้อยที่สุด 26 ข้อรวม 39 ข้อย่อย ตาม UDHR

ผลการวิจัยในครั้งนี้ที่ตลอดระยะเวลากว่า 90 ปี มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญถึง 20 ครั้ง มีสิทธิมนุษยชนหลายประการที่ค่อยเติบโตไปพร้อมกับพัฒนาการของร่างรัฐธรรมนูญและความครอบคลุมกว้างขวางแห่งสิทธิมนุษยชนก็มีลักษณะค่อยเป็นค่อยไป แต่ก็มีเปลี่ยนแปลงขนานใหญ่เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะในช่วงที่มีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองที่สำคัญเช่น รัฐธรรมนูญยุคประชาชนเรียกร้อง และยุคประชาชนมีส่วนร่วม เป็นต้น สอดคล้องกับผลงานของ ชาย ไชยจิต ที่ผลการศึกษาชี้ให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญนั้นอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 รูปแบบ คือการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญอย่างไม่เป็นทางการที่มีกระบวนการเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่องที่ละเล็กละน้อยโดยอาจผ่านกระบวนการตีความและการวินิจฉัยของศาล และการเปลี่ยนแปลงอย่างเป็นทางการซึ่งมักจะเป็นการเปลี่ยนแปลงขนานใหญ่ มีกระบวนการจัดทำอย่างเป็นทางการ⁵⁶

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาผลการวิจัยของผู้วิจัย ในส่วนของรัฐธรรมนูญในยุคประชาชนมีส่วนร่วม (รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540, พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2560) ถือว่าผลการวิจัยสอดคล้องกับงานศึกษาเรื่อง “สิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” ของสากล พรหมสถิตย์ ที่ว่ารัฐธรรมนูญไทยมีพัฒนาการมาอย่างยาวนานตั้งแต่ พ.ศ. 2475 จากเริ่มแรกที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ใช้อำนาจ ขยายสู่การมีส่วนร่วมในการปกครองของประชาชนที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการรับรองปกป้องและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้อย่างชัดเจน และครอบคลุมอย่างกว้างขวาง รวมถึงสอดคล้องกันในเรื่องมีการประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่ได้รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมที่ประเทศไทยเป็นภาคีอีกด้วย⁵⁷

⁵⁵กาญจนารัตน์ สิริโรจน์, “สิทธิและเสรีภาพของประชาชนความคุ้มครองที่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายและกฎ,” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 12 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2565): 1-3.

⁵⁶ชาย ไชยจิต, “การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ มุมมองของการศึกษาเปรียบเทียบ,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า, (มกราคม - เมษายน 2565): 5-30.

⁵⁷สากล พรหมสถิตย์, “เสรีภาพในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560,” รายงานสืบเนื่องจากการประชุม (Proceedings) การประชุมวิชาการระดับชาติและนานาชาติครั้งที่ 1 พ.ศ. 2561 (2561): 1056.

6.2.2 ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนจากการบังคับใช้กฎหมายโดยองค์กรตุลาการพบว่ากรณีของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงแรกนั้นมักมีแนวคำวินิจฉัยที่ไม่ค่อยเป็นประโยชน์ในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเท่าใดนัก แนวคำวินิจฉัยส่วนใหญ่มีกวีนิพนธ์ว่าการดำเนินการต่าง ๆ กฎหมายหรือร่างกฎหมายที่กำหนดขึ้นนั้นไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งที่ได้รับการคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญและมีส่วนน้อยที่ยืนยันถึงสิทธิมนุษยชนของประชาชนที่จะต้องเคารพและละเมิดมิได้สอดคล้องกับงานเขียนของสมคิด เลิศไพฑูรย์ ที่เห็นว่า ณ ขณะนั้น มีเพียงคดีเดียวที่ศาลตัดสินว่าบทบัญญัติของกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ และที่วินิจฉัยว่าไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญถึง 11 ฉบับ ส่วนศาลปกครองเองก็จะเป็นการพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐ กฎหรือระเบียบลำดับรองหากต้องพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดก็มักจะยืนยันว่าเป็นการดำเนินการที่ชอบด้วยกฎหมาย แม้อาจจะมึลักษณะที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนของประชาชน⁵⁸ และสอดคล้องกับงานศึกษาของอนันต์ เพียรวัฒนะกุลชัย เขียนบทความเรื่อง การประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยองค์กรตุลาการพบว่า องค์กรตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง โดยองค์กรตุลาการดังกล่าวจะพิจารณาวินิจฉัยไปตามลักษณะและองค์ประกอบของความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้⁵⁹

ทั้งนี้ อนันต์ เพียรวัฒนะกุลชัย กล่าวเสริมว่า ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองไม่ได้พิจารณาในประเด็นหรือสาระ (Substance) ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพเป็นการเฉพาะหรือไม่ ทำให้คดีสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ถูกหยิบยกขึ้นเพื่อสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายในการทำให้สังคมได้รับรู้ว่าการนี้เป็นการละเมิดสิทธิหรือไม่ แต่ผลการวิจัยในครั้งนี้ของผู้วิจัยกลับพบว่า มีหลักฐานปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองสูงสุด ที่มีการนำหลักการด้านสิทธิมนุษยชนความตกลงระหว่างประเทศ และวินิจฉัยหรือพิพากษาในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชนประการหนึ่งด้วย ส่วนศาลฎีกา (ศาลยุติธรรม) เองก็เคยมีกรณีปรากฏว่ากล่าวถึงหลักสิทธิมนุษยชนด้วยเช่นกันแต่อาจจะปรากฏไม่มากนักทั้ง 3 ศาล ซึ่งผลการวิจัยครั้งนี้กลับสอดคล้องกับงานศึกษาของ Munger ที่ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญ สำนักทางกฎหมายและการมีส่วนร่วมของประชาชนในประเทศไทยพบว่า ศาลค่อนข้างมีบทบาทต่อความเข้าใจของประชาชนอย่างยิ่งโดยเฉพาะประเด็น

⁵⁸สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาคตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า 1, 1 (ฉบับปฐมฤกษ์ 2546): 48-51.

⁵⁹อนันต์ เพียรวัฒนะกุลชัย, “การประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารวิชาการศรีปทุม ชลบุรี 16, 2 (ตุลาคม-ธันวาคม 2562): 32.

ที่ประชาชนให้ความสนใจและศาลเองก็พยายามนำเสนอบทบาทของตนเองในคดีเหล่านั้น⁶⁰ อย่างไรก็ตามในกรณีที่ ทศพล วรรณกุลพันธ์ได้มีความเห็นว่าการตีความของศาลควรพิจารณาถึงสภาพสังคม เศรษฐกิจและการเมือง ตามแนวคิด “ขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นผู้แปลกฎหมายที่ดีที่สุด”⁶¹

6.3 จิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้พัฒนาการรัฐธรรมนูญไทย

6.3.1 การมีส่วนร่วมของประชาชนพบว่า เนื่องด้วยสังคมปัจจุบันมีความซับซ้อน ดังนั้น การแสดงออกซึ่งจิตวิญญาณประชาชนจำเป็นต้องแสดงออกผ่านนักกฎหมายผู้ซึ่งมีประสบการณ์และสามารถถ่ายทอดจิตวิญญาณและประสบการณ์ทางกฎหมายได้ดี โดยปรากฏตัวตนของประชาชน ในการมีส่วนร่วมก่อสร้างจิตวิญญาณประชาชน คือ 1) คณะนิติบัญญัติ 2) คณะตุลาการ 3) คู่ความในคดี โดยมีความแตกต่างจากผลงานของ Oliver Baldwin ที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับจิตวิญญาณประชาชนของ ชาวสเปน ผ่าน Seneca ซึ่งเป็นทั้งนักเขียน นักปรัชญา ซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากในราชอาณาจักรสเปน และกลายเป็นบุคคลสำคัญที่ก่อสร้างจิตวิญญาณประชาชนชาวสเปนขึ้น⁶²

จากผลการวิจัยพบว่า คู่ความในคดี ซึ่งอาจมาจากภาคเอกชน ซึ่งถือได้ว่าเป็น บุคคลธรรมดาทั่วไปก็ได้นั้น ปรากฏว่ามีการกล่าวอ้างถึงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ในการพิจารณาคดีในศาลทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกา สอดคล้องกับผลการ ศึกษาของ Munger ที่พบว่าสำนักทางกฎหมายของประชาชนไม่มีการแสดงออกอย่างชัดเจน เว้นแต่ เป็นเรื่องที่ประชาชนได้รับผลประโยชน์โดยตรง⁶³ แต่ผลการวิจัยกลับแตกต่างกับงานศึกษาของพรอัมรินทร์ พรหมเกิด ซึ่งได้ศึกษาวัฒนธรรมทางการเมืองกับการพัฒนาประชาธิปไตยในเขตชนบทอีสาน โดยเห็นว่า พลเมืองไม่รู้จักสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบต่อสังคม อีกทั้งมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าประชาชนเห็นว่าการกระทำไม่ถูกกฎหมายหรือกติกาของสังคมเป็นเรื่องส่วนบุคคล และเชื่อว่าบุคคลมีสิทธิที่จะทำหรือไม่ทำ ตามกฎกติกาที่ตนก็ได้⁶⁴ แต่ผลการวิจัยในครั้งนี้ของผู้วิจัยกลับปรากฏข้อเท็จจริงว่าประชาชนเลือกยืนยืน ในสิทธิมนุษยชนเมื่อมีกรณีที่ต้องเข้าสู่การพิจารณาของศาล ดังนั้น การที่ประชาชนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายอาจต้อง ตั้งคำถามต่อกฎหมายเหล่านั้นเองว่ามีปัญหาความชอบธรรมตามหลักสิทธิมนุษยชนหรือไม่ประการหนึ่งด้วย

⁶⁰Frank Munger, op. cit., pp. 456-457.

⁶¹ทศพล วรรณกุลพันธ์, เรื่องเดิม, หน้า 63.

⁶²Oliver Baldwin, “A Spaniard in essence: Seneca and the Spanish Volksgeist,” *International Journal of the Classical Tradition* 28 (2021): 335.

⁶³Frank Munger, op. cit., p. 464.

⁶⁴พรอัมรินทร์ พรหมเกิด, “วัฒนธรรมทางการเมืองกับการพัฒนาประชาธิปไตยในเขตชนบทอีสาน: กรณีศึกษาประชาชนในเขตหมู่บ้านคำบง และหมู่บ้านสะอาด ตำบลสะอาด อำเภอน้ำพอง จังหวัดขอนแก่น,” *วารสารมนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์* 31, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2557): 80-81.

ประเด็นดังกล่าวมีความเชื่อมโยงกับงานของ David Lefkowitz ได้ศึกษาเกี่ยวกับหน้าที่ของประชาชนในการเคารพกฎหมาย โดย Lefkowitz ได้กล่าวถึง ลักษณะทั่วไปในการเคารพกฎหมาย (Nature of a duty to obey the law) ความสัมพันธ์ของบริบทในสังคม (Relational/associative-role, approaches) การยอมรับกฎหมาย (Individual consent) หน้าที่โดยธรรมชาติ (Natural duty) ความชอบธรรมของหน้าที่ในการเคารพกฎหมาย (Justifying the duty to obey the law) หลักการอนาธิปไตยทางปรัชญา (Philosophical Anarchism)⁶⁵ ซึ่งผลการวิจัยครั้งนี้มีความสอดคล้องกันในบางประการโดยเฉพาะการเคารพกฎหมาย การยอมรับกฎหมาย และหน้าที่ในการเคารพกฎหมาย เพราะพบว่าการพิจารณาดีของศาลมีแนวโน้มที่จะพิพากษาเป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายมากกว่าการตีความเพื่อคุ้มครองหรือให้หลักประกันแก่สิทธิมนุษยชนของประชาชน กลายเป็นการยืนยันว่าประชาชนต้องเชื่อฟังกฎหมายมากกว่าการต่อสู้เรียกร้องซึ่งสิทธิ

6.3.2 ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของประชาชนพบว่า สามารถแบ่งยุคแห่งการเปลี่ยนแปลงสิทธิมนุษยชนของรัฐธรรมนูญได้ 5 ช่วง ได้แก่ 1) ยุคก่อตั้งสิทธิ 2) ยุคให้สิทธิประชาชน 3) ยุคประชาชนเรียกร้อง 4) ยุคประชาชนมีส่วนร่วม และ 5) ยุคปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งแตกต่างจากงานศึกษาของศึกษาของปวิศร เลิศธรรมเทวี (2565) ได้แบ่งช่วงพัฒนาการด้านสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยออกเป็น 3 ยุค คือ 1) เป็นช่วงรับหลักการเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจากรัฐธรรมนูญต่างประเทศ โดยเชื่อว่าได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญของต่างประเทศคือ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส 2) ช่วงรับหลักการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และ 3) ช่วงที่รับเอาแนวคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนในกฎหมายระหว่างประเทศมาบัญญัติเป็นสิทธิในรัฐธรรมนูญปรากฏชัดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540, 2550 และ 2560

จากยุคก่อตั้งสิทธิที่เป็นยุคที่รัฐเริ่มให้การคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชน จนมาถึงยุคที่รัฐกำหนดสิทธิให้แก่ประชาชน และเกิดเหตุการณ์สำคัญทางการเมืองนำมาซึ่งการเรียกร้องให้มีการปกป้องสิทธิของประชาชนในยุคประชาชนเรียกร้อง ก็เริ่มมีการนำหลักการด้านสิทธิมนุษยชนเข้ามาบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ สอดคล้องกับงานของอำนาจ มงคลสืบสกุล ที่ยืนยันในทำนองเดียวกันว่าปรากฏข้อเท็จจริงถึงการเรียกร้องให้มีการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้กับประชาชน จนมีการกำหนดบทบัญญัติที่เป็นการรับรองสิทธิมนุษยชนส่วนใหญ่ไว้ในรัฐธรรมนูญ⁶⁶ และเช่นเดียวกันกับงานศึกษาของปวิศร เลิศธรรมเทวี ซึ่งเห็นว่าพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยสะท้อนให้เห็นพัฒนาการ

⁶⁵David Lefkowitz, "The Duty to Obey the Law," *Philosophy Faculty Publications* 64 [Online], available URL: <http://scholarship.richmond.edu/philosophy-faculty-publications/64>, 2006 (November, 20).

⁶⁶อำนาจ มงคลสืบสกุล, เรื่องเดิม, หน้า 66.

ของการรับรองสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในเอกสารระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยผสมแนวคิดสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มีความสากลกับคุณค่าของสังคมไทยไว้ด้วยกัน⁶⁷ ผลการวิจัยเป็นอย่างเดียวกัน ซึ่งในงานวิจัยครั้งนี้ปรากฏเด่นชัดในยุคนั้นประชาชนมีส่วนร่วม

6.3.3 สำเนิกร่วมของประชาชน ผลจากการวิจัยพบว่า ประชาชนมีสำเนิกร่วมต่อหลักการด้านสิทธิมนุษยชนร่วมกันว่า สิทธิมนุษยชนนั้นเป็นสิทธิที่ต้องได้รับการคุ้มครอง ทั้งนี้ หลักการด้านสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏการยืนยันถึงสิทธิเสรีภาพมาอย่างยาวนานที่สุดประการหนึ่งคือ เสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งกาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์ ก็ค้นพบว่า สิทธิที่ได้รับการยืนยันมาตลอดตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 คือ เสรีภาพในการนับถือศาสนา⁶⁸

ผลการวิจัยพบว่ามีถ้อยคำที่ปรากฏบ่อยครั้งในพัฒนาการด้านสิทธิมนุษยชนของไทยคือ “การเลือกปฏิบัติ” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ทั้งรัฐธรรมนูญ ศาล และประชาชน กล่าวอ้างเสมอมา แต่ผลการวิจัยแสดงให้เห็นว่าโดยมากศาลมักมีแนวทางการวินิจฉัยว่า กฎหมายหรือการดำเนินการของเจ้าหน้าที่นั้นไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นการยืนยันว่ารัฐสามารถจำกัดสิทธิได้และวินิจฉัยในบางกรณีว่าไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติทั้งที่ข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับคำว่า “เลือกปฏิบัติ” มาก เช่นเดียวกับที่ทศพล ทรรศนกุลพันธ์ กล่าวถึงการบังคับใช้กฎหมายที่มีการเลือกปฏิบัติ เป็นไปตามอำเภอใจของผู้มีหน้าที่⁶⁹ แต่ผลการวิจัยแตกต่างจากงานวิจัยของกาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์ ซึ่งแบ่งประเภทของการคุ้มครองออกเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่สมบูรณ์ คือสิทธิที่ไม่อาจถูกจำกัดหรือตัดทอนได้ เช่น สิทธิในการนับถือศาสนา และสิทธิและเสรีภาพ⁷⁰ ในขณะที่ผลการวิจัยในครั้งนี้กลับมีหลักฐานปรากฏชัดว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายและแนวการวินิจฉัยของศาลที่ระบุว่ารัฐสามารถจำกัดขอบเขตแห่งสิทธิหรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา รวมถึงจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้

นอกจากนี้ สำเนิกร่วมอีกประการหนึ่งที่ปรากฏเด่นชัดเช่นกัน คือ สิทธิมนุษยชนอาจถูกจำกัดโดยรัฐได้เสมอ และมีทั้งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลยืนยันถึงความเห็นพ้องต้องกันในเรื่องนี้ โดยยกอ้างเหตุผล “ประโยชน์สาธารณะ” “ความมั่นคง” หรือ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี” ใกล้เคียงกับผลการวิจัยของกาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์ ที่พบว่ารัฐธรรมนูญเปิดช่องให้มีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ภายใต้เงื่อนไขว่า 1) สิทธิเสรีภาพเด็ดขาดจะถูกจำกัดไม่ได้ 2) จะจำกัดได้เท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยเฉพาะเท่านั้น 3) ต้องเป็นไป

⁶⁷ปรีศร เลิศธรรมเทวี, เรื่องเดิม, หน้า 153.

⁶⁸กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์, เรื่องเดิม, หน้า 4, 8-9.

⁶⁹ทศพล ทรรศนกุลพันธ์, เรื่องเดิม, หน้า 62.

⁷⁰กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์, เรื่องเดิม, หน้า 8-9.

เพื่อประโยชน์ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด 4) จำกัดได้เท่าที่จำเป็นตาม 5) ต้องไม่กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ 6) ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย และ 7) ต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งสอดคล้องในข้อ 3) ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด⁷¹

6.3.4 แบบแผนพฤติกรรมของประชาชน ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนพบว่า มีแบบแผนที่ถูกแสดงออกมาอย่างต่อเนื่องตลอดระยะเวลากว่า 90 ปี คือ แนวทางยืนยันสิทธิมนุษยชนและแนวทางยืนยันอำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นแนวทางที่ตรงข้ามกันแต่ก็อยู่คู่กันมาตลอด สอดคล้องกับผลงานของ สุวิจักขณ์ นาควัชระชัย ซึ่งได้นำเสนอบทความเรื่อง “พัฒนาการสิทธิมนุษยชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” ที่ปรากฏเป็นสิทธิเสรีภาพ รวมถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 แต่ไม่เกิดผลในทางปฏิบัติตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ทั้งความไม่ชัดเจนของเนื้อหาสิทธิ ไม่มีการอนุวัติกฎหมายเพื่อให้เห็นเป็นตามรัฐธรรมนูญ ประชาชนไม่สามารถตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างแท้จริง⁷² ใกล้เคียงกับงานของปรียวรรณ สุวรรณสุนย์ ซึ่งได้สรุปว่า ถึงแม้รัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานให้กับประชาชน แต่ปัญหาที่พบเกิดจากการยังมิได้บังคับใช้รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องในทางปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม⁷³ และเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับ Munger ซึ่งเห็นว่าการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้นค่อนข้างมีปัญหาเพราะกฎหมายดูเหมือนไม่มีความสัมพันธ์กับสิ่งที่เกิดขึ้นในการดำเนินชีวิตของประชาชน⁷⁴

ด้วยผลการศึกษาที่สะท้อนให้เห็นลักษณะเฉพาะของจิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับหลักการด้านสิทธิมนุษยชนภายใต้พัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยซึ่งมีลักษณะเฉพาะของไทยเช่นนี้ ผลการศึกษาจึงแตกต่างจากการศึกษาเกี่ยวกับจิตวิญญาณประชาชนซึ่งเกิดขึ้นในประเทศอื่น เช่น งานศึกษาของ Yun-Ru Chen ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว ซึ่งมองว่าเป็นส่วนหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงจิตวิญญาณของประชาชน (Volksgeist) มีลักษณะที่เฉพาะและแตกต่างไปตามแต่ละชนชาติ ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวของไต้หวันมีความเฉพาะตัว (Unique) เพราะมีพัฒนาการจากการที่ญี่ปุ่นเข้ายึดครองไต้หวันเป็นอาณานิคม และไต้หวันได้ใช้กฎหมายครอบครัวนี้

⁷¹เรื่องเดียวกัน, หน้า 8-11.

⁷²สุวิจักขณ์ นาควัชระชัย, “พัฒนาการของสิทธิมนุษยชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” ใน **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 12 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2565): 446.

⁷³ปรียวรรณ สุวรรณสุนย์, เรื่องเดิม, หน้า 181-187.

⁷⁴Frank Munger, op. cit., p. 473.

เป็นเครื่องมือหนึ่งในการต่อต้านการเข้ามามีอิทธิพลของกฎหมายครอบครัวญี่ปุ่น⁷⁵ ในขณะที่ผลการวิจัยครั้งนี้พบว่า เกี่ยวกับสิทธิในครอบครัวค่อนข้างได้รับการยืนยันถึงเสรีภาพของบุคคลในการมีครอบครัวและยอมรับความแตกต่างในการสมรสของผู้นับถือศาสนาอิสลามอีกด้วย

ตัวอย่างเช่น กรณีการศึกษาของ Renée Lettow Lerner ซึ่งได้เขียนบทความเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา (The Second Amendment) เชื่อมโยงกับประเด็นเรื่องจิตวิญญาณประชาชน (Spirit of the People)⁷⁶ แต่ผลการวิจัยในครั้งนี้ยังไม่ค้นพบในลักษณะเช่นนั้น ซึ่งจากการศึกษาพบว่าลักษณะของการบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้นใกล้เคียงกับการยึดโยงหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หรือใกล้เคียงและชัดเจนที่สุดคือ บัญญัติมาจากหลักการด้านสิทธิมนุษยชนมากกว่าการเชื่อมโยงกับจิตวิญญาณประชาชนโดยตรง ซึ่งตรงนี้สอดคล้องกับที่ ปวีศร เลิศธรรมเทวี ได้มีข้อสังเกตว่า สิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญไทยเป็นการปรับใช้หลักการมาจากรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเป็นเหตุให้ประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนของไทยไม่สะท้อนความต้องการของผู้คนในสังคม (Reality) และยังไม่เกิดการตระหนักในสิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง (Realization)⁷⁷

ตัวอย่างหนึ่งของการศึกษาของ Renée Lettow Lerner ที่กล่าวถึงสิทธิในการครอบครองปืนว่า ถือเป็นจิตวิญญาณประชาชนของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับความเป็นอิสระหรือจิตวิญญาณในการต่อต้านการถูกกดขี่ ซึ่งเป็นจิตวิญญาณในการพึ่งพาตนเองที่ประชาชนชาวอเมริกันมีประสบการณ์มาอย่างยาวนานตั้งแต่มาตั้งรกรากในภูมิภาคนี้ ซึ่งมีความสำคัญต่อการปกครองตนเองของรัฐ⁷⁸ แต่ผลการวิจัยในครั้งนี้ มีประเด็นที่ใกล้เคียงที่สุดที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานและคงอยู่มาอย่างต่อเนื่องคือ เสรีภาพในการนับถือศาสนา และสิทธิในการเลือกตั้ง ที่พัฒนาและปรากฏตัวชัดเจนตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 จนถึงปัจจุบันกว่า 90 ปี ที่มีคำพิพากษาของศาลเองได้ยอมรับความแตกต่างทางด้านศาสนาไว้ เช่น การยอมรับการสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมายตามหลักศาสนาอิสลาม เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แม้ปวีศร เลิศธรรมเทวี จะเห็นว่าประชาชนยังไม่เกิดการตระหนักในสิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง (Realization)⁷⁹ ซึ่งมีข้อสรุปคล้ายคลึงกับการวิจัยครั้งนี้ แต่ข้อแตกต่าง

⁷⁵Yun-Ru Chen, “Family Law as a Repository of Volksgeist: The Germany-Japan Genealogy,” *Comparative Law Review* 4, 2 (2013): 2.

⁷⁶Renée Lettow Lerner, “The Second Amendment and the Spirit of the People,” *Harvard Journal of Law & Public Policy* 43, 2 (2020): 319.

⁷⁷ปวีศร เลิศธรรมเทวี, เรื่องเดิม, หน้า 153.

⁷⁸Renée Lettow Lerner, op. cit., p. 324.

⁷⁹ปวีศร เลิศธรรมเทวี, เรื่องเดิม, หน้า 153.

ที่สำคัญคือ ในการวิจัยครั้งนี้ มีหลักฐานยืนยันว่าแท้จริงแล้วประชาชนตระหนักถึงสิทธิของตน ทั้งในฐานะสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ และสิทธิในฐานะสิทธิมนุษยชนที่ทุกคนควรได้รับ ในฐานะที่เป็นมนุษย์ จากการกล่าวอ้างสิทธิดังกล่าวอย่างชัดเจนในการต่อสู้คดีในศาล เพียงแต่ผลลัพธ์ที่ได้อาจไม่ตรงตามความคาดหวังที่จะให้ได้รับการคุ้มครองตามหลักการด้านสิทธิมนุษยชนเท่านั้นเอง ซึ่งจากบทบาทของศาลต่อการต่อสู้ของประชาชนในการยกอ้างหลักการด้านสิทธิมนุษยชนขึ้นเป็น ข้อต่อสู้กลับพบว่า มีจำนวนไม่มากนักที่ศาลจะเห็นด้วยกับข้ออ้างของประชาชน ซึ่งอาจจะทำให้ประชาชน เกิดความไม่มั่นใจในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งประเด็นนี้ Munger เอง ก็ได้กล่าวไว้เช่นเดียวกันว่า ประชาชนโดยทั่วไปไม่ใส่ใจกระบวนการยุติธรรม และมองว่าช่องทางของกฎหมายไม่ใช่ทางแก้ไขปัญหา ได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁸⁰

7. ข้อเสนอแนะ

1) จากผลวิจัยในครั้งนี้สะท้อนให้เห็นว่าจิตวิญญาณประชาชนเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของไทยนั้น แทรกซึมอยู่ในพัฒนาการของสังคมไทยมายาวนาน เพียงแต่ยังไม่ถูกบังคับใช้โดยองค์กรที่มีบทบาท สำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิให้กับประชาชนอย่างชัดเจน แต่กลับชัดเจนว่าเป็นสิ่งที่ประชาชน ล้วนต้องการอย่างยิ่ง เพราะนี่คือสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะมนุษย์คนหนึ่งควรได้รับ ดังนั้น หน่วยงาน ภาครัฐที่มีบทบาทสำคัญในการยืนยันถึงสิทธิมนุษยชนจำเป็นต้องตระหนักถึงบทบาทของตนเองใน การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในฐานะที่เป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนควรได้รับ

2) จากการเก็บรวบรวมข้อมูลในครั้งนี้มีข้อมูลมากมายเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญทั้ง 20 ฉบับ คำวินิจฉัยและคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับหลักการด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง ในการพัฒนาการคุ้มครองและส่งเสริมด้านสิทธิมนุษยชนควรนำไปศึกษาเป็นแนวทางในการกำหนด ทิศทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่จะก่อให้เกิดผลสำเร็จได้จริง

3) ผลการวิจัยปรากฏชัดว่า ต้นทางที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน คือ รัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในการยกร่างรัฐธรรมนูญผู้ร่างควรตระหนักถึงสาระสำคัญแห่งการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดย คำนึงถึงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ ทั้งที่เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอยู่หลายฉบับ และจากพัฒนาการรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเอง ซึ่งในรายงานการวิจัยนี้ได้รวบรวมข้อมูลพัฒนาการ ของสิทธิมนุษยชนที่อยู่ในรัฐธรรมนูญและมีข้อมูลเทียบเคียงให้เห็นแล้วว่าประเทศไทยยังขาดการตระหนัก ในขั้นเตรียมการยกร่างรัฐธรรมนูญในประเด็นใดบ้าง เพื่อให้เกิดสิทธิที่ถูกยอมรับและรับรองอย่างถาวร เช่นเดียวกับที่เกิดขึ้นกับเสรีภาพในการนับถือศาสนาที่ถูกรับรองทั้งในรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาศาล และข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสังคมที่คนไทยสามารถอยู่ร่วมกันได้แม้นับถือศาสนาแตกต่างกัน

⁸⁰Frank Munger, op. cit., p. 473.

4) ผลการวิจัยนี้สะท้อนจิตวิญญาณประชาชนที่ได้มาจากผู้ซึ่งเกี่ยวข้องอันถือได้ว่าเป็นบุคคลซึ่งอยู่ในโครงสร้างระดับชนชั้นนำในสังคมเป็นส่วนใหญ่ และมีข้อมูลจากประชาชนธรรมดาสามัญน้อย ดังนั้นผลลัพธ์จากการวิจัยที่เกิดขึ้นจึงเป็นการสะท้อนวิถีคิด มุมมอง ทศนคติ จารีตประเพณี อันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของจิตวิญญาณประชาชน (ที่ได้ข้อมูลจากชนชั้นนำ) จึงจำเป็นที่กลุ่มชนชั้นนำที่เป็นแหล่งที่มาของข้อมูลในครั้งนี้จะต้องตระหนักถึงบทบาทและหน้าที่ของตนในการปกป้องสิทธิมนุษยชนของประชาชนด้วย ดังนั้น กลุ่มชนชั้นนำเหล่านี้ควรมีการเพิ่มพูนความรู้ความเข้าใจในหลักการด้านสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวาง หรือการนำผู้ซึ่งมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมาเป็นส่วนหนึ่งในองคาวพพที่เกี่ยวข้อง เช่น คณะนิติบัญญัติควรมีผู้มีความรู้เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมาเป็นองค์ประกอบ คณะตุลาการต้องมีการศึกษาเพิ่มเติมหลักการด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งไม่ใช่หลักการที่ปรากฏเป็นกฎหมายภายใน แต่หากเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง หรือแม้กระทั่งในงานวิจัยนี้ปรากฏคู่ความในคดีภาคเอกชน ก็ควรเพิ่มพูนความรู้เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อความเข้าใจที่ถูกต้องและเพิ่มความสำเร็จในการยกอ้างหลักการด้านสิทธิมนุษยชนที่บางส่วนได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญอยู่แล้วให้เกิดผลดีแก่การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของตนเองต่อไป

บรรณานุกรม

- กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์. “สิทธิและเสรีภาพของประชาชนความคุ้มครองที่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายและกฎ.” ใน **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 12 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2565: 1-35.
- จรัญ โฆษณานันท์. **นิติปรัชญา : Legal Philosophy**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547.
- ชาย ไชยชิต. “การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ มุมมองของการศึกษาเปรียบเทียบ.” **วารสารสถาบันพระปกเกล้า** (มกราคม-เมษายน 2565): 5-30.
- ชาย โพธิ์สิตา. **ศาสตร์และศิลป์แห่งการวิจัยคุณภาพ**. นครปฐม: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2547.
- ทศพล ทรรศนกุลพันธ์. “ทำไมคนไทยไม่เคารพกฎหมาย.” **วารสารนิติสังคมศาสตร์** 59, 1 (2555): 41-63.
- บท นามบุตร. **ศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 24 ปี 11 เมษายน 2565** [Online]. Available URL: [https://occ_th.constitutionalcourt.or.th/detail/ศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ--24--ปี--11--เมษายน--2565, \(มีนาคม, 25\)](https://occ_th.constitutionalcourt.or.th/detail/ศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ--24--ปี--11--เมษายน--2565, (มีนาคม, 25)).
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา**. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ปรียวรรณ สุวรรณสุนย์. **สิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญในระบบประชาธิปไตยกับสังคมนิยม**. รายงานการวิจัยสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร (2563).
- ปวิศร เลิศธรรมเทวี. “สิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญไทย.” **วารสารสถาบันพระปกเกล้า** (กันยายน-ธันวาคม 2565: 134-155.
- พรอัมรินทร์ พรหมเกิด. “วัฒนธรรมทางการเมืองกับการพัฒนาประชาธิปไตยในเขตชนบทอีสาน: กรณีศึกษาประชาชนในเขตหมู่บ้านคำบง และหมู่บ้านสะอาด ตำบลสะอาด อำเภอโนนน้ำพอง จังหวัดขอนแก่น.” **วารสารมนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์** 31, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2557): 63-69.
- ศูนย์ศึกษาประชาธิปไตย. **หลักการสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตย** [Online]. Available URL: http://www.ect.go.th/dec/ewt_news.php?nid=71&filename=index, 2566 (มกราคม 2566).
- สกล หาญสุทธิวารินทร์. “สิทธิมนุษยชนและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป.” ใน **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 12 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2565: 341-355.

- สมคิด เลิศไพฑูรย์. “หลักความเสมอภาคตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.” **วารสารสถาบันพระปกเกล้า** 1, 1 (ฉบับปฐมฤกษ์ 2546): 30-52.
- สากล พรหมสถิต. “เสรีภาพในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.” รายงานสืบเนื่องจากการประชุม (Proceedings) การประชุมวิชาการระดับชาติและนานาชาติครั้งที่ 1 พ.ศ. 2561 (2561): 1056-1076.
- สุวิจักขณ์ นาควัชรชัย. “พัฒนาการของสิทธิมนุษยชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.” ใน **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 12 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2565: 428-453.
- อนันต์ เพียรวัฒนะกุลชัย. “การประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยองค์กรตุลาการ.” **วารสารวิชาการศรีปทุม ชลบุรี** 16, 2 (ตุลาคม-ธันวาคม 2562): 27-34.
- อำนาจ มงคลสืบสกุล. “พัฒนาการสิทธิมนุษยชนไทย และการเข้าร่วมเป็นภาคีสันติสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ.” **วารสารสังคมศาสตร์มหาวิทยาลัย มหามกุฏราชวิทยาลัย** 1, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2561): 56-74.
- Baldwin, Oliver. “A Spaniard in essence: Seneca and the Spanish Volksgeist.” **International Journal of the Classical Tradition** 28 (2021). 335–352.
- Chen, Yun-Ru. “Family Law as a Repository of Volksgeist: The Germany-Japan Genealogy.” **Comparative Law Review** 4, 2 (2013): 1-34.
- Elliott, Frank W. “Volksgeist and a Piece of Sulphur.” **Texas Law Review** 42 (1964): 817-834.
- Lefkowitz, David. “The Duty to Obey the Law.” **Philosophy Faculty Publications** 64 [Online]. Available URL: <http://scholarship.richmond.edu/philosophy-faculty-publications/64>, 2006 (November, 20).
- Lerner, Renée Lettow. “The Second Amendment and the Spirit of the People.” **Harvard Journal of Law & Public Policy** 43, 2 (2020): 319-329.
- Munger, Frank. “Constitutional Reform, Legal Consciousness, and Citizen Participation in Thailand.” **Cornell International Law Journal** 40, 2 (Spring 2007): 455-475.
- Rahmatian, Andreas. “Friedrich Carl von Savigny’s Beruf and Volksgeistlehre.” **The Journal of Legal History** 28, 1 (2007): 1–29.

ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การขอพิจารณา
ทบทวนมติข้อมูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ
ป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ
ที่มีผลกระทบต่อผู้ถูกกล่าวหา

กานต์ชนก จูทะศรี

ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การขอพิจารณาบทลงโทษคดีข้อมูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ
ที่มีผลกระทบต่อผู้ถูกกล่าวหา*

Problems Suitability about the Review of Resolutions Indicating
Disciplinary Misconduct by the National Anti-Corruption
Commission and Their Impact on the Accused Individuals

กานต์ชนก จุฑะศรี**
Karnchanok Chudhasri

บทคัดย่อ

ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การขอพิจารณาบทลงโทษคดีข้อมูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่มีผลกระทบต่อผู้ถูกกล่าวหาในการดำเนินการตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 99 ที่ใช้บังคับในปัจจุบันอันเป็นบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของข้าราชการ

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการบทลงโทษคดีข้อมูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติที่มีผลกระทบต่อผู้ถูกกล่าวหา” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ดร.ดลนภา นันทวรไพโร คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต และศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล.

This research article is a part of thesis “Legal Issues Regarding the Review of Resolutions Indicating Disciplinary Misconduct by the National Anti-Corruption Commission and Their Impact on the Accused Individuals.” This thesis has been approved by graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master of Laws at Dhurakij Pundit University. Dr.Donnapa Nanthawaroprai is advisor. Professor Dr.Udom Rathamarit and Professor Dr.Paisit Pipattanakul are examiners.

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริดิพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. E-mail: karnchanok37@gmail.com

LL.M. Candidate, Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University.

วันที่รับบทความ (received) 15 พฤศจิกายน 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 9 กุมภาพันธ์ 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 21 กุมภาพันธ์ 2567.

ซึ่งถูกลงโทษทางวินัยตามมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งพบว่า หลักเกณฑ์ ขั้นตอน ยิงขาดมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญหลายประการที่ทำให้ผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ และเป็นการจำกัดดุลยพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งลงโทษ นอกจากนี้ ยังเป็นการไม่เปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้ขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยใหม่ได้อีก ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักการ รับฟังผู้ถูกระทบสิทธิ และไม่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง บทความนี้มุ่งนำเสนอเพื่อให้เห็นว่าควรมีการปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ตามมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 โดยการเพิ่มเติมเนื้อหา ในส่วนของหลักเกณฑ์การขอทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และปรับปรุงแก้ไข โดยให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาในการขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยใหม่ได้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ความเสมอภาค ไม่เลือกปฏิบัติ และคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของข้าราชการ

คำสำคัญ: การทบทวนมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช., การชี้มูลความผิดทางวินัย, ผู้ถูกกล่าวหา

Abstract

This thesis aims to study the legal challenges in disciplining misconduct through a legal review of disciplinary resolutions by the National Anti-Corruption Commission (NACC) and their impact on the accused individuals. The objective is to ensure fairness, appropriateness, and alignment with current enforcement practices, as well as to protect the rights and interests of government officials disciplined according to NACC resolutions. The study reveals that the criteria and procedures for examining state officials, as stipulated in the National Counter-Corruption Act B.E. 2561, Section 99, lack crucial legal measures. These deficiencies prevent accused individuals from effectively challenging the NACC's disciplinary resolutions and limit the checks and balances on the discretionary power of authorities issuing disciplinary orders. Furthermore, this approach denies the accused the opportunity to request the NACC to review disciplinary resolutions, which goes against the principles of affording affected parties a fair hearing and contradicts the rule of law in administrative actions. Therefore, it is suggested that there should be improvements and amendments to the criteria under Section 99 of the National Counter-Corruption Act B.E. 2561. This can be achieved by augmenting the content related to the criteria for requesting a review of disciplinary resolutions by the NACC and making adjustments to grant the right to the accused individuals to request the NACC to review new disciplinary resolutions. This is for the benefit of fairness, impartiality, non-selective enforcement, and the protection of the rights and interests of government officials. It is essential to amend the relevant laws governing disciplinary proceedings of government officials according to NACC resolutions to ensure that legal enforcement is fair, appropriate, and effective.

Keywords: NACC resolution review, disciplinary allegations, accused individuals

1. บทนำ

สืบเนื่องจากประเทศไทยมีปัญหาการทุจริตและการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและระบบเศรษฐกิจ ด้วยเหตุนี้ภาครัฐจึงมีแนวคิดในการพัฒนาและสร้างระบบกลไกการตรวจสอบการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐในระบบพิเศษให้มีอิสระต่างหากจากการตรวจสอบของหน่วยงานภายในขึ้น โดยให้มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือเรียกโดยย่อว่า “คณะกรรมการ ป.ป.ช.” เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยมีหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ซึ่งได้กำหนดให้มีมาตรการพิเศษเพิ่มเติมซึ่งแตกต่างไปจากเดิม เพื่อให้กลไกการพิจารณาของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

การตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจไต่สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือความผิดที่เกี่ยวข้องกัน ซึ่งคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจชี้มูลความผิดทั้งทางอาญาและทางวินัยฐานทุจริตต่อหน้าที่ ในกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติชี้มูลความผิดทางวินัยฐานทุจริตต่อหน้าที่ คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะส่งรายงานสำนวนการไต่สวน เอกสารหลักฐาน และคำวินิจฉัยไปยังผู้บังคับบัญชาเพื่อให้ดำเนินการทางวินัยต่อไป เมื่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาได้รับสำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. แล้ว ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้น พิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอีก โดยในการพิจารณาโทษทางวินัย ให้ถือว่าสำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัยตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้น โดยปัจจุบันตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มีปัญหาในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติที่สำคัญหลายประการ ดังนี้

1.1 ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การขอพิจารณาทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 99 บทบัญญัติดังกล่าวได้เปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทบทวนมติก่อนออกคำสั่งทางปกครองเฉพาะในกรณีที่มิพยานหลักฐานใหม่อันแสดงได้ว่าผู้ถูกกล่าวหา

มิได้กระทำผิดตามที่ถูกล่าว่าหาหรือกระทำผิดแตกต่างจากที่ถูกล่าว่าหาเท่านั้น แต่หากผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกล่าว่าหา เห็นว่ามีเหตุอื่นอันเกี่ยวข้องกับปัญหาความชอบด้วยกฎหมายในมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เช่น กระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มิได้เปิดโอกาสให้ผู้ถูกล่าว่าหาได้รับโอกาสในการชี้แจงข้อเท็จจริงตามสมควร หรือคู่กรณีที่เกี่ยวข้องมิได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองหรือได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาครั้งก่อนแล้ว ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หรือกรณีที่มีมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ออกโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดและต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญในทางที่จะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณี หรือหากเห็นว่ามีเหตุอื่นอันเกี่ยวกับความบกพร่องของกระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. อันไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะทำให้ผู้บังคับบัญชาไม่สามารถขอทบทวนมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ ซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีผู้ถูกล่าว่าหา และก่อให้เกิดปัญหาการใช้ดุลยพินิจอย่างไม่เป็นธรรม ส่งผลต่อการดำเนินการตามขั้นตอนทางวินัยขาดประสิทธิภาพซึ่งอาจทำให้ผู้ถูกล่าว่าหาได้รับความเสียหาย หรือขาดหลักประกันในการดำเนินการทางวินัยของหน่วยงานรัฐต่อผู้ได้รับผลร้ายจากการใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

1.2 ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับการปฏิบัติตามมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกล่าว่าหาขาดอิสระในการใช้ดุลยพินิจ

ตามมาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ที่กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกล่าว่าหาพิจารณาโทษทางวินัยโดยถือตามมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยถือเอาสำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนโทษทางวินัยนั้น มติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงมีความผูกพันต่อการวินิจฉัยความผิดทางวินัย การที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกำหนดมาตรการพิเศษในการดำเนินทางวินัยจะทำให้การชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีผลผูกพันให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกล่าว่าหาต้องยึดถือตามสำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงฐานความผิดตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูล ซึ่งทำให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกล่าว่าหานั้นขาดอิสระในการวินิจฉัยความผิดของผู้ถูกล่าว่าหา และไม่ผ่านองค์การพิจารณาอุทธรณ์ เป็นการตัดอำนาจการบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกล่าว่าหา โดยองค์กรต้นสังกัดไม่มีอำนาจในกระบวนการสอบสวนความผิดทางวินัยที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการไต่สวนและไม่อาจโต้แย้งมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ ทำให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกล่าว่าหาไม่มีดุลยพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อลงโทษผู้ถูกล่าว่าหาได้ ซึ่งถือเป็นการจำกัดดุลยพินิจของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกล่าว่าหา

1.3 ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับการพิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่ของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาที่ออกตามมติข้อมูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และการพิจารณาใหม่ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาซึ่งได้ออกคำสั่งทางปกครองตามมติข้อมูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ขัดต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2546 ที่ได้วินิจฉัยเอาไว้ว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการไต่สวนและวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญเพื่อดำเนินการต่อไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ไต่สวนและวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่จึงเป็นอันยุติองค์การที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ จึงไม่อาจเปลี่ยนแปลงฐานความผิดทางวินัยตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. วินิจฉัยยุติแล้วให้เป็นประการอื่นได้อีก¹ ซึ่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาซึ่งออกคำสั่งลงโทษทางวินัย ตามมติข้อมูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

1.4 หาความเหมาะสมเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การขอทบทวนมติข้อมูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยผู้ถูกกล่าวหา

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 99 บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาในการมีคำขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทบทวนมติข้อมูลความผิดดังกล่าว แต่บทบัญญัติดังกล่าวได้ให้อำนาจผู้บังคับบัญชาในการมีคำขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทบทวนมติข้อมูลความผิดเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า มิได้มีการให้อำนาจผู้ถูกกล่าวหาในการโต้แย้งมติข้อมูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และไม่มีสิทธิขอทบทวนมติข้อมูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในขณะที่มติดังกล่าวจะมีผลกระทบโดยตรงต่อผู้ถูกกล่าวหาเสมือนอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดความผิดซึ่งผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้มีโอกาสในการโต้แย้งภายหลังการชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ดังนั้น จึงเห็นว่าการที่ไม่เปิดโอกาสให้ ผู้ถูกกล่าวหาได้ขอทบทวนมติข้อมูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. นั้น เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้ถูกกล่าวหา ขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกกล่าวหาและเป็นการดำเนินกระบวนการที่รวบรัดขัดต่อหลักประกันสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหา และอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมในการพิจารณาดังกล่าวได้

¹คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2546 ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2546 เรื่อง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ.

2. หลักการเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ในการไต่สวนและวินิจฉัยความผิดของเจ้าหน้าที่รัฐ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือร้ายแรงผิดปกติ โดยกำหนดให้หน่วยงานต้นสังกัดของเจ้าหน้าที่รัฐต้องลงโทษทางวินัย ตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติชี้มูลความผิดทางวินัย ซึ่งการดำเนินการทางวินัยตามระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มีแนวคิด และหลักการพื้นฐานในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนี้

2.1 การดำเนินการทางวินัยตามระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

ข้าราชการพลเรือนเป็นเสมือนตัวแทนของรัฐ จึงต้องมีการประพฤติตนให้ประชาชน เชื่อถือไว้วางใจและเป็นตัวอย่างที่ดีของประชาชน เมื่อข้าราชการมีการประพฤติปฏิบัติตนที่ต่ออยู่ในระเบียบวินัย ย่อมส่งผลให้ประชาชนมีความเชื่อถือศรัทธาต่อตัวข้าราชการ หน่วยงานของราชการ รวมถึงรัฐบาล วินัยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การปฏิบัติงานการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการมีประสิทธิภาพ และเกิดประสิทธิผลในการทำงาน ฉะนั้น เมื่อจะกำหนดข้อควรปฏิบัติหรือข้อห้ามปฏิบัติ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “บทบัญญัติทางวินัย” จึงต้องคำนึงถึงกรณีการที่ไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติหรือการฝ่าฝืน ข้อห้ามนั้นด้วยว่าจะทำให้มีผลกระทบต่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการทำงานหรือไม่ ถ้าไม่มีผลกระทบก็ไม่ควรกำหนดเป็นบทวินัย เพราะเมื่อมีการกำหนดเป็นบทวินัยไว้แล้ว ข้าราชการ เจ้าหน้าที่ บุคลากรต่าง ๆ ผู้ซึ่งไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติฝ่าฝืนก็จะผิดวินัยและถูกลงโทษทางวินัยตามที่ได้มีการกำหนดไว้ ซึ่งการลงโทษทางวินัยข้าราชการนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งการดำเนินการทางวินัย รวมถึงขั้นตอนต่าง ๆ ในการใช้ดุลยพินิจของผู้บังคับบัญชาในการกำหนดโทษทางวินัยจะต้องเป็นไปตามระเบียบ ขั้นตอนของกฎหมายและต้องมีการคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมาย และการทำคำสั่งทางปกครอง ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งต้องดำเนินการตามระเบียบกฎหมายที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัดเสมอ

2.2 การดำเนินการทางวินัยของข้าราชการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561

คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีภารกิจในการดำเนินคดีทุจริตเพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อรัฐ และองค์กรอิสระถือเป็นกลไกของการบริหารราชการของรัฐบาลรูปแบบใหม่อันมีแนวคิดมุ่งไปในทางแก้ปัญหา

ที่เกิดจากการบริหารราชการแบบเดิม ที่เป็นปัญหาในปัจจุบัน คือ ปัญหาอันเกิดจากความล่าช้าในการปฏิบัติราชการเนื่องจากโครงสร้างการบริหารแบบเดิมยึดติดอยู่กับระเบียบกฎหมายและปัญหาอันเกิดจากความไม่มีประสิทธิภาพของการบริหารแบบเดิมเกี่ยวกับการรักษาผลประโยชน์ของรัฐและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 จึงให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการชี้มูลความผิดทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อเป็นองค์กรหน่วยตรวจสอบพิเศษที่มีความเป็นอิสระแตกต่างหากจากส่วนราชการอื่น เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเกิดขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ต่อเนื่องมาถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีเจตนาให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นองค์กรหลักเพียงองค์กรเดียวที่ทำหน้าที่ไต่สวนและวินิจฉัยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดฐานร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมและให้ดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561

2.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การดำเนินการทางวินัยของข้าราชการ ต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง โดยองค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดขึ้นและเป็นมาตรการที่บังคับให้องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐต้องดำเนินการให้การกระทำทางปกครองเป็นไปตามกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ประกอบไปด้วยหลักการย่อย 2 ประการ คือ หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย”² โดยกฎหมายกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการตามกฎหมายที่ควบคุมองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่กำหนดไว้และหลัก “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” ซึ่งกำหนดว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองนั้นต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับการใช้อำนาจดังกล่าว³ หากไม่มีกฎหมายรองรับการใช้อำนาจ ฝ่ายปกครองย่อมจะไม่มีอำนาจกระทำการนั้น ๆ ได้ตามอำเภอใจ

²วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 20-26.

³นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 297.

2.4 หลักแห่งความได้สัดส่วน

การดำเนินการทางวินัยของข้าราชการ ต้องคำนึงถึงหลักแห่งความได้สัดส่วนประกอบไปด้วยหลักย่อยอีก 3 ประการ คือ “หลักแห่งความเหมาะสม” เป็นหลักที่บังคับให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลยพินิจตัดสินใจเลือกออกคำสั่งที่อยู่ในวิสัยจะทำให้เจตนาธรรม หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองปรากฏเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ โดยมาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม⁴ และ “หลักแห่งความจำเป็น” เป็นหลักที่บังคับว่าคำสั่งทางปกครองที่สามารถดำเนินการให้บรรลุเจตนาธรรมของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจทั้งสิ้นนั้น ถ้าเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของราษฎร ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่มีผลเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพน้อยที่สุด และ “หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและหรือแก่สังคมโดยรวมกับประโยชน์มหาชนอันจะพึงได้รับจากการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการทางปกครองมาตรการใดมาตรการหนึ่ง

2.5 หลักความเสมอภาค

การดำเนินการทางวินัยของข้าราชการ ต้องมีความเสมอภาคซึ่งถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองมาแต่กำเนิด โดยได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์ โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ อาทิ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น และขณะเดียวกันก็ถือได้ว่า หลักความเสมอภาคนี้เป็นหลักที่ควบคุมไม่ให้รัฐใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจโดยการใช้อำนาจของรัฐแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และต้องสามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดรัฐจึงกระทำการอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้น ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยเฉพาะหากการให้เหตุผลไม่อาจรับฟังได้แสดงว่าการใช้อำนาจของรัฐนั้นเป็นไปตามอำเภอใจ ดังนั้น หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสามารถนำมาตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการได้ ดังนั้น หลักความเสมอภาคจึงกำหนดให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งเหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งแตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะ

⁴เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564), หน้า 168.

ของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งเหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันหรือการปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งแตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค⁵

2.6 หลักการเกี่ยวกับการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิ

การดำเนินการทางวินัยของข้าราชการ ถือเป็นกรณีที่มีการกระทำของฝ่ายปกครองก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิเสรีภาพ สิทธิหรือทรัพย์สินของประชาชน ผู้ถูกระทบสิทธิจะต้องมีโอกาสนในการแสดงหลักฐานและมีสิทธิในการโต้แย้งข้อเท็จจริงได้ เมื่อผู้ถูกระทบสิทธิได้รับโอกาสดังกล่าวอย่างถูกต้องและเพียงพอตามหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิ โดยคำว่า “ถูกต้อง” หมายความว่าไปถึงผู้ถูกระทบสิทธิมีระยะเวลาในการเตรียมตัวแสดงความคิดเห็นอย่างเพียงพอ การรับฟังนี้อาจรับฟังด้วยการให้ผู้ถูกระทบสิทธิทำความเข้าใจเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้ ซึ่งแตกต่างกันไปแล้วแต่ลักษณะของข้อเท็จจริง การรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิหรือหลักเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลซึ่งถูกระทบสิทธินั้น นับได้ว่าเป็นหัวใจของกระบวนการรวบรวมข้อมูล เพื่อประกอบการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง เพราะทำให้กระบวนการพิจารณาก่อนมีคำสั่งทางปกครองเป็นไปด้วยความโปร่งใสมีความยุติธรรมเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายและให้ผู้ได้รับผลกระทบมีโอกาสดังข้อเท็จจริงและเสนอพยานหลักฐาน หลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิมีรากฐานมาจากแนวคิดสองประการ คือ

ประการแรก คือ การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีเหตุผลและข้อเท็จจริงนั้น ๆ ไม่สมบูรณ์และไม่เพียงพอที่จะทำการตัดสินใจและออกคำสั่งทางปกครองเพื่อลงโทษทางวินัย ซึ่งข้อเท็จจริงต่าง ๆ มีผลต่อการวินิจฉัย การไม่รู้ข้อเท็จจริงหรือประเด็นเหล่านี้อาจทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง ในทางตรงข้ามกับข้อเท็จจริงการรับฟังข้อเท็จจริงจากผู้ถูกระทบสิทธิจึงเป็นรากฐานสำคัญในการออกคำสั่งทางปกครอง

ประการที่สอง ศักดิ์ศรีและสิทธิของบุคคลแต่ละคนเท่าเทียมกัน เนื่องจากบุคคลมีสิทธิเท่าเทียมกัน เมื่อถูกการกระทำใด ๆ ของรัฐที่กระทบถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคล จึงควรมีโอกาสในการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานตามหลักการรับฟังความของผู้ถูกระทบสิทธิก่อน เพื่อที่จะให้ผู้ถูกระทบสิทธิทราบและสามารถเข้าใจเหตุผลในคำวินิจฉัยนั้น ๆ จึงต้องให้โอกาสแก่บุคคลซึ่งถูกระทบสิทธิยอมรับและรับทราบเหตุผลของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 127.

3. การปรับใช้หลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาตามกฎหมายในต่างประเทศและในประเทศไทย

การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยการดำเนินการทางวินัยได้มีปรากฏในหลากหลายประเทศเพื่อให้เกิดการป้องกันและปราบปรามการทุจริตจากการใช้อำนาจรัฐของเจ้าหน้าที่ จึงต้องมีกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐและปรับใช้หลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิ โดยกฎหมายต่างประเทศได้มีการกำหนดวิธีการ รูปแบบและขั้นตอนการดำเนินการทางวินัยกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งยังมีการกำหนดมาตรการที่มีผลต่อการดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่รัฐ โดยเฉพาะปรับใช้หลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับการพิจารณาทบทวนคำสั่งลงโทษความผิดทางวินัย จึงสมควรศึกษาการปรับใช้หลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกาต่อไป

3.1 การปรับใช้หลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาตามกฎหมายในต่างประเทศ

มีการศึกษา 3 ประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา ดังนี้

3.1.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

หลักการสำคัญในการดำเนินการทางวินัย การลงโทษทางวินัยมีผลกระทบเป็นอย่างมากกับข้าราชการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นการไล่ออกจากราชการ⁶ ดังนั้น กฎหมายและคำพิพากษาของศาล จึงบัญญัติและรับรองให้กระบวนการทางวินัยมีหลักประกันที่ใกล้เคียงกับกระบวนการของศาล กล่าวคือ มีการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาสิทธิในการโต้แย้งอย่างเต็มที่และมีสิทธิเสนอข้อเท็จจริงและโต้แย้งข้อกล่าวหาโดยมีผู้ช่วยหนึ่งคนหรือหลายคนซึ่งผู้ถูกกล่าวหานำมาเองก็ได้ นอกจากนี้ผู้ถูกกล่าวหาสิทธิเข้าตรวจดูเอกสารสำนวนการสอบสวนที่นำมากล่าวหาตนเองได้ โดยผู้ถูกกล่าวหาสิทธิดังต่อไปนี้

1) ตามรัฐธรรมนูญตีลงวันที่ 22 เมษายน 1905 (พ.ศ. 2448) มาตรา 65 กำหนดว่า ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการทหารและพนักงานของรัฐทุกคนมีสิทธิเข้าตรวจดูเอกสารที่เกี่ยวข้องกับตนทุกชนิดที่รวมอยู่ในสำนวน การขอตรวจดูเอกสารสามารถกระทำได้ไม่ว่าเวลาใดก่อนที่จะมีคำสั่งลงโทษทางวินัย ก่อนจะมีคำสั่งโยกย้าย หรือก่อนจะมีคำสั่งให้ระงับการพิจารณาเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง

⁶อุดม รัฐอมฤต และคณะ, โครงการศึกษาความเหมาะสมในการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2555), หน้า 91-92.

2) ตามรัฐธรรมนูญตีลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 (พ.ศ. 2526) มาตรา 19 ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งสิทธิแก่ข้าราชการผู้นั้นให้ได้ทราบว่าเขามีสิทธิในการเข้าตรวจดูเอกสารสำนวนความได้

3) สิทธิในการมีทนายความหรือที่ปรึกษาเข้าช่วยเหลือในการดำเนินการทางวินัย และก่อนมีการนั่งพิจารณาของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย

4) ตามมาตรา 2 แห่งรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 1984 (พ.ศ. 2527) กรณีที่มีการกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิดในเบื้องต้น ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งลงโทษจะทำรายงานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดและเสนอความเห็นควรลงโทษทางวินัยไปยังคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยในรายงานประกอบด้วย คณะกรรมการสอบสวนทางวินัยจะมีหนังสือแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหา มาชี้แจงข้อเท็จจริงไม่น้อยกว่า 15 วัน ก่อนการพิจารณาของคณะกรรมการ โดยผู้ถูกกล่าวหาจะมีโอกาสในการเตรียมข้อต่อสู้คดีพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้การแก้ข้อกล่าวหา ซึ่งจะทำให้ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาใช้เวลาในการรวบรวมพยานหลักฐานได้ โดยองค์กรผู้มีอำนาจสั่งลงโทษทางวินัยมีหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบถึงการดำเนินการสอบสวนทางวินัย โดยแจ้งเป็นหนังสือระบุสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาให้ทราบถึงการดำเนินการสอบสวนทางวินัย และสิทธิในการมีทนายความหรือที่ปรึกษาเข้าช่วยเหลือในการดำเนินการทางวินัยและก่อนมีการนั่งพิจารณาของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย

5) สิทธิได้รับการแจ้งวันนั่งพิจารณาของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยไม่น้อยกว่าสิบห้าวันก่อนวันนั่งพิจารณา ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญของกระบวนการวิธีพิจารณาสอบสวนทางวินัย หากไม่เคารพเงื่อนไขดังกล่าวจะนำไปสู่การที่ศาลปกครองสามารถพิพากษาเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นได้ ซึ่งเป็นสิทธิที่ถูกบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 6 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 (พ.ศ. 2493)

3.1.2 สหราชอาณาจักร

การปรับใช้หลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาตามกฎหมายในสหราชอาณาจักรที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น มีการพัฒนาในการคุ้มครองผู้ต้องหาหรือจำเลยในกระบวนการยุติธรรมเพื่อคุ้มครองมิให้รัฐนั้นใช้อำนาจตามอำเภอใจ กระทำการคุกคามหรือกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายต่อประชาชน ซึ่งในสหราชอาณาจักรได้ประกาศกฎหมายหลายฉบับที่มีลักษณะในการคุ้มครองผู้ต้องหาหรือจำเลยในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เช่น กฎหมายชื่อว่า “The Act of Habeas Corpus” บัญญัติขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1679 (พ.ศ. 2222) มีสาระสำคัญว่า

1) บุคคลทั้งหลายซึ่งถูกจับกุมในสภาพที่เห็นได้ว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือบุคคลอื่นใดซึ่งมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับบุคคลนั้นอาจยื่นคำร้องขอโดยแสดงหลักฐานต่อผู้พิพากษาให้ทำการไต่สวนพิจารณาว่าการคุมขังบุคคลดังกล่าวนั้นเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

2) ผู้พิพากษาที่ได้รับคำร้องจะออกหมายเรียกที่ชื่อว่า “Habeas Corpus Adsubjicidum” เพื่อเรียกบุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่าคุมขังผู้อื่นไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมาศาลและให้นำตัวผู้ถูกคุมขังมาศาลด้วยตามวันและเวลาที่กำหนดและให้บุคคลที่ถูกกล่าวหาชี้แจงแสดงเหตุผลว่า การคุมขังนั้น ๆ เป็นการชอบด้วยกฎหมาย

3) หากว่าคำชี้แจงแสดงเหตุผลของบุคคลผู้ถูกกล่าวหาปราศจากข้อสนับสนุนอันพอเพียงในทางกฎหมายผู้พิพากษาจะมีคำสั่งให้ปล่อยตัวบุคคลผู้ถูกคุมขังโดยมิชักช้าหรืออาจมีคำสั่งให้ปล่อยตัวโดยมีประกันก็ได้

สำหรับกฎหมายปกครองในประเทศสหราชอาณาจักรผูกพันหลักการรับฟังคู่กรณีตาม European Convention on Human Rights and Formation Freedom of 1950⁷ (พ.ศ. 2493) ข้อ 6 “บุคคลมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างยุติธรรม รวมถึงสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีต่อหน้าศาลที่เป็นอิสระและเป็นกลางภายในเวลาอันสมควร และได้รับโอกาสในการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานที่เพียงพอเพื่อต่อสู้คดี รวมทั้งมีสิทธิในการมีทนายความและสิทธิในการสืบพยานหรือตรวจสอบพยานหลักฐาน และสิทธิในการรับความช่วยเหลือจากล่าม” ดังนั้น จึงถือว่าหลักการรับฟังคู่กรณีเป็นส่วนหนึ่งของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเนื่องจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติประกอบด้วยหลักความปราศจากอคติของผู้ตัดสินโดยไม่ให้ผู้มีส่วนได้เสียในคดีนั้นเป็นผู้พิพากษาเสียเอง การพิจารณาความผิดของคู่กรณีจะต้องเป็นไปตามหลักการรับฟังคู่กรณีและให้โอกาสผู้ยื่นโต้แย้งชี้แจงพยานหลักฐานของตนซึ่งศาลแห่งสหราชอาณาจักรได้ยอมรับหลักการนี้และใช้บังคับในการพิจารณาคดี นอกจากนี้ ยังนำมาใช้บังคับในกฎหมายปกครองโดยปรากฏว่าหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นหลักการที่ควบคุมการกระทำที่เกินอำนาจทำให้ต้องแบ่งแยกการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญหรือการใช้อำนาจที่เกินขอบเขตนั้น ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลซึ่งถูกกระทบสิทธิจากกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ที่อาจรับฟังข้อเท็จจริงมาโดยไม่สมบูรณ์ ขาดตกบกพร่องในประเด็นสำคัญส่งผลให้การทำคำสั่งทางปกครองนั้นเปลี่ยนแปลงไป เจ้าหน้าที่จึงต้องรับฟังประเด็นข้อเท็จจริงจากคู่กรณีเสียก่อน เนื่องจากหลักความยุติธรรมมีความเชื่อว่าทุกคนล้วนมีเหตุผลเป็นของตนเอง จึงควรให้โอกาสในการแสดงความคิดเห็นและทราบเหตุผลของคำวินิจฉัยที่กระทบต่อสิทธิของตน

3.1.3 สหรัฐอเมริกา

สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Right) นั้น เป็นแนวคิดพื้นฐานที่สำคัญของหลักการรับฟังคู่กรณีในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา โดยหลักการพื้นฐานเรื่องสิทธิเสรีภาพนั้นมีอิทธิพลมาจาก

⁷The European Convention on Human Rights, **The Convention in 1950** [Online], available URL: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention/the-convention-in-1950>, 2023 (February, 20).

The Bill of Right ซึ่งมีการจำกัดอำนาจรัฐ และส่งเสริมการแสดงความคิดเห็นของประชาชน Freedom of Speech ซึ่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมและปกป้องสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน จนกระทั่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในการแก้ไขครั้งที่ 5 มีหลักการว่า รัฐจะเพิกถอน ลิตรอนหรือกระทำการใด ๆ อันมีผลกระทบในสิทธิในชีวิตร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายไม่ได้ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่บุคคลจะได้รับผลกระทบจากรัฐ รัฐจะต้องให้ประชาชนได้เข้าสู่กระบวนการไต่สวนการพิจารณาคดีที่เหมาะสมตามวิถีทางที่กฎหมายกำหนด สหรัฐอเมริกามีการตรวจสอบขั้นตอนที่สำคัญตามรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติเรื่อง Due process of law ที่ต้องมีการรับฟังคู่กรณีและให้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานอย่างเหมาะสมซึ่งต้องอาศัยบรรทัดฐานจากการวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาหรือ Supreme Court ที่บทวนการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นบรรทัดฐาน ต่อมาในสมัยประธานาธิบดี แฟรงคลิน ดี. เดลาโน รูสเวลท์ ได้มีนโยบายรัฐสวัสดิการให้รัฐแทรกแซงระบบเศรษฐกิจ ผลจากนโยบายดังกล่าวทำให้เกิดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยประชาชนได้โต้แย้งคัดค้านการดำเนินการของรัฐเนื่องจากมีประชาชนได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของรัฐและเริ่มมีการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองในศาลยุติธรรมมากขึ้น ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงได้มีการเสนอกฎหมายต่อสภาและประกาศใช้รัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1946 (พ.ศ. 2489) (The Federal Administrative Procedure Act 1946 หรือ A.P.A.)^๑ การรับฟังคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองต้องเป็นไปตามหลักความเป็นกลาง ต้องมีเหตุผลรับรองโอกาสในการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานว่าเหตุใดจึงไม่ควรมีการกระทำดังกล่าว ต้องมีสิทธิในการเสนอพยานหลักฐานและเรียกพยานหลักฐาน สิทธิที่จะทราบพยานหลักฐานที่เป็นปฏิปักษ์ สิทธิที่จะซักถามพยานตลอดจนการตัดสินจะต้องอยู่บนพื้นฐานของพยานหลักฐานที่ปรากฏในสำนวน โอกาสที่จะได้มีนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายในการเข้าร่วมการสอบสวน ศาลต้องเป็นผู้รับฟังและทำบันทึกการรับฟังพยานหลักฐานที่ปรากฏ และศาลต้องค้นพบข้อเกี่ยวข้องข้อเท็จจริง เหตุผลในการตัดสินเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีแนวทางการปรับใช้หลักการรับฟังคู่กรณีในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองดังกล่าว

3.2 การปรับใช้หลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาตามกฎหมายไทย

ในประเทศไทยได้มีการยอมรับเอาหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่และวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์ที่กำหนดเป็นมาตรฐานกลางของการปฏิบัติราชการทางปกครองแต่จะไม่ใช่บังคับกับกรณีที่กฎหมายได้กำหนดวิธีปฏิบัติราชการ

^๑The Federal administrative procedure act 1946.

ไว้เป็นการเฉพาะแล้ว วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้วางหลักเรื่องสิทธิของคู่กรณีที่อยู่ภายใต้บังคับตามคำสั่งทางปกครองซึ่งได้บัญญัติถึงสิทธิต่าง ๆ ของผู้ถูกระทบสิทธิ รวมถึงสิทธิการรับฟังคู่กรณีในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้ถูกระทบสิทธิ หรือคู่กรณีมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงหรือตามหลักพิจารณาโดยเปิดเผยโดยมีวัตถุประสงค์ให้กระบวนการพิจารณาทางปกครองมีความโปร่งใสและสามารถตรวจสอบได้โดยมาตรา 30 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้วางหลักคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิเจ้าหน้าที่ต้องให้อีกโอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานโดยเจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการออกคำสั่งที่จะกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีและข้อเท็จจริงที่จะแจ้งให้คู่กรณีทราบนั้นต้องเพียงพอเพื่อให้คู่กรณีสามารถโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้อย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่อาจไม่ให้โอกาสคู่กรณีได้ทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานได้ตามมาตรา 30⁹ วรรคสอง และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน การรับฟังคู่กรณีถือเป็นสาระสำคัญในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่ง ทั้งนี้เพื่อให้คู่กรณีได้มีโอกาสดำเนินการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานและเสนอข้อเท็จจริงต่อเจ้าหน้าที่เพื่อให้มีข้อเท็จจริงอย่างเพียงพออันจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองมีความถูกต้องมากที่สุด และหากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการรับฟังคู่กรณีโดยไม่มีเหตุยกเว้นตามกฎหมาย หรือรับฟังอยู่แต่มีระยะเวลาในการให้คู่กรณีโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานในระยะเวลาอันสั้น กรณีเช่นนี้จะทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.3 เปรียบเทียบกับการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการพลเรือนในประเทศไทยและต่างประเทศ

การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการทางวินัยมีรูปแบบและลักษณะใกล้เคียงกับในประเทศไทย โดยการดำเนินการทางวินัยจะเริ่มต้นจากฝ่ายปกครององค์กรต้นสังกัดเป็นผู้ดำเนินการ โดยคณะกรรมการสอบสวนวินัย และเมื่อดำเนินการสอบสวนแล้วเสร็จต้องจัดทำรายงานสรุปผลการสอบสวนพร้อมความเห็นเสนอต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยหรือผู้บังคับบัญชา ดังนี้

3.3.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส การดำเนินการทางวินัยเริ่มจากการที่ผู้บังคับบัญชา จัดทำรายงานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดพร้อมทั้งบทลงโทษเสนอต่อคณะกรรมการสอบสวนวินัย ซึ่งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอาจมีมติให้ลงโทษทางวินัยหรือไม่ก็ได้ โดยจะต้องจัดทำความเห็นพร้อมเหตุผลประกอบแล้วแจ้งมติดังกล่าวให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งลงโทษ โดยที่ผู้บังคับบัญชาไม่จำเป็นต้องผูกพันในการสั่งลงโทษทางวินัยโดยสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้

3.3.2 สหรัฐอเมริกา องค์กรต้นสังกัดเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการในสังกัด เมื่อเจ้าหน้าที่สอบสวนดำเนินการสอบสวนเสร็จแล้วต้องรายงานผลการสอบสวนพร้อมทั้งความเห็นเสนอต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยไม่เห็นพ้องด้วย

⁹พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 30.

กับความเห็นของเจ้าหน้าที่สอบสวน จะต้องเสนอรายงานทั้งหมดต่อผู้มีอำนาจเหนือขึ้นไปให้เป็นผู้พิจารณา วินิจฉัยลงโทษ โดยจะเห็นได้ว่ารายงานผลการสอบสวนพร้อมทั้งความเห็นของเจ้าหน้าที่สอบสวน หรือของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยเบื้องต้นจะไม่มีผลผูกพันผู้บังคับบัญชาที่เหนือชั้นขึ้นไปต้อง ปฏิบัติตามแต่อย่างใด

3.3.3 สหราชอาณาจักร มีองค์กรเพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่เรียกว่า The Serious Fraud Offices (SFO) เป็นหน่วยงานอิสระของรัฐบาลก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1988 มีภารกิจในการป้องกัน และปราบปรามการทุจริต โดยมีเป้าหมายในการลดการฉ้อโกง การคอร์รัปชัน และสร้างความเชื่อมั่น ในระบบงานราชการ โดยทำหน้าที่ตรวจสอบการทุจริตและส่งเรื่องการดำเนินการทางวินัยให้กับองค์กรกลาง ที่มีหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลด้านวินัยของประเทศอังกฤษ เรียกว่า คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน The Civil Service Commissioners มีหน้าที่ในงานบุคลากร และวินัยอรรถุทธิ์ ร้องทุกข์เกี่ยวกับ เรื่องธรรมเนียมปฏิบัติและความผิดของข้าราชการ โดยมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาไว้ซึ่งหลักการคัดเลือก บุคคลตามระบบคุณธรรม ทำการไต่สวนและวินัยอรรถุทธิ์ ออกระเบียบต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินการ ทางวินัย การดำเนินการสอบสวนทางวินัย โดยกระบวนการลงโทษทางวินัยเป็นหน้าที่ของหน่วยงาน ต้นสังกัด เมื่อหน่วยงานต้นสังกัดพิจารณาแล้วมีคำสั่งลงโทษทางวินัย ผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิที่จะอุทธรณ์ ต่อคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนโดยคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนจะต้องพิจารณาอุทธรณ์ ของข้าราชการพลเรือน ซึ่งหากผู้อุทธรณ์ไม่พอใจในผลการพิจารณาอุทธรณ์ก็ต้องฟ้องเพิกถอนคำสั่ง ซึ่งจะเห็นว่าองค์กรกลางที่มีหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลด้านวินัยของประเทศอังกฤษ เรียกว่า คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน The Civil Service Commissioners ไม่จำเป็นต้องผูกพันตามมติหรือ รายงานของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยภายในองค์กรแต่อย่างใด

จากข้อมูลดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การดำเนินการทางวินัยของประเทศไทยคล้ายคลึงกับ การดำเนินการทางวินัยในต่างประเทศ และมีรูปแบบการดำเนินการทางวินัยเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่จะมีความแตกต่างที่ประเทศไทยจะมีคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่มีอำนาจในการดำเนินการทางวินัย ของข้าราชการ โดยไม่ใช่องค์กรต้นสังกัด แต่เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. จัดทำรายงานและส่งความเห็น ให้ผู้บังคับบัญชาในกระบวนการสอบสวนของประเทศไทยผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกกล่าวหาจะต้อง ผูกพันตามมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และลงโทษผู้ถูกกล่าวหาไปตามนั้น คือ ต้องพิจารณาโทษ ทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติ และหากไม่เห็นด้วยกับคำสั่งลงโทษทางวินัย ก็สามารถใช้อุทธรณ์ได้เฉพาะดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้บังคับบัญชาเท่านั้น แต่ในต่างประเทศ จะไม่มีการบังคับผู้บังคับบัญชาให้ต้องลงโทษทางมติของหน่วยตรวจสอบแต่อย่างใด แต่ด้วยเหตุที่ ในประเทศไทยคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นหน่วยงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่มีฐานะเหนือกว่า องค์กรพิจารณาอุทธรณ์หรือองค์กรต้นสังกัดของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่ง ก.พ.ค. เป็นเครื่องมือในการ ควบคุมตรวจสอบข้าราชการ มีการดำเนินการทางวินัยข้าราชการตามระเบียบข้าราชการพลเรือน

แต่การดำเนินการทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ถือเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น องค์กรต้นสังกัด หรือหน่วยงานพิจารณาอุทธรณ์จึงไม่สามารถเปลี่ยนแปลงฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลได้

จากการศึกษาบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ดำเนินการทางวินัย (ก.พ.ค.) บทบาทอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และศึกษาองค์กรปราบปรามการทุจริตในต่างประเทศ พบว่า บทบาทอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในประเทศไทย มีฐานะเหนือกว่าองค์กรต้นสังกัด และมีความแตกต่างจากการดำเนินการทางวินัยในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาที่การดำเนินการทางวินัยในฝ่ายบริหารเป็นเรื่องของ ก.พ.ค. โดยไม่ปรากฏว่ามีองค์กรที่ทำหน้าที่เช่นเดียวกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. เข้ามามีอำนาจในการชี้มูลความผิด และในประเทศฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกันการดำเนินการเกี่ยวกับการทุจริตของข้าราชการเป็นเรื่องของการดำเนินคดีอาญา ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม และการดำเนินคดีทุจริตนักการเมืองเป็นเรื่องคดีอาญา ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลพิเศษ ส่วนการดำเนินการทางวินัยข้าราชการนั้น เป็นเรื่องของผู้บังคับบัญชาและผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์โดยไม่ปรากฏว่ามีองค์กรปราบปรามการทุจริตเช่นเดียวกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ของประเทศไทย ส่วนในประเทศอังกฤษมีองค์กรเพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่เรียกว่า The Serious Fraud Offices (SFO) เป็นหน่วยงานอิสระของรัฐบาล มีภารกิจในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ทำหน้าที่เช่นเดียวกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่การดำเนินการทางวินัยจะต้องส่งเรื่องให้กับคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน The Civil Service Commissioners โดยคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน ไม่จำเป็นต้องผูกพันตามมติหรือรายงานของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยภายในองค์กรแต่อย่างใด

4. ปัญหาในทางกฎหมาย

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ได้กำหนดให้มีมาตรการพิเศษเพิ่มเติมซึ่งแตกต่างไปจากเดิม กล่าวคือ เมื่อผู้บังคับบัญชา หรือผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอน ผู้ถูกกล่าวหาได้รับสำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. แล้ว ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้น พิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอีก โดยในการพิจารณาโทษทางวินัย ให้ถือว่าสำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัยตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้น แล้วแต่กรณี ซึ่งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 99 ได้เปิดโอกาสให้ในกรณีที่การพิจารณา

ลงโทษทางวินัย หากผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาเห็นว่า มีพยานหลักฐานใหม่อันแสดงได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้มีการกระทำความผิดตามที่กล่าวหาหรือกระทำความผิดในฐานความผิดที่แตกต่างจากที่ถูกกล่าวหา ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาหนังสือพร้อมเอกสารและพยานหลักฐานถึงคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อขอให้พิจารณาทบทวนมติได้เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ ขั้นตอน การดำเนินการตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ข้างต้น จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายบางส่วนยังคงมีกรณีที่มีปัญหาในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติที่สำคัญหลายประการ ดังนี้

4.1 ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การขอพิจารณาทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

บทบัญญัติมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มีเจตนารมณ์เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาผู้ถูกกล่าวหาสามารถขอทบทวนมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้¹⁰ โดยอาศัยเหตุในกรณีที่มีพยานหลักฐานใหม่อันแสดงได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้มีการกระทำความผิดตามที่กล่าวหาหรือกระทำความผิดในฐานความผิดที่แตกต่างจากที่ถูกกล่าวหา ผู้บังคับบัญชาผู้ถูกกล่าวหาสามารถมีหนังสือขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาทบทวนมติได้ เนื่องจากอำนาจในการดำเนินการทางวินัยเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาผู้ถูกกล่าวหาหรือองค์กรต้นสังกัดของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งการที่ผู้บังคับบัญชาผู้ถูกกล่าวหาต้องผูกพันตามมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการออกคำสั่งทางปกครองลงโทษทางวินัย ทำให้ไม่อาจใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาความผิดของผู้ถูกกล่าวหาได้

ดังนั้น มาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 จึงเปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองได้มีโอกาสในการใช้ดุลยพินิจขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยได้เท่าที่มีเหตุตามมาตรา 99 เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาได้ใช้ดุลยพินิจในการขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาทบทวนมติใหม่ ซึ่งเดิมเป็นอำนาจของผู้ที่ออกคำสั่งทางปกครองที่สามารถทบทวนและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของตนเองได้ แต่เนื่องจากผู้บังคับบัญชาผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องผูกพันให้ออกคำสั่งทางปกครองตามมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยไม่อาจใช้ดุลยพินิจเป็นประการอื่นได้

¹⁰บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 393, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักกรรมการธิการ 2, 15 กันยายน 2560.

ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เช่น กระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มิได้เปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับโอกาสในการชี้แจงข้อเท็จจริงตามสมควรหรือคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง มิได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองหรือได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาครั้งก่อนแล้ว ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หรือกรณีที่มีมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ออกโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดและต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญในทางที่จะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณี หรือหากเห็นว่ามีเหตุอื่นอันเกี่ยวกับความบกพร่องของกระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. อันไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เพราะการตรวจสอบปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะกระทำโดยองค์กรต้นสังกัดของข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาได้ เนื่องจากคณะกรรมการ ป.ป.ช. อยู่ในฐานะที่เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นองค์กรที่อยู่ในฐานะเหนือกว่าหน่วยงานต้นสังกัดของผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้บังคับบัญชาผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งมีอำนาจในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเจ้าหน้าที่ของรัฐมีภารกิจในการดำเนินคดีทุจริตเพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้น ประกอบกับคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการตรวจสอบป้องกันและปราบปรามการทุจริตในหน่วยงานรัฐ จึงต้องมีความรวดเร็วและมีความคล่องตัวในการตรวจสอบภายใต้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 เพื่อมิให้เกิดการประวิงเวลาหรือเพื่อช่วยเหลือผู้ถูกกล่าวหาให้ต้องได้รับโทษทางวินัย

ดังนั้น จึงสรุปว่ามติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่อาจถูกตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจโดยองค์กรต้นสังกัดที่มีฐานะต่ำกว่าได้ จึงได้กำหนดให้องค์กรต้นสังกัดหรือผู้บังคับบัญชาผู้ถูกกล่าวหาสามารถขอทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยได้ในกรณีที่มียานหลักฐานใหม่เท่านั้น โดยบทบัญญัติดังกล่าวก็มีได้มุ่งหมายให้เกิดการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่อย่างใด เนื่องจากคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นองค์กรที่อยู่ในฐานะเหนือกว่าองค์กรต้นสังกัดของผู้ถูกกล่าวหาและมติชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงมีผลผูกพันผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาให้ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งหากผู้บังคับบัญชาไม่ดำเนินการตามโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้ถือว่าผู้บังคับบัญชาจงใจปฏิบัติหน้าที่ขัดต่อกฎหมายหรือกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

แต่ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงกระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในความเป็นจริงการไต่สวนจะกระทำโดยพนักงานไต่สวนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานจัดทำรายงานการสอบสวนพร้อมสรุปความเห็นไปยังคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มิได้เป็นผู้ดำเนินการไต่สวนด้วยตนเอง จึงทำให้การใช้ดุลยพินิจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นการพิจารณาจากรายงานหรือสำนวนการไต่สวนของพนักงานไต่สวนเท่านั้น ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาข้อเท็จจริงคลาดเคลื่อนไป

และอาจทำให้การใช้ดุลยพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับการไต่สวนข้อมูลความผิดทางวินัยของสำนักงาน ป.ป.ช. มีปริมาณคดีค่อนข้างมาก ซึ่งไม่สอดคล้องกับอัตรากำลังเจ้าหน้าที่ ป.ป.ช. ที่มีจำนวนน้อยและมีความชำนาญเฉพาะด้านแต่ไม่มีความชำนาญในด้านการดำเนินการทางวินัย ทำให้การสอบสวนของเจ้าหน้าที่ ป.ป.ช. จึงยังไม่มีความละเอียดเพียงพอ แม้การไต่สวนจะถูกกลั่นกรองจากคณะกรรมการ ป.ป.ช. ก่อนมีมติชี้มูลก็ตาม แต่ด้วยปริมาณงานที่มีจำนวนมาก การพิจารณาตรวจสอบกลั่นกรองจึงอาจเกิดข้อผิดพลาดได้ โดยสามารถสังเกตได้จากเมื่อมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรม มีหลายคดีที่ศาลปกครองหรือศาลอาญามีคำพิพากษาแตกต่างจากการชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ปรากฏตามคำพิพากษาต่อไปนี้ ตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.30/2557 คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาลงโทษไม่เหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำ คำสั่งลงโทษของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ พ.26/2557 เห็นว่าคำสั่งลงโทษทางวินัยและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งและคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นได้ กรณีเมื่อข้อเท็จจริงยังฟังไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ดังนั้น การไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่มีความบกพร่องจะถูกผูกมัดให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาได้ และผู้ถูกกล่าวหาจะใช้ระยะเวลาในการต่อสู้คดี

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หลักเกณฑ์การขอทบทวนมติชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ยังขาดหลักเกณฑ์ที่สำคัญบางประการในการขอทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัย ซึ่งปัญหาในข้อนี้นำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา และเพื่อให้การใช้กฎหมายมีความครอบคลุมครบถ้วนเกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

4.2 ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับการปฏิบัติตามมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาขาดอิสระ ในการใช้ดุลยพินิจ

การจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีที่มาจากการริเริ่มการปรับปรุงระเบียบบริหารราชการแผ่นดินใหม่ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการบริหารปราบปรามการทุจริตในแวดวงข้าราชการ ซึ่งมีการกึ่งในการดำเนินคดีทุจริตเพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อรัฐองค์กรอิสระถือเป็นกลไกของการบริหารราชการของรัฐบาลรูปแบบใหม่อันมีแนวคิดมุ่งไปในทางแก้ปัญหาที่เกิดจากการบริหารราชการแบบเดิมที่เป็นปัญหาในปัจจุบัน คือ ปัญหาอันเกิดจากความล่าช้าในการปฏิบัติราชการเนื่องจากโครงสร้างการบริหารแบบเดิมยึดติดอยู่กับระเบียบกฎหมายและปัญหาอันเกิดจากความไม่มีประสิทธิภาพของการบริหารแบบเดิมเกี่ยวกับการรักษาผลประโยชน์ของรัฐและในการ

คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการชี้มูลความผิดทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อเป็นองค์กรหน่วยตรวจสอบพิเศษที่มีความเป็นอิสระแยกต่างหากจากส่วนราชการอื่น เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด

ดังนั้น จึงต้องจัดให้มีมาตรการหรือแนวทางที่จะทำให้การปฏิบัติหน้าที่มีประสิทธิภาพเกิดความรวดเร็ว สุจริตและเที่ยงธรรม

เมื่อวิเคราะห์ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2546 ได้วินิจฉัยให้มติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ถือเป็นเด็ดขาดและมีผลผูกพันองค์กรอื่น ๆ ของรัฐที่จะต้องปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งเป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่อาจพิจารณาเปลี่ยนแปลงฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. วินิจฉัยยุติแล้วให้เป็นประการอื่น จึงทำให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาขาดอิสระในการใช้ดุลยพินิจ

โดยปัจจุบันในทางวิชาการก็ยังปรากฏแนวคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความเห็นแตกต่างกันแยกออกเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ

ความเห็นแรก¹¹ เห็นว่ากระบวนการในการชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. กับผลที่ผูกพันให้ผู้บังคับบัญชาต้องลงโทษผู้ถูกกล่าวหาโดยให้ปลดออกหรือไล่ออกเท่านั้น เห็นได้ว่าเป็นกระบวนการที่ยังขาดความเชื่อมโยงและขาดความชอบธรรมในทางกฎหมาย เพราะโดยเหตุผลของเรื่องแล้วชอบที่จะต้องใช้ศาลอาญาได้มีคำพิพากษาว่าจำเลยกระทำผิดตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลและมีคำพิพากษาให้ลงโทษทางอาญาเสียก่อนจึงจะมีผลนำไปสู่การลงโทษทางวินัยให้ลงโทษปลดหรือไล่ออกตามความร้ายแรงแห่งกรณี ดังนั้น โดยลำพังของผลแห่งการชี้มูลในความผิดทางอาญาของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงยังไม่ควรจะมีผลผูกพันเด็ดขาดให้ต้องลงโทษทางวินัยอย่างร้ายแรงโดยการปลดออกหรือไล่ออกทันทีซึ่งตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้การมีผลผูกพันเด็ดขาดในกรณีเช่นนี้เป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาลมิใช่ให้ผู้ผูกพันเด็ดขาดด้วยการชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เท่านั้น และตามมาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 เห็นว่าบทบัญญัตินี้ย่อมขัดต่อ “หลักการฟังความสองฝ่าย” ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาพิจารณาในกรณีนี้ได้

ความเห็นที่สอง¹² เห็นว่า การไต่สวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ถูกออกแบบให้มีลักษณะของการสอบสวนทางวินัยก่อนที่จะมีคำสั่งลงโทษจากผู้บังคับบัญชา จึงมีลักษณะเป็นกระบวนการภายในของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งด้วยเหตุที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นองค์กรอิสระ

¹¹นายบรรจงศักดิ์ วงศ์ปราชญ์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, ความเห็นส่วนตนคำวินิจฉัยที่ 11/2566, เรื่องพิจารณาที่ 9/2566, 26 กรกฎาคม 2566.

¹²นายอุดม รัฐอมฤต ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, ความเห็นส่วนตนคำวินิจฉัยที่ 10/2566, เรื่องพิจารณาที่ 4/2566, 26 กรกฎาคม 2566.

ที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นองค์กรหลักที่รัฐธรรมนูญมุ่งหมายให้ดูแลการดำเนินการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในระบบงานของรัฐเป็นการเฉพาะ อีกทั้งกระบวนการไต่สวนมีขั้นตอนที่ให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาต่อสู้ข้อกล่าวหาในกระบวนการไต่สวนอยู่แล้ว ย่อมทำให้สำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงดังกล่าวถือเป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยที่มีหลักประกันความถูกต้องและเป็นธรรมไม่น้อยไปกว่ากระบวนการสอบสวนที่หน่วยงานต้นสังกัดดำเนินการเอง อีกทั้ง ยังมีบทบัญญัติมาตรา 99 ที่ให้สิทธิผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาทบทวนมติ นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ยังให้สิทธิแก่ผู้ถูกลงโทษทางวินัยไว้สามทางเลือก คือ (1) สามารถใช้สิทธิฟ้องต่อศาลปกครองในทันที หรือ (2) ใช้สิทธิอุทธรณ์ตามกระบวนการพิทักษ์ระบบคุณธรรมตามกฎหมายบริหารงานบุคคลที่ต้นสังกัด หรือ (3) ทางเลือกสุดท้าย หากผู้ถูกลงโทษประสงค์จะได้แย้งเฉพาะดุลยพินิจในการสั่งลงโทษ ก็สามารถอุทธรณ์เฉพาะส่วนนี้ตามกระบวนการกฎหมายบริหารงานบุคคลที่ต้นสังกัด และหากยังไม่พอใจยังนำคดีสู่ศาลปกครองได้อีกกรณี จึงไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม อีกทั้งไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และมีได้ละเมิดหลักความเสมอภาค

ตามแนวคำวินิจฉัยส่วนตนของศาลรัฐธรรมนูญ เห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีความเห็นออกเป็นสองแนวทาง ซึ่งฝ่ายหนึ่งเห็นว่า มาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อพิจารณาหลักการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง กรณีฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลยพินิจอย่างจำกัด อำนาจดุลยพินิจกรณีนี้ เป็นอำนาจอยู่ระหว่างดุลยพินิจอย่างสมบูรณ์กับอำนาจผูกพัน เช่น การพิจารณาโทษทางวินัยกรณีคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติชี้มูลความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงและกรณีชี้มูลความผิดทางอาญาประกอบด้วย ซึ่งผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุต้องพิจารณาโทษทางวินัยโดยถือสำนวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. แล้วพิจารณาโทษทางวินัยโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนอีก ซึ่งกรณีตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2561 มาตรา 98 ที่ผู้บังคับบัญชาผู้ถูกกล่าวหาต้องผูกพันตามดุลยพินิจหรือมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และไม่อาจเปลี่ยนแปลงฐานความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ โดยถือเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลยพินิจอย่างจำกัด ดังนั้น ผู้บังคับบัญชาต้องออกคำสั่งทางปกครองตามมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยไม่อาจใช้ดุลยพินิจเปลี่ยนแปลงฐานความผิดได้

แต่เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 เป็นมาตรการผ่อนปรนโดยเปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาผู้ถูกกล่าวหาสามารถขอทบทวนมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ โดยอาศัยเหตุในกรณีที่มีพยานหลักฐานใหม่อันแสดง

ได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้มีการกระทำความผิดตามที่กล่าวหาหรือกระทำความผิดในฐานความผิดที่แตกต่างจากที่ถูกกล่าวหา ผู้บังคับบัญชาผู้ถูกกล่าวหาสามารถมีหนังสือขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณา ทบทวนมติได้¹³ (ตามบันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 393 วันศุกร์ที่ 15 กันยายน 2560) และหากการดำเนินการทางวินัยเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกกล่าวหา โดยผู้บังคับบัญชาผู้ถูกกล่าวหาถูกจำกัดการใช้ดุลยพินิจ ผู้เขียนก็เห็นว่าอาจเพิ่มมาตรการที่ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. สอบถามความเห็นของผู้บังคับบัญชาก่อนการลงมติชี้มูลความผิดทางวินัยของผู้ถูกกล่าวหา เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาได้เสนอความเห็นก่อนได้

เมื่อวิเคราะห์ตามความเห็นของท่านบรรจงศักดิ์ วงศ์ปราชญ์ (ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ) เห็นได้ว่าเป็นกระบวนการที่ยังขาดความเชื่อมโยงและขาดความชอบธรรมในทางกฎหมาย เพราะโดยเหตุผลของเรื่องแล้วชอบที่จะต้องให้ศาลอาญาได้มีคำพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลและมีคำพิพากษาให้ลงโทษทางอาญาเสียก่อนจึงจะมีผลนำไปสู่การลงโทษทางวินัยให้ลงโทษ ปลดหรือไล่ออกตามความร้ายแรงแห่งกรณี ดังนั้น โดยลำพังของผลแห่งการชี้มูลในความผิดทางอาญา ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงยังไม่ควรจะมีผลผูกพันเด็ดขาดให้ต้องลงโทษทางวินัยอย่างร้ายแรง โดยการปลดออกหรือไล่ออกทันที ซึ่งตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้การมีผลผูกพันเด็ดขาดในกรณีเช่นนี้ เป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาล มิใช่ให้ผู้ผูกพันเด็ดขาดด้วยการชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เท่านั้น ซึ่งเห็นว่าเพียงมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ยังไม่เพียงพอที่จะให้บุคคลต้องถูกลงโทษ ไล่ออกจากราชการ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรกำหนดให้มีองค์กรกลางในการบริหารงานบุคคลที่ทำหน้าที่วินิจัย โดยมีอำนาจตรวจสอบการทุจริตและส่งเรื่องการดำเนินการทางวินัยให้กับองค์กรกลางบริหารงานบุคคลด้านวินัยเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ เรียกว่า “คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (The Civil Service Commissioners)” มีหน้าที่ในงานบุคคลากร และวินิจัยอุทธรณ์ร้องทุกข์เกี่ยวกับเรื่องธรรมเนียมปฏิบัติและความผิดของข้าราชการ โดยมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาไว้ซึ่งหลักการคัดเลือกบุคคลตามระบบคุณธรรม ทำการไต่สวนและวินิจัยอุทธรณ์ ออกระเบียบต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัย ดำเนินการสอบสวนทางวินัย โดยไม่อยู่ภายใต้สังกัดเดียวกับหน่วยงานที่ถูกกล่าวหา และเป็นองค์กรกลางที่มีอำนาจวินิจัยความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติชี้มูลความผิดทางวินัยได้ด้วย ซึ่งในประเทศไทยมีองค์กรบริหารงานบุคคล เช่น คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม หรือ ก.พ.ค. ซึ่งเป็นองค์กรกลางในการบริหารงานบุคคล จึงควรเพิ่มอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ก.พ.ค. เพื่อให้มีอำนาจพิจารณาฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิดทางวินัยของข้าราชการได้ด้วย

¹³บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 393, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักกรรมการ 2, 15 กันยายน 2560.

เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ถูกล่าว้างกับการดำเนินกระบวนการทางวินัยให้เกิดประสิทธิภาพ และการกำหนดให้มีองค์กรกลางในการตรวจสอบการทุจริตและดำเนินการทางวินัย จะทำให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกล่าว้างและคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกล่าว้างที่ได้รับผลกระทบจากมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มากยิ่งขึ้น

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าการกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาต้องลงโทษทางวินัยอย่างร้ายแรง ตามมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยไม่ต้องทำการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอีก ทำให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกล่าว้างขาดอิสระในการใช้ดุลยพินิจ ซึ่งปัญหาในข้อนี้มีความเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกล่าว้างสามารถใช้ดุลยพินิจขอทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้

4.3 ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับการพิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่ของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกล่าว้างที่ออกตามมติชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

ตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและการพิจารณาใหม่ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นอำนาจของผู้ออกคำสั่งทางปกครองในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นกระบวนการภายหลังการออกคำสั่งทางปกครอง ตามมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไปแล้ว เมื่อพิจารณาตามมาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 เนื่องจากดุลยพินิจของผู้บังคับบัญชาต้องผูกพันตามมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยต้องถือสำนวนการไต่สวนและรายงานการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อออกคำสั่งลงโทษทางวินัย และจะไม่สามารถใช้ดุลยพินิจเปลี่ยนแปลงมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ อันเป็นกฎหมายเฉพาะที่กำหนดวิธีการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 จึงไม่อาจนำกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เป็นกฎหมายกลางมาใช้บังคับได้ เป็นไปตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้...”

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าผู้ออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่สามารถใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งเป็นกฎหมายกลางมาใช้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและการพิจารณาใหม่ของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกล่าว้างที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองตามมติชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการใช้

ดุลยพินิจที่ขัดต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 2/2546 ได้วินิจฉัยไว้ว่า อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการไต่สวนและวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญเพื่อดำเนินการต่อไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ไต่สวนและวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่จึงเป็นอันยุติ องค์การที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ จึงไม่อาจเปลี่ยนแปลงฐานความผิดทางวินัยตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. วินิจฉัยยุติแล้วให้เป็นประการอื่นได้อีก ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองถูกจำกัดการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาความผิดของผู้ถูกกล่าวหา และไม่อาจใช้มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการพิจารณาความถูกต้องแท้จริงของคำสั่งทางปกครองได้ เนื่องจากเป็นกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนไว้ก่อนแล้ว และถือเป็นการเปลี่ยนแปลงมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ย่อมไม่อาจกระทำได้ ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ปัญหานี้แล้ว จึงทำให้ทราบถึงขอบเขตการใช้ดุลยพินิจของผู้บังคับบัญชาในการดำเนินการทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นบทกฎหมายเฉพาะในเรื่องการดำเนินการทางวินัย จึงไม่สามารถใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งเป็นกฎหมายกลางมาใช้ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติราชการและการดำเนินการทางวินัยที่มีผลกระทบต่อผู้ถูกกล่าวหามากยิ่งขึ้น

4.4 ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับการขอทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยผู้ถูกกล่าวหา

เมื่อนำหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิมาปรับใช้กับการวิเคราะห์ตามหลักความได้สัดส่วนแห่งสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาแล้วพบว่า หลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองมีเจตนารมณ์เพื่อปรับปรุงและยกระดับการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองเรื่องการออกคำสั่งทางปกครองให้มีมาตรฐานและมีกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนเพื่อส่งเสริมต่อหลักนิติธรรมและหลักประชาธิปไตยด้วยการนำกระบวนการการออกคำสั่งทางปกครองที่มีคุณภาพตั้งแต่กระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครอง อุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จนถึงการบังคับคำสั่งทางปกครอง เพื่อคำนึงถึงสิทธิของคู่กรณีในการชี้แจงแสดงพยานหลักฐานและมีโอกาสเพียงพอในการโต้แย้งข้อเท็จจริง เพื่อปกป้องสิทธิของตนจากกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา และในกรณีที่การกระทำของฝ่ายปกครองก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิเสรีภาพ สิทธิหรือทรัพย์สินของผู้ถูกกล่าวหาจะต้องมีโอกาสด้านการแสดงหลักฐานและมีสิทธิโต้แย้งข้อเท็จจริงได้ โดยผู้ถูกระทบสิทธิต้องได้รับโอกาสดังกล่าวอย่างถูกต้องและเพียงพอ ทำให้กระบวนการออกคำสั่งทางปกครองเป็นไปด้วยความโปร่งใส มีความยุติธรรมเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

เมื่อเปรียบเทียบกับ การดำเนินการทางวินัยของต่างประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส มีหลักการสำคัญในการดำเนินการทางวินัย โดยการลงโทษทางวินัยมีผลกระทบเป็นอย่างมากกับข้าราชการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นการไล่ออกจากราชการ ดังนั้น กฎหมายและคำพิพากษาของศาลจึงบัญญัติ และรับรองให้กระบวนการทางวินัยหลักประกันที่ใกล้เคียงกับกระบวนการของศาล กล่าวคือ ตามรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 22 เมษายน 1905 (พ.ศ. 2448) มาตรา 65 ได้มีการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิในการโต้แย้งอย่างเต็มที่ และมีสิทธิเสนอข้อเท็จจริงและโต้แย้งข้อกล่าวหาโดยมีผู้ช่วยหนึ่งคนหรือหลายคน ซึ่งผู้ถูกกล่าวหานำมาเองก็ได้ นอกจากนี้ ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิเข้าตรวจดูเอกสารสำนวนการสอบสวนที่นำมากล่าวหาตนเองได้ ซึ่งตามมาตรา 2 แห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 1984 (พ.ศ. 2507) ได้กำหนดให้การดำเนินการพิจารณาในวันนั่งพิจารณาเริ่มจากการที่ประธานกรรมการสอบสวนทางวินัยเสนอข้อเท็จจริงต่าง ๆ แห่งกรณีการสอบสวน ซึ่งคณะกรรมการอาจแต่งตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดทำหน้าที่เป็นผู้รับผิดชอบสำนวน จากนั้นคณะกรรมการสอบสวนต้องมีการรับฟังถ้อยคำจากผู้ถูกกล่าวหา และพยานสามารถยื่นคำแถลงเป็นลายลักษณ์อักษรหรือวาจาก็ได้ ประกอบกับคณะกรรมการสอบสวนต้องทำการแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบถึงสิทธิในการมีที่ปรึกษาหรือทนายความเพื่อช่วยเหลือในการพิจารณาด้วย ซึ่งเป็นสิทธิที่ถูกรัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา 6 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 (พ.ศ. 2493) และผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองมีสิทธิในการอุทธรณ์ต่อสภามั่นคงของข้าราชการของรัฐ และอาจโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษโดยการฟ้องคดีเพิกถอนการกระทำทางปกครองอันมิชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น หลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิจึงเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับให้ถือปฏิบัติ ในกรณีที่การกระทำทางปกครองได้ก้าวล่วงเข้าไปกระทบถึงสิทธิ เสรีภาพของบุคคล ฝ่ายปกครองหรือผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องจัดให้มีการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิเพื่อเปิดโอกาสให้ชี้แจงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานอย่างเพียงพอ ก่อน เพื่อมิให้การจัดทำคำสั่งทางปกครองตรงกันข้ามกับความจริง และคำนึงถึงศักดิ์ศรีและสิทธิของบุคคล เนื่องจากบุคคลมีสิทธิเท่าเทียมกัน เมื่อถูกการกระทำใด ๆ ของรัฐที่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคล

ผู้เขียนจึงเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาควรมีโอกาสในการขอทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ก่อน แม้ปัจจุบันจะมีข้อยกเว้นบางประการซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 บัญญัติให้ “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายมีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” โดยในวรรคท้ายได้บัญญัติให้ “บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม” ดังนั้น บุคคลซึ่งเป็นข้าราชการจึงถูกจำกัดสิทธิบางประการไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วน

ที่เกี่ยวกับวินัยของข้าราชการที่อาจจะนำหลักความเท่าเทียมกันโดยทั่วไปมาใช้ในการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะมิได้

แต่เมื่อได้พิจารณาถึงหลักของการกระทำทางปกครองมีหลักการสำคัญ 3 ประการประกอบกัน ได้แก่ หลักแห่งความเหมาะสม หลักแห่งความจำเป็น และหลักแห่งความได้สัดส่วน กล่าวคือ

4.4.1 หลักแห่งความเหมาะสม เป็นหลักที่บังคับให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลยพินิจตัดสินใจเลือกออกคำสั่งที่อยู่ในเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจโดยฝ่ายปกครองต้องมีมาตรการที่เหมาะสม กล่าวคือ เมื่อความมุ่งหมายในการตรวจสอบป้องกันและปราบปรามการทุจริตถือเป็นภารกิจสำคัญของฝ่ายปกครองที่ต้องมีการดำเนินการที่รวดเร็ว เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการปราบปรามการทุจริต ผู้ถูกกล่าวหาจึงอาจเสียสิทธิบางประการเพื่อเกิดประโยชน์แก่ภารกิจของหน่วยงานรัฐ

4.4.2 หลักแห่งความจำเป็น เป็นหลักที่บังคับให้การกระทำทางปกครองสามารถบรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ถ้าจะต้องกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด โดยต้องคำนึงถึงความจำเป็นในการออกคำสั่งว่ามีเหตุผลเพียงพอหรือจะสามารถทำให้บรรลุถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ ได้หรือไม่

4.4.3 หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนหรือสังคมโดยส่วนรวมกับประโยชน์มหาชนอันจะพึงได้รับการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการทางปกครอง

การที่ผู้ถูกกล่าวหาซึ่งถูกกระทบสิทธิจากการได้รับคำสั่งทางปกครองที่ถือตามมติข้อมูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยไม่มีโอกาสในการขอทบทวนมติข้อมูลความผิดทางวินัยกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. และสิทธิในการอุทธรณ์เพื่อให้ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเปลี่ยนแปลงฐานความผิดในทางการพิจารณาของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยสามารถอุทธรณ์ได้เฉพาะดุลยพินิจในการกำหนดโทษของผู้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น อาจทำให้ผู้ถูกกล่าวหาเสียสิทธิบางประการและไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ถึงหลักการขอพิจารณาทบทวนมติข้อมูลมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ทบทวนมติและแก้ไขมติให้ถูกต้องซึ่งหากเห็นว่าข้อผิดพลาดในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายหรือความเหมาะสม คณะกรรมการ ป.ป.ช. ก็สามารถแก้ไขทบทวนเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนมตินั้นได้ และเป็นช่องทางสำคัญในการแก้ไขมติข้อมูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ส่งผลผูกมัดให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุต้องออกคำสั่งทางปกครองลงโทษทางตามมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และเกิดการกระทบซึ่งสิทธิและหน้าที่ของผู้ได้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการขอทบทวนมติข้อมูลความผิดนั้นเป็นไปเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ผู้มีส่วนได้เสีย

ซึ่งได้รับคำสั่งทางปกครอง จึงต้องมีบทบัญญัติเปิดช่องทางให้ผู้ถูกกล่าวหาสามารถขอทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยแก่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้โดยตรง เนื่องจากผู้ถูกกล่าวหาจะไม่สามารถอุทธรณ์ดุลยพินิจในการกำหนดฐานความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ คงอุทธรณ์ได้เพียงดุลยพินิจในการกำหนดโทษเท่านั้น นอกจากนี้ ย่อมเป็นไปตามหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา และถือเป็นกระบวนการที่เป็นหลักประกันความมั่นคงในการดำรงสถานภาพและความเป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้ถูกกล่าวหาเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐผู้ถูกกล่าวหาซึ่งถูกลงโทษมีหนทางแสวงหาความยุติธรรมตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด เพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา แต่เนื่องจากการดำเนินการไต่สวนและการดำเนินการลงโทษทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีความรวดเร็ว เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จึงทำให้ผู้ถูกกล่าวหาไม่อาจใช้สิทธิบางประการได้ แม้ว่าตามมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 เป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาใช้ดุลยพินิจขอให้พิจารณาทบทวนมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. กรณีที่มีพยานหลักฐานใหม่เท่านั้นก็ตาม แต่ตามมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ควรเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิในการขอทบทวนมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในเหตุดังกล่าวได้ด้วย เนื่องจากผู้ถูกกล่าวหาเป็นคู่กรณีซึ่งได้รับผลกระทบโดยตรงจากมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และหากผู้บังคับบัญชาไม่หยิบยกพยานหลักฐานใหม่อันแสดงได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้มีการกระทำความผิดตามที่กล่าวหาหรือกระทำความผิดในฐานความผิดที่แตกต่างจากที่ถูกกล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหา ก็จะเสียสิทธิในการขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัย โดยผู้ถูกกล่าวหาจะต้องถูกลงโทษทางวินัยไปก่อนโดยไม่อาจอุทธรณ์ความผิดต่อหน่วยงานผู้บังคับบัญชาหรือองค์กรผู้มิอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ และไม่อาจเปลี่ยนแปลงดุลยพินิจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการกำหนดฐานความผิดได้คงอุทธรณ์ได้เฉพาะดุลยพินิจในการกำหนดโทษเท่านั้น ซึ่งจะก่อให้เกิดผลเสียต่อผู้ถูกกล่าวหา เพราะการพิจารณาลงโทษของคณะกรรมการ ป.ป.ช. อาจเกิดความบกพร่อง ผิดพลาด ดังเช่น ตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.30/2557 คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาลงโทษไม่เหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำคำสั่งลงโทษจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้มีสิทธิในการขอทบทวนมติในชั้นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะทำให้การอำนวยความยุติธรรมในระบบงานยุติธรรมนั้นไม่ล่าช้าจนเกินเยียวยา เพราะผู้ถูกกล่าวหาจะต้องเสียสิทธิในการประกอบอาชีพรับราชการ หรืออาจได้รับบทลงโทษที่ไม่เป็นธรรมไปก่อนจึงจะสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งลงโทษตามมติชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ ซึ่งทำให้เกิดความล่าช้าเป็นอย่างยิ่ง และเมื่อคำนึงถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหากับจุดมุ่งหมายในการตรวจสอบการทุจริตแล้ว การให้ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิในการขอทบทวนมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ถูกกล่าวหากับการที่หน่วยงานรัฐได้ดำเนินการ

บรรลุตามวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง เนื่องจากการขอทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัย ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มิใช่การก้าวล่วงการใช้ดุลยพินิจหรือเป็นการเปลี่ยนแปลงฐานความผิดที่ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติชี้มูล และยังคงเจตนารมณ์ในการตรวจสอบป้องกันและปราบปราม การทุจริตของหน่วยงานรัฐ แต่เพื่อเป็นการผ่อนปรนมาตรการที่รวบรัดและเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหา ได้รับสิทธิบางประการเนื่องจากผู้ถูกกล่าวหาได้รับคำสั่งทางปกครองจะเป็นผู้ถูกกระทบกระเทือน สิทธิและหน้าที่โดยตรงจากการออกคำสั่งทางปกครอง จึงควรเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับโอกาส ในการขอพิจารณาใหม่ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่พยานหลักฐานใหม่อันแสดงได้ว่า ผู้ถูกกล่าวหาไม่ ได้มีการกระทำความผิดตามที่กล่าวหาหรือกระทำความผิดในฐานความผิดที่แตกต่างจากที่ถูกกล่าวหา ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกัน และปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 99 เพื่อให้ผู้ถูกกล่าวหาสามารถขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาทบทวนมติชี้มูลความผิดที่มีผลกระทบต่อผู้ถูกกล่าวหาได้ด้วย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะให้แก้ไข เพิ่มเติม หลักเกณฑ์ของกฎหมายมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 โดยให้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในส่วนของผู้มีสิทธิในการขอทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยของ คณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยให้ “ผู้ถูกกล่าวหา” เป็นผู้มีสิทธิในการขอทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัย ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ด้วย

5. บทสรุป

การกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาต้องลงโทษทางวินัยอย่างร้ายแรง ตามมติชี้มูลความผิดทางวินัย ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยไม่ต้องทำการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอีก ทำให้ผู้บังคับ บัญชาผู้มีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาขาดอิสระในการใช้ดุลยพินิจ และเป็นกระบวนการ ที่ยังขาดความเชื่อมโยงและขาดความชอบธรรมในทางกฎหมาย ขาดประสิทธิภาพในการตรวจสอบ จึงควรมีการกำหนดให้มีองค์กรกลางบริหารงานบุคคล หรือคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมให้อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ในกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติชี้มูลความผิดทางวินัย แก่ข้าราชการพลเรือนด้วย เพื่อเป็นการถ่วงดุล เพิ่มประสิทธิภาพในการตรวจสอบ และเพื่อเป็น หลักประกันสิทธิเสรีภาพให้กับข้าราชการพลเรือนซึ่งต้องถูกดำเนินการทางวินัยจากมติชี้มูลความผิด ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อให้การดำเนินการทางวินัยของข้าราชการซึ่งกระทำการทุจริตต่อหน้าที่ ตามมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย การป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มีความเป็นธรรม เหมาะสม และสอดคล้องกับ สถานการณ์การทุจริตในปัจจุบัน ตลอดจนคุ้มครองสิทธิประโยชน์ข้าราชการพลเรือนซึ่งถูกลงโทษ ทางวินัยตามมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

จากการวิเคราะห์ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 99 พบว่า ควรมีการแก้ไขปรับปรุง เพิ่มเติม หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขอทบทวนมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อการอำนวยความสะดวกในระบบงานยุติธรรมนั้น ไม่ล่าช้าจนเกินเยียวยา และเป็นไปตามหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิของผู้ถูกล่าว่าหา และถือเป็นกระบวนการที่เป็นหลักประกันความมั่นคงในการดำรงสถานภาพและความเป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่รัฐผู้ถูกล่าว่าหา เมื่อคำนึงถึงสิทธิของผู้ถูกล่าว่าหากับจุดมุ่งหมายในการตรวจสอบการทุจริตแล้ว การให้ผู้ถูกล่าว่าหาสิทธิในการขอทบทวนมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ถูกล่าว่าหากับการที่หน่วยงานรัฐได้ดำเนินการบรรลุตามวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง จึงเห็นควรแก้ไข เพิ่มเติมข้อความดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561

มาตรา 99 “ในการพิจารณาถึงโทษทางวินัยตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. หากผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกล่าว่าหา หรือผู้ถูกล่าว่าหาไม่เหตุที่จะขอให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัย ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกล่าว่าหาหรือผู้ถูกล่าว่าหาหนังสือพร้อมเอกสารและพยานหลักฐานถึงคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อขอให้พิจารณาทบทวนมตินั้นได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะกรรมการ ป.ป.ช. ด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

1) มีพยานหลักฐานใหม่อันแสดงได้ว่า ผู้ถูกล่าว่าหาได้มีการกระทำความผิดตามที่กล่าวหาหรือกระทำความผิดในฐานความผิดที่แตกต่างจากที่ถูกล่าว่าหา

2) กระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มิได้เปิดโอกาสให้ผู้ถูกล่าว่าหาได้รับโอกาสในการชี้แจงข้อเท็จจริงตามสมควร

3) คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองหรือได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาครั้งก่อนแล้วถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

4) กรณีที่มติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ออกโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดและต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญในทางที่จะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณี

5) มีเหตุอื่นอันเกี่ยวกับความบกพร่องของกระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. อันไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ในการพิจารณาทบทวนตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาพยานหลักฐานโดยละเอียด เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติเป็นประการใดให้แจ้งให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนทราบเพื่อดำเนินการต่อไปตามมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช.”

บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. **กฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- จิรนิติ หะวานนท์. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป)**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- _____. **คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.
- นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์ และคณะร่วมกับสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. **รายงานการวิจัยเพื่อศึกษารูปแบบการทุจริตเชิงนโยบาย**. ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2555.
- นันทวัฒน์ บรรณานันท์. **กฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- นันทวัฒน์ รัฐนนท์ เณื่อนิม. “ปัญหาการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทของคณะกรรมการ ป.ป.ช.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2558.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา**. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบคำสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ตุลาคม 2560.
- ฤทัย หงส์สิริ. **ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 8. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561.
- วรเจตน์ ภาคิรัตน์. **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน.
- _____. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- วิชญ์ เครืองาม. **ปรัชญารากฐานในกฎหมายมหาชน**. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2557.
- สมยศ เชื้อไทย. **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565.
- สมฤทธิ์ ไชยวงศ์. “หลักนิติธรรมการคุ้มครองหลักนิติธรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญ.” *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ* 15, 45 (กันยายน-ธันวาคม 2556).

อุดม รัฐอมฤต และคณะ. โครงการศึกษาความเหมาะสมในการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ
ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157. ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2555.

The European Convention on Human Rights. **The Convention in 1950** [Online]. Available
URL: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention/the-convention-in-1950>, 2023 (February, 20).

ปัญหาการบังคับทางปกครองให้คดีใช้ค่าสินไหมทดแทน:
ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

ประวีณธิดา จารุณิล

ปัญหาการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน:
ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่*
Problems in Administrative Enforcement for Indemnity:
A Case of Tortious Liability of Officials

ประวีณธิดา จารุนิล**
Praweethida Jarunil

บทคัดย่อ

ในกรณีเจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายในกรณี
ที่ละเมิดต่อบุคคลภายนอกไปแล้วกรณีหนึ่ง หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจาก
เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐอีกกรณีหนึ่ง หน่วยงานของรัฐที่เสียหายนั้นมีสิทธิ
ออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ การที่หน่วยงานของรัฐออกคำสั่ง
ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทน คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือให้ชำระเงินนั้น ถือเป็น
คำสั่งทางปกครอง หากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองจึงต้องมีการดำเนินการบังคับ
ทางปกครอง โดยเป็นกระบวนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ มีความมุ่งหมายเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่ง
ทางปกครอง การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวนี้ เรียกว่า “มาตรการบังคับทางปกครอง” จากการ

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “ปัญหาการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน:
ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ประจำปี พ.ศ. 2566.

This research article is part of the research entitled “Problems in Administrative
Enforcement for Indemnity: A Case of Tortious Liability of Officials.” This research is funded by
Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, 2023.

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. (กฎหมาย
มหาชน) มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: praweethida.j@rumail.ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng
University; LL.M. in Public Law, Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 18 มีนาคม 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 12 พฤษภาคม 2567,
วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 29 พฤษภาคม 2567.

วิจัยพบว่า กฎหมายเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ยังมีปัญหาบางประการ ทำให้การดำเนินการเป็นไปโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐ ทำให้การบังคับทางปกครองไม่บรรลุผล อันเป็นผลให้หน่วยงานของรัฐไม่ได้รับการชดใช้เงินค่าสินไหมทดแทน รวมทั้งไม่เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งปัญหาที่พบมีดังนี้ ประการแรก คือ เรื่องของเจ้าพนักงานบังคับทางปกครองที่หน่วยงานของรัฐแต่งตั้งขึ้นนี้ มิได้เป็นเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจหน้าที่โดยตรงในราชการปกติในการบังคับทางปกครองโดยตรง จึงขาดทั้งความรู้ความสามารถและประสบการณ์ในการยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สิน ประการที่สอง คือ จะต้องมีการตรวจสอบโดยส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในแนวปฏิบัติที่ต้องรอการตรวจสอบจากกระทรวงการคลังก่อนจึงจะออกคำสั่งกำหนดให้ชำระเงินเป็นค่าสินไหมทดแทนได้ ซึ่งในส่วนนี้ก็มีกำหนดอายุความเรื่องละเมิด คือ อายุความสองปีนับจากวันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะต้องใช้เงินเป็นค่าสินไหมทดแทนเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นกรอบอายุความที่จะบังคับทางปกครองอยู่ด้วย ประการที่สามคือปัญหาเกี่ยวกับการแจ้งผลการพิจารณาหรือการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง และประการที่สี่คือปัญหาของการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้การปฏิบัติราชการของหน่วยงานทางปกครองมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในส่วนที่ว่าด้วย การบังคับตามคำสั่งทางปกครอง โดยกำหนดเพิ่มเติมให้มีการบังคับโดยหน่วยงานบังคับทางปกครอง ซึ่งกำหนดให้มีการจัดตั้งหน่วยงานบังคับทางปกครองขึ้นมา เพื่อเป็นหน่วยงานเฉพาะที่ทำหน้าที่บังคับทางปกครอง โดยจัดตั้งขึ้นเป็นหน่วยงานเฉพาะในกระทรวงการคลัง เนื่องจากการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ จะต้องมีความเกี่ยวพันกับกระทรวงการคลังโดยตลอด เพื่อให้การบังคับทางปกครองเกิดผลในทางปฏิบัติและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: การบังคับทางปกครอง, ความรับผิดทางละเมิด, ค่าสินไหมทดแทน

Abstract

In the case that an official must pay for indemnity that a government agency has paid to an injured person in cases of tort to outsiders or in cases that an official must pay for indemnity because that official commits tortious actions to a government agency, the injured government agency has a right to issue an order for the official who commits tortious actions to pay for indemnity. The order to pay for indemnity or for payment is considered an administrative order. If the administrative order is violated or not complied with, administrative enforcement must be conducted. This is the operational process of officials with the goal to be in accordance with an administrative order. The officials' operations are called administrative measures. Findings from this research show that the law regarding administrative measures for indemnity in cases of tort of officials poses certain problems. This results in the operations not being in accordance with the law and there is no efficiency in an enforcement of the law to benefit government agencies. Administrative enforcement is therefore not effective. This results in government agencies not receiving indemnity and not rendering fairness to those within the enforcement of administrative orders. Problems found are as follows. Firstly, the administrative enforcement officials appointed by government agencies are not the officials with direct authority in administrative enforcement. They do not have the knowledge, ability, and experience in the confiscation, or seizure of, and auction of property. Secondly, there must be the inspection process by submitting the case to the Ministry of Finance for inspection prior to an issuance of an order to pay for indemnity. The prescription on tort is determined for two years from the day the government agency knows of tort and of the official who will pay for indemnity as the framework of prescription for administrative enforcement. Thirdly, there is a problem in the notification of the consideration or the inspection of the Ministry of Finance. Fourthly, there is a problem in providing justice to the person under the administrative orders. The law should be amended so that the performance of administrative agencies will be efficient and effective.

The researcher has the following recommendations. The Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996) should be amended in regard to the administrative

order enforcement for payment. It should be added that the enforcement is conducted by an administrative enforcement agency. The administrative enforcement agency should be established as a specific agency functioning for administrative enforcement. The agency should be established as a specific agency in the Ministry of Finance because the payment of indemnity in cases of tortious liability is involved with the Ministry of Finance. The administrative enforcement will therefore be practically effective and increasingly efficient.

Keywords: administrative enforcement, tortious liability, indemnity

1. บทนำ

การดำเนินการบังคับทางปกครองเป็นกระบวนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง เป็นการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ตามคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองโดยไม่ต้องใช้กระบวนการทางศาลในการฟ้องร้องบังคับคดี การบังคับทางปกครองจึงเป็นการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั่นเอง การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวนี้ เรียกว่า “มาตรการบังคับทางปกครอง”

การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองบังคับให้บุคคลชำระเงิน ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการที่จะออกคำสั่งทางปกครองบังคับให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดชำระหนี้เงินอันเป็นหนี้ในทางกฎหมายมหาชน ยกตัวอย่างเช่น หนี้ค่าปรับ หนี้ค่าภาษีอากร หนี้ให้ชำระค่าธรรมเนียม หนี้เงินสมทบที่นายจ้างจะต้องนำส่งประกันสังคม หนี้เงินเป็นค่าตอบแทนการใช้คลื่นความถี่วิทยุ หนี้ค่าตอบแทนการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ รวมทั้งหนี้เงินชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกจากเจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิด กรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามบทบัญญัติในมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายในกรณีที่ละเมิดต่อบุคคลภายนอกไปแล้ว กรณีหนึ่ง หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐอีกกรณีหนึ่ง หน่วยงานของรัฐที่เสียหายนั้นมีสิทธิออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดนั้นชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้ การที่หน่วยงานของรัฐออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชดเชยค่าสินไหมทดแทน คำสั่งให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนหรือให้ชำระเงินนั้น ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามบทบัญญัติในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น เมื่อคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองและเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนหรือคำสั่งให้ชำระเงิน หากถึงกำหนดแล้ว ไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน หน่วยงานทางปกครองอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ ตามบทบัญญัติในมาตรา 63/7 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 โดยไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องคดีต่อศาล

ก่อนที่จะมีการออกคำสั่งทางปกครองให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทน ตลอดจนก่อนที่จะมีการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้ครบถ้วน ตามบทบัญญัติในมาตรา 63/7 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 ต้องมีกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับกระทรวงการคลังเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย กล่าวคือ กระบวนการตรวจสอบของกระทรวงการคลังนั่นเอง ทั้งนี้ เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

รัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งกระบวนการดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแก่หน่วยงานทางปกครองเป็นอย่างมาก เพราะเมื่อหน่วยงานทางปกครองวินิจฉัยสั่งการว่า เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด แต่ก็ยังออกคำสั่งทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทันทีไม่ได้ หน่วยงานจะต้องส่งสำนวนการสอบสวนเพื่อพิสูจน์ความรับผิดชอบนั้นให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ซึ่งในระหว่างการตรวจสอบหรือระหว่างการพิจารณาของกระทรวงการคลัง หน่วยงานทางปกครองต้องสั่งการให้เตรียมเรื่องให้พร้อมสำหรับการออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทน เพื่อให้ขาดอายุความสองปีนับจากวันที่หน่วยงานของรัฐวินิจฉัยสั่งการคือ รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้วตามมาตรา 12 ประกอบมาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และข้อ 17 ของระเบียบฯ ฉบับดังกล่าวข้างต้น

บทความวิจัยนี้เป็นการนำเสนอปัญหาทางกฎหมายจากการศึกษาเฉพาะเรื่องปัญหาการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นการบังคับทางปกครองให้ชำระเงินเป็นค่าสินไหมทดแทน ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวยังมีปัญหาบางประการ ทำให้การดำเนินการเป็นไปโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐ ทำให้หน่วยงานของรัฐไม่ได้รับการชดใช้เงินค่าสินไหมทดแทน การบังคับทางปกครองไม่บรรลุผล รวมทั้งไม่เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีหลายประเด็นที่ต้องพิจารณา กล่าวคือ 1) ปัญหาการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ 2) กระบวนการตรวจสอบในการส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง 3) การแจ้งผลการพิจารณาหรือการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง และ 4) ความเป็นธรรมและสิทธิตามกฎหมายของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง

2. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

การบังคับทางปกครองเป็นการดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมายปกครอง อันเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารราชการและกฎเกณฑ์การให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ เป็นกฎหมายมหาชนที่ว่าด้วยความเกี่ยวข้องระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชน ซึ่งมีหลักการ แนวคิดและทฤษฎีต่างๆ ในเชิงกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องหลายหลักการ รวมถึงการศึกษาวินิจฉัยกฎหมายและระบบของการบังคับทางปกครองของต่างประเทศ เพื่อให้เกิดความเข้าใจในหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมาย

2.1 แนวคิดทฤษฎีพื้นฐานของการบังคับทางปกครอง

การบังคับทางปกครองเป็นการกระทำทางกายภาพอันมีผลโดยตรงต่อประชาชนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง แม้ฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์โดยตรงเหนือเอกชน สามารถดำเนินการบังคับทางปกครองได้ด้วยฝ่ายปกครองเองโดยไม่ต้องผ่านการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลก็ตาม แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องดำเนินการตามกฎหมายภายใต้กรอบของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) และเป็นไปตามกฎหมายที่ให้อำนาจ ไม่สามารถดำเนินการตามอำเภอใจได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนพร้อมไปกับการรักษาและคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม จึงต้องมีแนวคิดทฤษฎีพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชนเป็นหลักการสำคัญของการตรากฎหมายปกครอง การบังคับทางปกครองเป็นการดำเนินการของฝ่ายปกครองตามกฎหมายปกครองอันเป็นกฎหมายมหาชน จึงต้องมีหลักการสำคัญ 6 หลักการ ได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักประโยชน์สาธารณะ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักความได้สัดส่วน หลักอำนาจอหาชน และหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ

2.1.1 หลักความเสมอภาค

ประชาชนทุกคนมีความเท่าเทียมและย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงก็ตาม การปฏิบัติโดยใช้อำนาจในทางกฎหมายต้องใช้กับประชาชนทั่วไปโดยเสมอภาคกัน การบังคับทางปกครองก็เช่นกัน ต้องถือว่าประชาชนทุกคนเสมอภาคกันในกฎหมาย¹

2.1.2 หลักประโยชน์สาธารณะ

หลักประโยชน์สาธารณะเป็นหลักพื้นฐานสำคัญของการกระทำของฝ่ายปกครอง การทำกิจกรรมของฝ่ายปกครองย่อมเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สำคัญ คือประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) อันเป็นประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ไม่ใช่ประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง² ประโยชน์สาธารณะจึงขึ้นกับความต้องการของคนหมู่มาก สิ่งใดเป็นความต้องการที่ตรงกันของคนจำนวนมาก สิ่งนั้นย่อมเป็นประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นสิ่งใดที่คนหมู่มากไม่ต้องการ สิ่งนั้นก็ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะ เหตุที่มีหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชนก็เพื่อให้รัฐสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนได้บรรลุผล การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่บนหลักประโยชน์สาธารณะเสมอ ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาตราขึ้นให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หลักการนี้จึงเป็นหัวใจและวัตถุประสงค์สำคัญของการใช้อำนาจทางปกครอง

¹บรรเจิด สิงคะเนติ, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดสิทธิเสรีภาพ เรื่อง หลักความเสมอภาค (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2543), หน้า 16.

²บรรศักดิ์ อวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 304-307.

2.1.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง โดยเป็นหลักที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นและใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ซึ่งเป็นหลักที่ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ฝ่ายปกครองไม่สามารถกำหนดมาตรการหรือกระทำการทางปกครองโดยขัดต่อกฎหมายได้ ไม่ว่าจะเป็นพระราชธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติและหลักกฎหมายทั่วไป โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลัก คือ หลักการบังคับทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักการไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ³

2.1.4 หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายมหาชนที่มีอยู่ในระบบกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยเป็นหลักกฎหมายที่มีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับในหลายประเทศ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่คำนึงถึงทั้งประโยชน์ส่วนรวมและประโยชน์ส่วนบุคคล กล่าวคือ เป็นหลักที่ต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของสังคมส่วนรวมกับประโยชน์ของปัจเจกชน ซึ่งเป็นการคำนึงถึงความยุติธรรมต่อประโยชน์ทั้งสองอย่าง เนื่องจากในการอยู่ร่วมกัน ผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายย่อมมีผลกระทบต่อกันและกัน จึงต้องมีการคำนึงถึงสัดส่วนที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย การบังคับทางปกครองตามหลักความได้สัดส่วนนั้นยังประกอบด้วยหลักการสำคัญอีก 2 ประการที่เป็นสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน ได้แก่ หลักความเหมาะสมและหลักความจำเป็น

2.1.5 หลักอำนาจมหาชน

อำนาจมหาชนหรืออำนาจในทางกฎหมายมหาชน เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งกระทำลงในแดนของกฎหมายมหาชน เป็นการที่รัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายในการดำเนินกิจกรรมตามหน้าที่เพื่อปกครองและบริหารประเทศ รวมถึงจัดทำบริการสาธารณะ โดยรัฐมีฐานะเหนือเอกชนในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในทางกฎหมายมหาชน กฎหมายเป็นทั้งที่มาของอำนาจและข้อจำกัดในการใช้อำนาจ โดยกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกระทำการต่าง ๆ แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจเนื่องจากฝ่ายปกครองไม่สามารถกระทำการใด ๆ เกินกว่ากฎหมายให้อำนาจไว้ได้ สามารถแบ่งอำนาจมหาชนออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ อำนาจผูกพัน และอำนาจดุลพินิจ กล่าวคือ

³ปิยะ ปะตังทา, หัวข้อ : หลักนิติธรรม เรื่อง : บทบาทของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติธรรม [Online], available URL: https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1405, 2566 (มกราคม, 22).

1) อำนาจผูกพัน เป็นอำนาจที่ผูกพันหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หากมีเงื่อนไขครบตามที่กฎหมายกำหนด โดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่สามารถเลือกได้ว่าจะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ จะกระทำการนั้นหรือไม่ หรือจะใช้อำนาจอย่างไร

2) อำนาจดุลพินิจ เป็นอำนาจที่กฎหมายเปิดโอกาสให้หน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติโดยสามารถตัดสินใจได้เองว่าจะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ หรือสามารถเลือกใช้มาตรการหรือเนื้อหาการกระทำได้ตามความเหมาะสม อำนาจดุลพินิจจึงเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจอย่างมีอิสระทางความคิดภายใต้กรอบของกฎหมาย เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณีที่อาจเกิดขึ้นได้ จึงเปิดช่องให้หน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถนำกฎหมายไปปรับใช้ให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งทำให้เกิดความยุติธรรมมากยิ่งขึ้นหากพิจารณาโดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป การใช้ดุลพินิจจึงต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และ การใช้เหตุผลในการตัดสินใจ⁴ ซึ่งการใช้ดุลพินิจนั้นขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในลักษณะใด เช่น ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการตัดสินใจกระทำหรือไม่กระทำการใด หรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องกระทำ แต่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีสิทธิเลือกมาตรการหรือเนื้อหาของการกระทำ โดยพิจารณาว่าควรกระทำอย่างไร ด้วยวิธีการใด หรือสั่งการอย่างไร เป็นต้น

2.1.6 หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

ในทางกฎหมายมหาชนมีหลักการสำคัญที่ว่า รัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีสถานะเหนือเอกชน หลักการของกฎหมายมหาชนจึงอยู่บนความไม่เท่าเทียมกัน โดยรัฐมีสถานะเหนือเอกชน เรียกว่า “เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง” ซึ่งเป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีเหนือเอกชนเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

2.2 การบังคับทางปกครองให้ชำระเงินของระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการออกคำสั่งให้ชำระเงินไว้ในกฎหมายสำคัญ คือ รัฐบัญญัติฉบับที่ 92-1476 ลงวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2535 และกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ซึ่งรวมถึงคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นค่าสินไหมทดแทนในกรณีมูลละเมิด อันเป็นคำสั่งทางปกครองให้ชำระเงินเช่นกัน โดยกำหนดไว้ในรัฐบัญญัติฉบับที่ 91-650 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ. 2534 และรัฐกฤษฎีกาฉบับที่ 92-755 ลงวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2535

⁴ กอนนิตการ, กลุ่มงานที่ปรึกษากฎหมาย นิติกรรมและสัญญา กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กองคุ้มครองแรงงาน, **หลักการใช้ดุลพินิจ** [Online], available URL: <https://protection.labour.go.th/images/Manual/0001.pdf>, 2566 (มกราคม, 20).

ในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส การออกคำสั่งทางปกครองกำหนดให้ชำระเงินทั่วไปทำขึ้นโดยหน่วยงานทางปกครอง (autorités administratives) หลังจากมีคำสั่งให้ชำระเงินแล้ว เจ้าหน้าที่บัญชีภาครัฐ (comptable public) จะได้แจ้งคำสั่งให้ชำระเงินไปยังผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ถ้าพ้นกำหนดตามหนังสือแจ้งเตือนแล้วผู้อยู่ในบังคับทางปกครองไม่ดำเนินการชำระหนี้และไม่มีการฟ้องคดีต่อศาล ก็จะต้องมีการเริ่มดำเนินการบังคับทางปกครองกับผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองต่อไป

กระบวนการบังคับทางปกครองให้ชำระเงินในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส องค์การที่ทำหน้าที่บังคับทางปกครองที่สำคัญมี 2 องค์การ ได้แก่ องค์การเอกชน และองค์การรัฐ กล่าวคือ

องค์การเอกชน เป็นองค์การบังคับคดีเอกชน พนักงานบังคับคดีเป็นเอกชน รัฐบัญญัติฉบับที่ 91-650 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ. 2534 มาตรา 18 กำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดี (huissier de justice) เป็นเจ้าพนักงานบังคับคดีเอกชน เอกชนที่จะเข้าสู่วิชาชีพนี้จะต้องผ่านการสอบเข้าสู่วิชาชีพ (examen professionnel) และได้รับประกาศนียบัตรเป็นเจ้าพนักงานบังคับคดีเอกชน โดยมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมของฝรั่งเศสหน้าที่สำคัญของเจ้าพนักงานบังคับคดีเอกชน คือ การยึด การอายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้อยู่ในบังคับทางปกครอง

องค์การรัฐ เป็นองค์การบังคับคดีของรัฐ พนักงานบังคับคดีของรัฐเป็นข้าราชการสังกัดกรมบัญชีกลาง รัฐบัญญัติฉบับที่ 91-650 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ. 2534 และรัฐกฤษฎีกาฉบับที่ 92-755 ลงวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 กำหนดว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการบังคับทางปกครองในการบังคับให้ชำระเงิน ได้แก่ เจ้าพนักงานบังคับการชำระหนี้ของรัฐ (huissier du trésor public) โดยกำหนดให้กรมบัญชีกลางของกระทรวงการคลังเป็นผู้รับผิดชอบเป็นหน่วยงานกลางในการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินกับผู้อยู่ในบังคับทางปกครอง⁵

2.3 การบังคับทางปกครองให้ชำระเงินของระบบกฎหมายเยอรมัน

ระบบกฎหมายเยอรมันมีหลักเกณฑ์ในการออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินโดยกำหนดไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG) โดยกำหนดว่าหลักสำคัญ คือ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินนั้น คำสั่งทางปกครองต้องมีเนื้อหาชัดเจน ทั้งเรื่องของเหตุแห่งการออกคำสั่งและจำนวนเงินที่ต้องชำระ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรและมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินจึงถือเป็นจุดเริ่มต้นอันสำคัญก่อนที่จะมีการ

⁵ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, รายงานการวิจัยเรื่อง การบังคับทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551), หน้า 36-37.

บังคับทางปกครอง โดยถือว่าคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินที่สมบูรณ์นั้นถือเป็นฐานอำนาจสำคัญของการบังคับทางปกครอง ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินไว้อย่างละเอียดและเป็นระบบ ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (VwVfG)

ส่วนการบังคับทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าการบังคับทางปกครองเป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองกำหนดให้ชำระเงิน ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองยอมชำระแต่โดยดีก็ไม่มีปัญหาอะไร แต่ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองไม่ยอมชำระเงิน กรณีก็ต้องใช้การบังคับทางปกครอง โดยเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองบังคับโดยตรงต่อประชาชนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ในฐานะที่หน่วยงานทางปกครองมีอำนาจเหนือสิทธิส่วนบุคคลของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองโดยไม่ต้องผ่านศาล อันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชน ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการดำเนินการบังคับทางปกครองไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนและเป็นธรรม การบังคับทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน กำหนดการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz - VwVG) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดว่าการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินนั้น การบังคับทางปกครองจะครอบคลุมทรัพย์สินของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองทั้งหมด กฎหมายฉบับนี้จึงกำหนดให้นำหลักเกณฑ์ในบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรมาใช้บังคับด้วย ซึ่งประมวลรัษฎากรได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung - ZPO) มาใช้แก่การบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินด้วยโดยอนุโลม⁶ อนึ่งการบังคับทางปกครองมีกระบวนการ ดังนี้

2.3.1 การบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ในเบื้องต้นรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz - VwVG) กำหนดว่าการออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินนั้นต้องสมบูรณ์ ถูกต้อง และชัดเจน เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับได้ตามกฎหมายมหาชน ข้อสำคัญประการหนึ่ง คือ หนี้ให้ชำระเงินนั้นต้องถึงกำหนดชำระแล้ว คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินจึงต้องมีการระบุระยะเวลาที่หนี้ถึงกำหนดชำระไว้อย่างชัดเจน แล้วแจ้งให้ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองรับทราบ และปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง

⁶วรณาริ สิงห์โต, รายงานการวิจัยเรื่อง การบังคับทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551), หน้า 24.

2.3.2 เมื่อกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินล่วงหน้าไปแล้ว หากยังไม่มีชำระหนี้ตามคำสั่งทางปกครอง ก่อนที่จะมีการออกคำสั่งบังคับให้ชำระเงิน ฝ่ายปกครองอาจออกหนังสือเตือนก่อน การเตือนก็คือการแจ้งให้ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ทราบว่าจะดำเนินการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินนั่นเอง

2.3.3 การบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz - VwVG) ประกอบประมวลรัษฎากรและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung - ZPO) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินไว้ อย่างเป็นระบบ รวมตลอดถึง การยึด การอายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สิน

2.3.4 ผู้มีอำนาจดำเนินการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz - VwVG) กำหนดแบ่งผู้มีอำนาจบังคับทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท ประเภทแรก คือ หน่วยงานบังคับทางปกครองเฉพาะ (besondere vollstreckungs - behörde) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นเฉพาะในกระทรวงที่ฝ่ายปกครองซึ่งออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินสังกัดอยู่ และประเภทที่สอง คือ หน่วยงานบังคับทางปกครองทั่วไป (allgemeine vollstreckungsbehörde) ซึ่งเป็นหน่วยงานของกระทรวงการคลัง มีอำนาจบังคับทางปกครองทั่วไป ฝ่ายปกครองที่มีได้มีการจัดตั้งหน่วยงานบังคับทางปกครองเฉพาะย่อมอยู่ในอำนาจบังคับทางปกครองของหน่วยงานบังคับทางปกครองทั่วไป

3. กฎหมายเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

การบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เป็นการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน การจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้นั้น ต้องมีคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นฐานก่อน ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

3.1 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ถือเป็นกฎหมายกลางที่ใช้ในการปฏิบัติราชการทางปกครอง กฎหมายฉบับดังกล่าวได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในสาระสำคัญโดยเฉพาะเรื่องของการบังคับทางปกครองโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 จึงควรทำความเข้าใจความหมาย และลักษณะของการบังคับทางปกครอง กล่าวคือ

3.1.1 ความหมายของคำว่า “การบังคับทางปกครอง”

การบังคับทางปกครองเป็นการดำเนินการในขอบเขตของกฎหมายปกครอง เป็นการใช้กำลังทางกายภาพโดยตรงกับผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผลโดยไม่ต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล ในการบังคับทางปกครอง เรื่องใดมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้เป็นพิเศษย่อมเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะนั้น แต่เรื่องใดไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้เป็นพิเศษก็ต้องดำเนินการบังคับทางปกครองตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 ซึ่งถือเป็นกฎหมายกลางหรือกฎหมายทั่วไป

3.1.2 ลักษณะของการบังคับทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 กำหนดเรื่องการบังคับทางปกครองไว้ในหมวด 2/1 การบังคับทางปกครอง โดยแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ (1) การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินมีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา 63/7 ถึงมาตรา 63/19 และ (2) การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ กำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา 63/20 ถึงมาตรา 63/25

สำหรับกรณีของการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินจะแบ่งออกเป็นการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐกับการบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี การบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐมีรายละเอียดอยู่ในบทบัญญัติตั้งแต่มาตรา 63/7 ถึงมาตรา 63/14 ส่วนการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินกรณีการบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีอยู่ในบทบัญญัติตั้งแต่มาตรา 63/15 ถึงมาตรา 63/19

การบังคับทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยตามความในมาตรา 63/7 บัญญัติว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่มีคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ ในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา 63/7 นี้ ให้แต่งตั้งพนักงานบังคับทางปกครองเพื่อดำเนินการยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินต่อไป โดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งใช้มาตรการบังคับทางปกครองและการแต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับทางปกครองให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ในส่วนของกระบวนการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง กฎหมายได้มีการกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการไว้ในบทบัญญัติมาตรา 63/8 กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งให้ชำระเงินต้องดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินภายในสิบปีนับแต่วันที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุด

การบังคับทางปกครองโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี กฎหมายกำหนดเรื่องของการบังคับทางปกครองโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีไว้ในมาตรา 63/15 กำหนดว่า ในกรณีที่มีการบังคับให้ชำระเงินและคำสั่งทางปกครองให้ชำระเงินเป็นที่สุดแล้ว หากหน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งให้ชำระเงินประสงค์ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีในสังกัดกรมบังคับคดีดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ให้ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลภายในสิบปีนับแต่วันที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุด

3.1.3 การบังคับทางปกครองต้องมีคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทางกฎหมาย

ก่อนที่จะมีการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินในเบื้องต้นจะต้องมีการออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินก่อนเป็นอันดับแรก เพื่อเป็นฐานอำนาจแห่งการบังคับทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินดังกล่าวจึงต้องเป็นไปตามความหมายที่กำหนดไว้ในบทนิยามศัพท์ตามความในบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมายเพื่อเป็นฐานแห่งการบังคับ โดยเฉพาะในการบังคับทางปกครองให้ใช้เงินเป็นค่าสินไหมทดแทน หน่วยงานของรัฐที่จะดำเนินการบังคับทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้เงินเป็นค่าสินไหมทดแทนนั้น หน่วยงานของรัฐย่อมต้องมีการออกคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้เงินเป็นค่าสินไหมทดแทนตามบทบัญญัติในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เสียก่อน หากยังไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมดำเนินการบังคับทางปกครองไม่ได้ และที่สำคัญคำสั่งทางปกครองที่จะใช้เป็นฐานในการบังคับทางปกครองนั้นจะต้องมีผลทางกฎหมาย ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้นก็ไม่อาจบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้

3.1.4 คำสั่งทางปกครองที่เป็นฐานแห่งการบังคับทางปกครองไม่จำเป็นต้องเป็นคำสั่งที่เป็นที่สุด

แม้จะมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าว เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐก็ยังสามารถบังคับทางปกครองได้ เป็นไปตามความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 719/2546) ซึ่งมีความเห็นว่า การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 63/2 วรรคแรก (มาตรา 44 วรรคสาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562) และความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 1125/2562) ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ถ้าศาลปกครองมิได้มีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อน หน่วยงานก็สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ การบังคับทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงไม่จำเป็น ต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นที่สุด

ถ้าเป็นการบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีในสังกัดกรมบังคับคดีต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นที่สุดแล้วเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่คำสั่งทางปกครองไม่จำเป็นต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นที่สุด

3.2 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดทางละเมิด จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือส่วนตัว หากเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่ได้วางหลักในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดแตกต่างไปจากเรื่องละเมิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ถ้าเป็นการละเมิดที่เกิดขึ้นส่วนตัวหรือมิได้เกิดขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ย่อมต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งตามความในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการที่เจ้าหน้าที่กระทำความผิดในการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นการกระทำการตามอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชา กรณีนี้ผู้เสียหายจะไม่สามารถฟ้องเจ้าหน้าที่โดยตรงได้ แต่ต้องฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัด หน่วยงานของรัฐจึงต้องรับภาระชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการกระทำละเมิดไปก่อน แล้วจึงไปไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่ในภายหลัง โดยออกคำสั่งทางปกครองให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทน ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ไม่ยอมชำระเงินตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ก็จะต้องมีกระบวนการบังคับทางปกครองตามคำสั่งที่ให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนนั้นต่อ โดยการยึดหรืออายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นมาตรการบังคับทางปกครองกรณีคำสั่งทางปกครองที่ให้ชำระเงิน เพื่อนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมาชำระให้ครบถ้วนตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าหน่วยงานของรัฐจะสามารถไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่ได้หลังจากต้องชำระค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เสียหายไปก่อน แต่หน่วยงานของรัฐจะสามารถไล่เบี้ยได้หรือไม่เพียงใดก็ยังมีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่กำหนดไว้ด้วยว่า หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดเชยค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การละเมิดที่กระทำต่อเอกชนหรือบุคคลภายนอก ตามมาตรา 8 และการละเมิดที่กระทำต่อหน่วยงานของรัฐ ตามมาตรา 10

3.2.1 การละเมิดที่กระทำต่อเอกชนหรือบุคคลภายนอก

ในส่วนของการกระทำละเมิดต่อเอกชนหรือบุคคลภายนอก ต้องพิจารณาว่าเป็นการละเมิดอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือเป็นการละเมิดที่มีใช้การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ หากเป็นการละเมิดที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำการ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่

ไม่ได้ ตามมาตรา 5 เนื่องจากเป็นการกระทำอันเกิดมาจากการปฏิบัติหน้าที่ กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่โดยไม่ให้ผู้เสียหายฟ้องเจ้าหน้าที่โดยตรง แต่ให้ฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่สังกัดอยู่ แต่ถึงอย่างไร หน่วยงานของรัฐก็สามารถไล่เบี้ยเอาค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ภายหลังได้ หากเป็นกรณีที่กระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 8

3.2.2 การละเมิดที่กระทำต่อหน่วยงานของรัฐ

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ ตามนิยามในมาตรา 4 “หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย” ไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัดอยู่หรือหน่วยงานอื่นใด เป็นการที่เจ้าหน้าที่กระทำการในการปฏิบัติหน้าที่แล้วเกิดความเสียหายอันเป็นการกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ หลักเกณฑ์สำคัญที่ต้องพิจารณาว่าการละเมิดนั้นจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายใด จะต้องพิจารณาในแง่ของการกระทำเป็นสำคัญว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือฐานะส่วนตัว ถ้าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ให้นำมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาบังคับใช้โดยอนุโลม แต่ถ้ามิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ

ในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน บทบัญญัติในมาตรา 12 กำหนดว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา 8 หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประมวลมาตรา 8 ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด” การที่หน่วยงานของรัฐออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชำระเงินเป็นค่าสินไหมทดแทน คำสั่งดังกล่าวนี้ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามบทบัญญัติในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีถือได้ว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเช่นกัน ดังนั้นหากถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระ หน่วยงานของรัฐย่อมใช้การบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินได้ตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 โดยไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องคดีต่อศาลแต่ประการใด

3.3 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559

ระเบียบดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กฎหมายนี้เป็นการวางหลักเรื่องความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากเรื่องความรับผิดทางแพ่งที่ทางราชการถือปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเป็นการแยกความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐออกเป็น 2 ประการหลัก คือ เหตุที่สืบเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ และเหตุที่ไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ โดยกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์สำคัญหลายเรื่อง เช่น กระบวนการตรวจสอบของกระทรวงการคลังก่อนการออกคำสั่งทางปกครองกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชำระเงินค่าสินไหมทดแทน

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 17 กำหนดว่า “เมื่อผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการแล้วให้วินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด แต่ยังมีต้องแจ้งการสั่งการให้ผู้ที่เกี่ยวข้อง ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นกรณีที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ” ในระหว่างการพิจารณาของกระทรวงการคลังให้ผู้แต่งตั้งสั่งการให้จัดเตรียมให้พร้อมสำหรับการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินค่าสินไหมทดแทน เพื่อมิให้ขาดอายุความสองปีนับจากวันที่ผู้แต่งตั้งวินิจฉัยสั่งการ ให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหกเดือน ถ้ากระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร และแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ เว้นแต่ในกรณีหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ถ้ากระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ

เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งคำสั่งดังกล่าวให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ เมื่อหน่วยงานของรัฐสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลังแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชำระค่าสินไหมทดแทนหรือฟ้องคดีต่อศาล โดยอย่าให้ขาดอายุความ ตามข้อ 18 ดังนั้น การจะดำเนินการไปถึงขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองให้ผู้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น จึงต้องรอการพิจารณาของกระทรวงการคลังก่อนว่าผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนมาน้อยเพียงใด แล้วหน่วยงานของรัฐจึงจะสั่งการตามความเห็น

ของกระทรวงการคลัง เพื่อออกคำสั่งทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อไป โดยในกรณีที่กระทรวงการคลังมีความเห็นว่า ผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพิ่มขึ้นหรือต่างไปจากสำนวนที่ผู้แต่งตั้งสั่งให้ตรวจสอบ หากยังไม่เคยมีการสอบผู้นั้นในฐานะผู้ต้องรับผิดชอบมาก่อน ให้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบเพื่อประกอบการวินิจฉัยสั่งการ ถ้าผลของคำวินิจฉัยของผู้แต่งตั้งต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งรายงานกระทรวงการคลังพิจารณาให้ความเห็นอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้น กรณีละเมิดของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ โดยปฏิกิริยาออกคำสั่งทางปกครองกำหนดให้ชำระเงินเป็นค่าสินไหมทดแทน หน่วยงานของรัฐออกคำสั่งทันทีโดยพลการไม่ได้ จะต้องผ่านการตรวจสอบของกระทรวงการคลังก่อน เว้นแต่เข้าข่ายยกเว้นที่ไม่ต้องรายงานต่อกระทรวงการคลัง

4. วิเคราะห์ปัญหาการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

4.1 ปัญหาการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

การพิจารณาเรื่องความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ มี 2 องค์ประกอบสำคัญในการพิจารณา คือ การกระทำละเมิด และ การละเมิดนั้นเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่

4.1.1 การกระทำละเมิด แม้ว่าพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จะได้กำหนดเรื่องละเมิดอันเนื่องมาจากการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐไว้ แต่หลักในเรื่องละเมิดยังคงต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้วางหลักในเรื่องละเมิดไว้ว่ามีองค์ประกอบสำคัญ คือ ประการที่หนึ่ง การกระทำ ประการที่สอง โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ประการที่สาม โดยผิดกฎหมาย และประการที่สี่ เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น กล่าวคือ เมื่อเป็นการกระทำละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ จึงเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

4.1.2 การละเมิดนั้นเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องรับผิดทางละเมิด ซึ่งหลักความรับผิดเป็นไปตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 การพิจารณาว่าการละเมิดเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ต้องดูทั้งในแง่ของเจ้าหน้าที่ว่ามีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายหรือไม่ และดูในแง่ของการกระทำว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติ

หน้าที่หรือไม่ ประการแรก เจ้าหน้าที่มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายหรือไม่ ต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐตามความหมายในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งได้กำหนดนิยามไว้ในมาตรา 4 ว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือฐานะอื่นใด และ “หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และให้หมายรวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย ดังนั้น บุคคลซึ่งถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐจึงต้องเป็นข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่นที่อยู่ในสังกัดหน่วยงานของรัฐตามความหมายในมาตรา 4 นอกจากนี้ต้องพิจารณาถึงความดำรงอยู่ในทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นด้วยว่ามีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ ณ เวลากระทำละเมิด ประการที่สอง เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ต้องเป็นการละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิบัติหน้าที่ นอกจากการกระทำแล้ว การละเว้นไม่กระทำก็อาจก่อให้เกิดละเมิดได้เช่นเดียวกัน การละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร หากมีความเสียหายเกิดขึ้นถือเป็นการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ แต่หากเป็นการกระทำโดยส่วนตัวของผู้ตนเอง มิใช่ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายย่อมเป็นไปตามหลักละเมิดทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷

ผู้เสียหายสามารถเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ได้ทั้งสองวิธี คือ 1) ฟ้องคดีต่อศาล ผู้เสียหายสามารถฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดสังกัดอยู่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่มิได้ หรือ 2) ยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีที่ผู้เสียหายเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดตามมาตรา 5 ซึ่งหากพิจารณาถึงระยะเวลาในการดำเนินการจนได้รับเยียวยาความเสียหาย การยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมมีความรวดเร็วกว่าการใช้สิทธิทางศาล เนื่องจากการพิจารณาคำขอโดยหน่วยงานของรัฐมีกรอบระยะเวลาตามกฎหมายที่กำหนดว่าต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 180 วัน ซึ่งไวกว่าการใช้สิทธิทางศาลที่ต้องฟ้องคดีต่อศาลและใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดีนานกว่า การยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงเป็นวิธีในการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่อาจทำให้ผู้เสียหายได้รับการแก้ไขและเยียวยาเร็วยิ่งขึ้น หากผู้เสียหายไม่พอใจในผลการวินิจฉัยของหน่วยงานของรัฐ สามารถใช้สิทธิทางศาลด้วย

⁷ ฤทัย หงส์ศิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561), หน้า 41-54.

การฟ้องคดีได้ เมื่อผู้เสียหายฟ้องศาลแล้ว ศาลมีคำสั่งบังคับให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิด หรือกรณีที่ผู้เสียหายยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แล้วหน่วยงานของรัฐพิจารณาแล้วเห็นควรชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามคำขอ หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำความผิดไป หน่วยงานของรัฐจึงต้องรับผิดชอบชดใช้เงินไปก่อน แล้วมาเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ในภายหลัง โดยกรณีที่หน่วยงานของรัฐจะไล่เบี้ยกับเจ้าหน้าที่ได้นั้นต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลปกครองสูงสุดเคยมีคำวินิจฉัยว่า “การกระทำที่จะถือว่าเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายถึง การกระทำโดยมิได้เจตนา แต่เป็นการกระทำซึ่งบุคคลพึงคาดหมายได้ว่า อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ และหากใช้ความระมัดระวัง แม้เพียงเล็กน้อยก็อาจป้องกันมิให้เกิดความเสียหายได้ แต่กลับมิได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นเลย”⁸ กรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำความผิดต่อหน่วยงานของรัฐอันก่อให้เกิดความเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ผู้นั้นสังกัดอยู่หรือหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ถ้าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ตามมาตรา 10 ในทำนองเดียวกันกับกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเมิดต่อบุคคลภายนอก

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไล่เบี้ยเจ้าหน้าที่ เนื่องจากหน่วยงานของรัฐได้รับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ไปแล้วตามมาตรา 8 หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำความผิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 ให้หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด ตามบทบัญญัติในมาตรา 12 ซึ่งคำสั่งที่หน่วยงานของรัฐออกเพื่อเรียกให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินเป็นค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามบทบัญญัติในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือฝ่าฝืนคำสั่ง ต้องดำเนินการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นค่าสินไหมทดแทน ตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 กำหนดไว้ 2 วิธีการ คือ 1) การบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานทางปกครองอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นและขายทอดตลาด เพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ตามบทบัญญัติในมาตรา 63/7 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และ 2) การบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี หน่วยงานของรัฐที่จะมีการบังคับให้ชำระเงินตามคำสั่งทางปกครอง

⁸ สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่ม 7 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทประชาชน จำกัด, 2555), หน้า 56.

ให้ชำระเงินอันเป็นที่สุดแล้ว หากหน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งให้ชำระเงิน ประสงค์จะให้พนักงานบังคับคดีในสังกัดกรมบังคับคดีดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ก็ให้ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลภายในสิบปีนับแต่วันที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุด เพื่อให้ศาลออกหมายบังคับ เพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น

จากที่กล่าวมา พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 โดยเพิ่มบทบัญญัติในส่วนของการบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีเข้ามา ทำให้หน่วยงานของรัฐมีทางเลือกในการบังคับทางปกครองมากขึ้น แม้ว่ากฎหมายฉบับปัจจุบันจะเพิ่มโอกาสในการบังคับทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน โดยมีการบังคับในส่วน of เจ้าพนักงานบังคับคดีก็ตาม แต่ยังคงมีปัญหาสำคัญในการดำเนินการบังคับทางปกครองให้ชำระเงินที่ยังขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ โดยเฉพาะการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ที่อาจทำให้หน่วยงานของรัฐไม่ได้รับเงินที่ต้องชดใช้แก่ผู้เสียหายไปก่อน คืบจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดกรณีที่เป็นกรกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งหน่วยงานทางปกครองควรได้รับเงินค่าสินไหมทดแทนในส่วนนั้นคืบจากการไล่เบี้ยกับเจ้าหน้าที่ จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องแก้ไขปรับปรุงการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้มีประสิทธิภาพและได้ผลจริงในทางปฏิบัติ เพื่อไม่ให้รัฐต้องสูญเสียเงินที่ควรได้รับชำระตามคำสั่งทางปกครองไป

ในส่วนของการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติในทำนองเดียวกับที่มีในกฎหมายเดิม กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐมิได้มีความชำนาญในการใช้มาตรการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สิน เหมือนอย่างเจ้าพนักงานบังคับคดี เพราะโดยทั่วไปแล้ว เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแต่ละหน่วยงานย่อมเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งมีภาระงานโดยปกติเป็นกิจการต่าง ๆ ตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนั้น ซึ่งมีใช้เรื่องของการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สินจึงเกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่า กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการบังคับทางปกครองได้เอง โดยไม่ต้องใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผล แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจไม่สามารถดำเนินการตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ได้อย่างเป็นผลในทางปฏิบัติ เป็นเหตุให้ไม่สามารถบังคับทางปกครองให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผลได้

ถ้าหน่วยงานของรัฐไม่บังคับทางปกครองด้วยตนเอง หรือดำเนินการบังคับทางปกครองแล้วแต่ยังไม่ได้รับชำระเงินหรือได้รับชำระเงินไม่ครบถ้วน แล้วเลือกที่จะใช้การบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี โดยยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาล เพื่อให้ศาลออกหมายบังคับ เพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น ถ้าศาลเห็นว่า คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุดแล้ว ศาลจะออกหมายบังคับคดีตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีและแจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบเพื่อดำเนินการต่อไป การบังคับทางปกครองโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีจึงมีโอกาสำเร็จมากกว่าการบังคับโดยเจ้าหน้าที่

ของหน่วยงานของรัฐ แต่ถึงอย่างนั้นการบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีเป็นเพียงทางเลือกหนึ่งเท่านั้น การบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นอีกทางเลือกที่ยังมีอยู่ตามกฎหมาย สมควรจะได้ใช้อย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุที่ว่า แม้การบังคับทางปกครองโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีจะมีโอกาสสำเร็จมากกว่า แต่ก็ยังไม่สามารถทำได้อย่างทันทีและรวดเร็วเหมือนกับการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ เพราะกฎหมายกำหนดว่าการบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีจะสามารถใช้ได้กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุดแล้ว ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินถือเป็นที่สุดในการดังต่อไปนี้ (1) ไม่มีการอุทธรณ์คำสั่งต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายในระยะเวลาอุทธรณ์ (2) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยยกอุทธรณ์ และไม่มีการฟ้องคดีต่อศาลภายในระยะเวลาการฟ้องคดี (3) ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษายกฟ้อง หรือเพิกถอนคำสั่งบางส่วนและคดีถึงที่สุดแล้ว ตามมาตรา 63/8 วรรคสอง ซึ่งต่างจากการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่สามารถบังคับทางปกครองได้แม้คำสั่งนั้นจะยังไม่เป็นที่สุด ทำให้สามารถดำเนินการได้รวดเร็วกว่า รวมถึงรัฐอาจได้รับชำระเงินค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดอย่างครบถ้วนโดยเร็วยิ่งขึ้นโดยไม่ต้องรอให้คำสั่งทางปกครองเป็นที่สุดก่อนจึงจะเริ่มบังคับทางปกครองได้ หากกฎหมายในส่วนของการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐถูกแก้ไขให้สามารถใช้ได้จริงในทางปฏิบัติและมีประสิทธิภาพ ย่อมทำให้การบังคับทางปกครองสามารถกระทำได้อย่างรวดเร็วและป้องกันไม่ให้รัฐได้รับความเสียหายจากการสูญเสียเงินที่ควรได้รับ

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการตรวจสอบในการส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐที่เสียหายในการออกคำสั่งทางปกครองได้ แต่หน่วยงานของรัฐก็ไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองได้ทันที เนื่องจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติว่าต้องมีการส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อน เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ดังนั้น โดยหลักแล้วหน่วยงานทางปกครองจึงไม่สามารถพิจารณาและดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองเองทันทีได้ เนื่องจากต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบของกระทรวงการคลังก่อน ซึ่งมีรายละเอียดขั้นตอน ดังนี้

เมื่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐทำให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ โดยจะแบ่งเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสร้างความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐที่ตนเองสังกัดให้หัวหน้าหน่วยงานดังกล่าวแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด เพื่อพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องรับผิดหรือไม่ เพียงใด และจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ผู้นั้นต้องชดใช้ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ข้อ 8 ส่วนกรณีที่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐสร้างความเสียหายแก่หน่วยงานรัฐอีกแห่งหนึ่ง อันมิใช่หน่วยงานที่ตนสังกัดอยู่ ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นแจ้งต่อผู้บังคับบัญชา และให้มีการรายงานตามลำดับชั้น จนถึงหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ตนสังกัด หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายและหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัดมีอำนาจร่วมกันแต่งตั้งคณะกรรมการ ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 9 และข้อ 10 นอกจากนี้ ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐมากกว่าหนึ่งแห่ง และหรือ ความเสียหายเกิดจากผลการกระทำของเจ้าหน้าที่หลายหน่วยงาน ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการ ตามข้อ 8 หรือข้อ 10 บรรดาที่เกี่ยวข้อง ร่วมกันแต่งตั้งคณะกรรมการ ทั้งนี้ ระเบียบดังกล่าวได้วางหลักในเรื่องของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่า มีอำนาจหน้าที่พิจารณาข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับการกระทำละเมิด โดยตรวจสอบข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานทั้งปวงที่เกี่ยวข้อง รับฟัง พยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ และตรวจสอบเอกสาร วัตถุ หรือสถานที่ คณะกรรมการต้องให้ โอกาสแก่เจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องหรือผู้เสียหายได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน อย่างเพียงพอและเป็นธรรม เมื่อพิจารณาเสร็จแล้วให้เสนอความเห็นซึ่งประกอบไปด้วยข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่แจ้งชัด รวมถึงพยานหลักฐานที่สนับสนุนไปยังผู้แต่งตั้ง เพื่อที่ผู้แต่งตั้งจะได้วินิจฉัย สั่งการว่าผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด แต่ยังมีต้องแจ้งการสั่งการ ให้ผู้ที่เกี่ยวข้อง ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายใน 7 วันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อ ตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลัง ตรวจสอบ ตามระเบียบฯ ข้อ 17 ซึ่งการส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบถือเป็นขั้นตอนและ วิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ หน่วยงานของรัฐจำเป็นต้องดำเนินการตามระเบียบ ปฏิบัติที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด

ศาลปกครองสูงสุดเคยมีคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.157/2558 กฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติได้กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญไว้ เพื่อเป็นหลักประกัน แก่ผู้ซึ่งจะได้รับผลกระทบจากกฎหรือคำสั่งทางปกครอง หากขั้นตอนดังกล่าวมีผลต่อกฎหรือคำสั่ง ทางปกครอง ขั้นตอนนั้นก็ถือเป็นขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ การส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ถือเป็นขั้นตอนวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่ง คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยข้ามขั้นตอน ตามที่ระบุไว้ในข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความ รับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองจึงมี คำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ออกโดยไม่มีการส่ง สำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ⁹

⁹จิตาภา มุสิกชนเสฏฐ์, “ขั้นตอนการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงินกับขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระ สำคัญ,” วารสารกรมประชาสัมพันธ์ คอลัมน์กฎหมายใกล้ตัว (กุมภาพันธ์ 2558).

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.831/2556 ก่อนออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนจากการกระทำละเมิด ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หน่วยงานของรัฐผู้ออกคำสั่งต้องดำเนินการส่งสำนวนการสอบสวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบตาม ข้อ 17 ของระเบียบฯ การที่หน่วยงานของรัฐแจ้งคำสั่งให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนก่อนส่งสำนวนการสอบสวนและรายงานผลการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้กระทรวงการคลัง เป็นการข้ามขั้นตอนที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญ ส่งผลให้คำสั่งให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกระบวนการออกคำสั่งไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน และวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ¹⁰

ดังนั้น การที่กระบวนการตรวจสอบของกระทรวงการคลังถือเป็นขั้นตอน วิธีการอันเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ หน่วยงานของรัฐจึงไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังหรือไม่รอกระทรวงการคลังแจ้งผลการพิจารณา เนื่องจากขั้นตอนดังกล่าวถือเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่มีผลต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ หากหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ในข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถึงแม้ว่าจะมีผลการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดก็ตาม เนื่องจากการที่กฎหมายกำหนดให้มีการส่งสำนวนความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าวให้กระทรวงการคลังตรวจสอบอีกชั้นหนึ่ง มีจุดประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ที่จะต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงโดยกระทรวงการคลังก่อนว่า ผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนมากน้อยเพียงใด ซึ่งเป็นปัญหาที่หน่วยงานของรัฐต้องรอการตรวจสอบจากกระทรวงการคลัง ทำให้ไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองได้โดยเร็ว พร้อมทั้งระวังไม่ให้ขาดอายุความ เพราะแม้ว่าพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จะให้อำนาจหน่วยงานของรัฐที่เสียหายในการออกคำสั่งทางปกครองเรื่องดังกล่าว แต่การตัดสินใจจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยสั่งการของหน่วยงานของรัฐเพียงเท่านั้น หน่วยงานของรัฐต้องสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลังด้วย หน่วยงานของรัฐจึงผูกพันที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด โดยส่งสำนวนให้กระทรวงการคลัง หากคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่ได้ปฏิบัติตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่ส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ย่อมส่งผลให้ไม่สามารถดำเนินการบังคับทางปกครอง โดยใช้มาตรการยึดอายัด และขายทอดตลาด

¹⁰ ประณัย วณิชขานนท์, **หลักกฎหมายและคดีปกครองเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บจก. โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562), หน้า 44-45.

ทรัพย์สิน เพื่อให้หน่วยงานของรัฐได้รับเงินชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเป็นฐานของการบังคับทางปกครอง จะดำเนินการบังคับทางปกครองได้ ต้องมีคำสั่งทางปกครองที่มีผลทางกฎหมายเป็นฐานในการบังคับตามคำสั่งให้บรรลุผล และเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับในขณะที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองด้วย¹¹ สำหรับกรณีนี้คือ หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ต้องมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ก่อน จึงจะสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึด आयัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อดำเนินการชำระเงินให้เป็นไปตามคำสั่งดังกล่าวได้

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการแจ้งผลการพิจารณาหรือการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง

สืบเนื่องจากประเด็นปัญหาที่สองซึ่งเกิดปัญหาในทางปฏิบัติที่หน่วยงานของรัฐต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ เนื่องจากเป็นขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดส่งผลให้ไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองได้อย่างรวดเร็ว เพราะต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ นอกจากนี้ การต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวยังเกิดปัญหาอีกประการ คือ เรื่องการแจ้งผลการพิจารณาหรือการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง และต้องระวังไม่ให้ขาดอายุความสองปี โดยหน่วยงานของรัฐต้องรับฟังผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังเป็นหลัก

เมื่อมีการส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดว่าในระหว่างการพิจารณาของกระทรวงการคลังให้ผู้แต่งตั้งสั่งการให้จัดเตรียมให้พร้อมสำหรับการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินค่าสินไหมทดแทน เพื่อมิให้ขาดอายุความสองปีนับจากวันที่ผู้แต่งตั้งวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหกเดือน ถ้ากระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าวให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ เว้นแต่ในกรณีหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ถ้ากระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าวให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว

¹¹เพลินตา ตินรังสรรค์, กองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โครงการสัมมนาพัฒนาและกฎหมายปกครอง, สรุปการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง หลักเกณฑ์ใหม่ในการบังคับทางปกครอง: หลักการและแนวทางปฏิบัติ, หน้า 58-59.

ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งคำสั่งดังกล่าวให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ เมื่อหน่วยงานของรัฐสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลังแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชำระ ค่าสินไหมทดแทนหรือฟ้องคดีต่อศาล โดยอย่าให้ขาดอายุความ ตามข้อ 18 นอกจากนี้ ข้อ 30 ได้กำหนดว่า ให้นำข้อ 8 ถึงข้อ 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลมกับกรณีที่เจ้าหน้าที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกด้วย ซึ่งเป็นการให้ดำเนินการตามหมวด 1 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยอนุโลม

ปัญหาในทางปฏิบัติ คือ หน่วยงานของรัฐผูกพันที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยต้องรอการแจ้งผลการพิจารณาหรือการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง แต่ก็ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในกรอบระยะเวลาของกำหนดอายุความสองปี ซึ่งเริ่มนับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดและได้วินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว ดังตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.333/2559 หน่วยงานของรัฐคือเทศบาล นายกเทศมนตรีได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด เมื่อคณะกรรมการดังกล่าวรายงานผลการสอบสวนว่าเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน นายกเทศมนตรีเห็นด้วยกับรายงานผลการสอบสวนและแจ้งผลให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ถือได้ว่านายกเทศมนตรีในฐานะผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนตั้งแต่วันดังกล่าว จึงเป็นวันที่เริ่มนับอายุความสองปี ตามมาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 อายุความสองปี เริ่มนับตั้งแต่วันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2548 ต่อมากระทรวงการคลังมีหนังสือแจ้งผลการพิจารณาความรับผิดทางละเมิด ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2549 ถึงนายกเทศมนตรี นายกเทศมนตรีทราบผลการพิจารณาของกระทรวงการคลังเมื่อวันที่ 8 มกราคม 2550 เป็นกรณีที่กระทรวงการคลังไม่ได้พิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหนึ่งปี และไม่มีการแจ้งผลให้ทราบภายในกำหนดเวลา นายกเทศมนตรีได้มีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2552 กรณีเป็นคำสั่งที่พ้นกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามมาตรา 12 ประกอบมาตรา 10 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 คำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ขาดอายุความ¹²

¹²ประนัย วณิชชาพันธ์, เรื่องเดิม, หน้า 46-47.

กระบวนการตรวจสอบโดยส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนก่อให้เกิดปัญหาในแนวทางปฏิบัติที่หน่วยงานของรัฐต้องรอการแจ้งผลการพิจารณาหรือการตรวจสอบของกระทรวงการคลังก่อน ซึ่งใช้ระยะเวลาพอสมควร และอาจเกิดกรณีที่ขาดอายุความได้ กล่าวคือ บางกรณีกระทรวงการคลังอาจไม่ได้แจ้งผลการพิจารณาในกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งตามข้อ 17 ของระเบียบ ฯ กระทรวงการคลังต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหกเดือน เว้นแต่ในกรณีหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ซึ่งบางครั้งกระทรวงการคลังอาจไม่ได้พิจารณาให้แล้วเสร็จและแจ้งผลการพิจารณาตามกำหนดเวลา แม้ว่ากฎหมายจะให้อำนาจผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรได้ในกรณีที่กระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว แต่เจ้าหน้าที่ผู้แต่งตั้งอาจไม่กล้าออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่รอความเห็นจากกระทรวงการคลัง ส่งผลให้ขาดอายุความ ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญมากที่หน่วยงานของรัฐต้องระวังไม่ให้ขาดอายุความเรื่องละเมิดที่เป็นกรอบระยะเวลาตามกฎหมาย คือ อายุความสองปีนับจากวันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิด และรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องใช้เงินเป็นค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากถ้าออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ทันในกำหนดอายุความดังกล่าว คำสั่งที่ขาดอายุความ ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันส่งผลให้ไม่สามารถบังคับทางปกครองได้ เพราะต้องมีคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นฐานในการบังคับทางปกครอง หน่วยงานของรัฐจึงมีปัญหามากที่จะต้องระมัดระวังมิให้ขาดอายุความสองปี ทั้งนี้ สำหรับอายุความของการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 วางหลักไว้ในมาตรา 63/8 ว่าหน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งให้ชำระเงินต้องดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินภายใน 10 ปีนับแต่วันที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุด ดังนั้น หากไม่มีคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ย่อมไม่สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ เนื่องจากการบังคับทางปกครองคือกระบวนการที่เจ้าหน้าที่ใช้เพื่อบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ในกรณีที่ผู้อยู่ภายในบังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม จึงต้องมีการออกคำสั่งทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ทันกำหนดอายุความ 2 ปีก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบชดใช้เงินค่าสินไหมทดแทนไม่ชำระเงินถูกต้องครบถ้วน จึงจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองในลำดับถัดไป เพื่อให้รัฐได้รับชำระเงิน

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นธรรมและสิทธิตามกฎหมายของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง

การบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากเกี่ยวข้องกับการรักษาผลประโยชน์รัฐในอันที่จะได้รับชำระเงิน การบังคับทางปกครองเป็นกระบวนการที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองไว้ ตามพระราชบัญญัติ

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายกลางที่วางหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติราชการทางปกครองไว้ ตั้งแต่การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และการบังคับทางปกครอง เป็นกฎหมายที่วางหลักประกันความเป็นธรรมและกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติราชการไว้ รวมถึงเป็นฐานรองรับในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการบังคับทางปกครอง ดังนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เว้นแต่ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ และมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ ให้ใช้กฎหมายเฉพาะ

นอกจากการบังคับทางปกครองจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะแล้ว ก็ยังต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมและสิทธิตามกฎหมายของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองด้วย ในการที่หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการบังคับทางปกครองจึงต้องพิจารณาถึงหลักการต่าง ๆ ในทางกฎหมายมหาชน อันเป็นพื้นฐานสำคัญของการใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งมีหลักการที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ การบังคับทางปกครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และการใช้ดุลพินิจตามหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ

4.4.1 การบังคับทางปกครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับในบ้านเมืองอยู่ในขณะนั้น อันเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง การใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองในการกระทำต่าง ๆ รวมถึงการบังคับทางปกครองจึงต้องเคารพต่อกฎหมาย จะกระทำนอกขอบอำนาจของกฎหมายไม่ได้ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นหลักที่มีความสำคัญต่อการใช้และตีความกฎหมายปกครอง การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงต้องสอดคล้องกับหลักการดังกล่าว เมื่อหน่วยงานของรัฐใช้มาตรการบังคับทางปกครอง จึงต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวด้วย โดยหลักการนี้ประกอบไปด้วยหลักสำคัญ 2 ประการ คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ในการบังคับทางปกครองฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในปัจจุบัน และต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กฎหมายอย่างเคร่งครัด ซึ่งหลักการนี้ถือเป็นหลักประกันความเป็นธรรมอย่างหนึ่งให้แก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ว่าฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจ โดยเคารพต่อกฎหมาย และลำดับศักดิ์ของกฎหมายมาตรการใด ๆ ที่ฝ่ายปกครองใช้ต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งไม่เพียงแต่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายปกครองเท่านั้น ยังต้องปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายอื่น และหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักการที่มีแนวคิดสำคัญว่า ทั้งผู้ปกครองและผู้ภายใต้การปกครองล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย

เดียวกันอย่างเสมอภาคกัน ฝ่ายปกครองไม่อาจดำเนินการบังคับทางปกครองฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่มีอยู่ การใช้และการตีความกฎหมายต้องตระหนักและเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมาย จะใช้และตีความกฎหมายเกินกว่าที่กฎหมายให้อำนาจไม่ได้¹³

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องมีกฎหมายเป็นฐานรองรับ กล่าวคือ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ จึงจะสามารถกระทำได้ ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองย่อมทำไม่ได้ การบังคับทางปกครองของฝ่ายปกครองจะต้องมีอำนาจตามกฎหมายเป็นฐานอำนาจของการปฏิบัติในทางกฎหมายมหาชน¹⁴ กฎหมายจึงเป็นแหล่งที่มา (Source) ของอำนาจ และเป็นข้อจำกัด (Limitation) ของอำนาจอยู่ในตัว

การบังคับทางปกครองให้ชัดใช้คำสั่งใหม่ทดแทน ในกรณีความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน จึงเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่จึงสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้โดยเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ และอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ส่งผลให้ไม่สามารถใช้หรือตีความเกินกว่าขอบอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ได้ ซึ่งหลักการเหล่านี้เป็นหลักการสำคัญที่ประกันความเป็นธรรมแก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองว่าจะได้รับความเป็นธรรม กฎหมายไม่เพียงแต่เป็นที่มาของอำนาจเพียงอย่างเดียว แต่ให้ความสำคัญกับการปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย

4.4.2 การใช้ดุลพินิจตามหลักความได้สัดส่วน

อำนาจดุลพินิจ เป็นอำนาจที่กฎหมายเปิดโอกาสให้หน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติโดยสามารถตัดสินใจได้เองว่าจะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ หรือสามารถเลือกใช้มาตรการหรือเนื้อหาการกระทำได้ตามความเหมาะสม การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นต้องมีความเหมาะสมและมีเหตุผลรองรับการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โปร่งใสและไม่บิดเบือนเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนที่ต้องคำนึงถึงในการใช้ดุลพินิจ

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายมหาชนที่คำนึงถึงทั้งประโยชน์ส่วนรวมและประโยชน์ส่วนบุคคล ในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อพิจารณาว่าจะใช้อำนาจตามกฎหมายอย่างไร ต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของสังคมส่วนรวมกับประโยชน์ของปัจเจกชน

¹³วรเจตน์ ภาคิรัตน์, หลักความชอบด้วยกฎหมายและกิจกรรมของฝ่ายปกครอง, เอกสารประกอบการอบรม “โครงการอบรมประกาศนียบัตรกฎหมายปกครอง” สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559, หน้า 2-3.

¹⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-5.

ซึ่งเป็นการคำนึงถึงความยุติธรรมต่อประโยชน์ทั้งสองอย่าง อย่างในเรื่องของคำสั่งทางปกครองให้خذใช้คำสั่งใหม่ทดแทน กรณีรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ย่อมต้องมีการพิจารณาถึงประโยชน์ของรัฐส่วนรวม และผลกระทบที่อาจเกิดแก่เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบ โดยคำนึงถึงสัดส่วนที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอันอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย เนื่องจากการบังคับทางปกครองเป็นมาตรการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบโดยตรงต่อผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง จึงต้องดำเนินการตามหลักความได้สัดส่วนด้วย เพื่อให้การบังคับทางปกครองเป็นไปอย่างเหมาะสมเพียงเพื่อให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง หลักการนี้จึงเป็นหลักการสำคัญที่ให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองว่ามาตรการที่ใช้บังคับทางปกครองนั้นจะมีความเป็นธรรมและเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งประกอบไปด้วยหลักการสำคัญอีก 2 ประการ ได้แก่ หลักความเหมาะสม และหลักความจำเป็น กล่าวคือ

หลักความเหมาะสมเป็นหลักที่มีอยู่ในระบบกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต่อมาจึงมีการนำหลักดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทย เป็นหลักที่มุ่งเน้นว่ามาตรการที่เหมาะสม คือ มาตรการที่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ มาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้จึงต้องเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลได้จริงในทางปฏิบัติ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้มาตรการบังคับทางปกครองย่อมมีจุดมุ่งหมายสำคัญคือ เพื่อให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผลหรือบรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง

หลักความจำเป็น คือการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ซึ่งเป็นอีกหลักการสำคัญที่เป็นหลักประกันความเป็นธรรมและปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เคยอธิบายถึงหลักการนี้ว่า มาตรการใดมาตรการหนึ่งจะมีความจำเป็นเมื่อไม่สามารถเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกได้ และมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด¹⁵ การใช้มาตรการบังคับทางปกครองจึงต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญ โดยให้กระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด หรือเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 63/3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่วางหลักในการบังคับทางปกครองไว้ว่า “ถ้าบทกฎหมายใดกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองไว้โดยเฉพาะแล้ว หากเจ้าหน้าที่เห็นว่าการใช้มาตรการบังคับนั้นจะเกิดผลน้อยกว่ามาตรการบังคับตามหมวดนี้เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามหมวดนี้แทนก็ได้”

¹⁵บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 1, 2 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2542): 50.

ในการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งที่จะต้องมีส่วนความรับผิดเล็กน้อยเพียงใด ต้องมีความสอดคล้องกับหลักการต่าง ๆ ของกฎหมายมหาชนด้วย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่และรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมไปพร้อมกัน ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หน่วยงานของรัฐจะมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่หรือไม่ และเพียงใด ต้องพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ แม้หน่วยงานของรัฐจะมีสิทธิไล่เบี้ย ก็อาจไล่เบี้ยได้ไม่เต็มจำนวนความเสียหาย เนื่องจากต้องคำนึงถึงระดับ ความร้ายแรงแห่งการกระทำและความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์ หรือถ้าการละเมิดเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม ให้หักส่วนแห่งความรับผิดดังกล่าวออกด้วย ตามบทบัญญัติมาตรา 8 หากหน่วยงานของรัฐกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดเต็มจำนวน โดยไม่หักส่วนแห่งความรับผิดอันเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม ย่อมไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหน้าที่

ดังตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.751-752/2558 เจ้าหน้าที่ประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่ ทำให้กรมศุลกากรได้รับความเสียหาย เป็นเหตุให้มีการทุจริตขอรับเงินชดเชยค่าภาษีอากรขาออก กรมศุลกากรมีนโยบายส่งเสริมการส่งออก ทำให้มีการส่งออกสินค้าจำนวนมาก แต่อัตราค่าสินไหมทดแทนที่มีจำนวนจำกัด ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของปัญหาที่ทำให้เกิดช่องทางทุจริต ประกอบกับกรมศุลกากรไม่ได้วางระบบการตรวจสอบการยื่นคำขอชดเชยค่าภาษีอากรให้รัดกุม ถือได้ว่าความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นมาจากความบกพร่องของระบบการดำเนินงานของกรมศุลกากรด้วย จึงต้องหักส่วนความรับผิดของกรมศุลกากรออกส่วนหนึ่งในอัตราร้อยละ 50 ของจำนวนค่าเสียหายทั้งหมด¹⁶

ปัญหาในทางปฏิบัติคือการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่อาจไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้อยู่ใต้อำนาจ กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการตัดสินใจได้อย่างอิสระภายใต้กรอบของกฎหมาย แต่ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่นั้น อาจเกิดความผิดพลาดหรือข้อบกพร่องได้หลายกรณี เช่น การใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ การใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ จึงเป็นเรื่องสำคัญที่กฎหมายต้องมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่เป็นไปอย่างเหมาะสมและตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายมหาชน โดยคำนึงถึงสิทธิตามกฎหมายของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองด้วย และเกิดความเป็นธรรมต่อผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง

¹⁶ชาญชัย แสวงศักดิ์, กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 101.

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาหลักการ ทฤษฎี แนวคิด รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับทางปกครอง ให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ทำให้พบว่ากระบวนการบังคับทางปกครองในกรณีดังกล่าวมีปัญหาหลายประการในทางปฏิบัติ พอสรุปได้ ดังนี้

5.1.1 ปัญหาการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ การดำเนินการบังคับทางปกครองให้ชำระเงินยังขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้เจ้าพนักงานบังคับทางปกครองที่หน่วยงานของรัฐแต่งตั้งขึ้นนี้ มิได้เป็นเจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงในราชการปกติในการบังคับทางปกครองโดยตรง จึงขาดทั้งความรู้ความสามารถและประสบการณ์ในการยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สิน เป็นเหตุให้ไม่สามารถบังคับทางปกครองให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผลได้ ถึงแม้จะมีทางเลือกให้บังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่บังคับทางปกครองด้วยตนเอง หรือดำเนินการบังคับทางปกครองแล้วแต่ยังไม่ได้รับชำระเงินหรือได้รับชำระเงินไม่ครบถ้วน แต่ก็ยังไม่สามารถทำได้อย่างทันทีและรวดเร็วเหมือนกับการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ เพราะกฎหมายกำหนดว่าการบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีจะสามารถใช้ได้ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุดแล้ว ซึ่งต่างจากการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่สามารถบังคับทางปกครองได้แม้คำสั่งนั้นจะยังไม่เป็นที่สุด การบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีจึงเป็นเพียงทางเลือกหนึ่งเท่านั้น การบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นอีกทางเลือกที่ยังมีอยู่ตามกฎหมาย สมควรจะได้ใช้อย่างมีประสิทธิภาพและสามารถปฏิบัติให้เกิดผลได้จริง เพราะหากสามารถบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐให้สำเร็จได้ย่อมทำให้หน่วยงานของรัฐมีโอกาสได้รับชำระเงินเร็วกว่าการบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีที่ต้องรอให้คำสั่งทางปกครองเป็นที่สุดก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งหากคำสั่งทางปกครองบรรลุผลย่อมทำให้หน่วยงานของรัฐได้รับเงินที่ต้องชดใช้แก่ผู้เสียหายไปก่อน คืบจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิด จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องแก้ไขปรับปรุงการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้มีประสิทธิภาพและได้ผลจริงในทางปฏิบัติ เพื่อไม่ให้รัฐต้องสูญเสียเงินที่ควรได้รับชำระตามคำสั่งทางปกครองไป

5.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการตรวจสอบในการส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง การออกคำสั่งทางปกครองเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาของกระทรวงการคลังก่อนว่า ผู้ใดต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมากน้อยเพียงใด แล้วหน่วยงานของรัฐจึงสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลัง เพื่อดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชำระค่าสินไหมทดแทนต่อไป ซึ่งเป็น

ปัญหาที่หน่วยงานของรัฐต้องรอการตรวจสอบจากกระทรวงการคลัง ทำให้ไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองได้โดยเร็ว แม้ว่าพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จะให้อำนาจหน่วยงานของรัฐที่เสียหายในการออกคำสั่งทางปกครองเรื่องดังกล่าว แต่การตัดสินใจจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยสั่งการของหน่วยงานของรัฐเพียงเท่านั้น หน่วยงานของรัฐต้องสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลังด้วย แต่ก็ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในกรอบระยะเวลาของกำหนดอายุความสองปี แม้ว่าพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จะให้อำนาจหน่วยงานของรัฐที่เสียหายในการออกคำสั่งทางปกครองเรื่องดังกล่าว แต่การตัดสินใจจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยสั่งการของหน่วยงานของรัฐเพียงเท่านั้น หน่วยงานของรัฐต้องสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลังด้วย หน่วยงานของรัฐจึงผูกพันที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด หากหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ในข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมส่งผลให้ไม่สามารถดำเนินการบังคับทางปกครอง โดยใช้มาตรการยึดอายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สิน เพื่อให้หน่วยงานของรัฐได้รับเงินชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเป็นฐานของการบังคับทางปกครอง

5.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับการแจ้งผลการพิจารณาหรือการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง หน่วยงานของรัฐต้องรอการแจ้งผลการพิจารณาหรือการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง แต่ก็ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในกรอบระยะเวลาของกำหนดอายุความสองปี ซึ่งเริ่มนับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด และได้วินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว จึงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติที่ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในกรอบระยะเวลาของกำหนดอายุความสองปี เนื่องจากหากปล่อยให้ขาดอายุความย่อมทำให้รัฐได้รับความเสียหายจากการไม่ได้รับชำระเงินค่าสินไหมทดแทน และยังเป็นปัญหาในบางกรณีที่กระทรวงการคลังอาจไม่ได้แจ้งผลการพิจารณาในกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งตามข้อ 17 ของระเบียบฯ กระทรวงการคลังต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหกเดือน เว้นแต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐนั้นเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหนึ่งปี แม้ว่ากฎหมายจะให้อำนาจผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรได้ในกรณีที่กระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว แต่เจ้าหน้าที่ผู้แต่งตั้งอาจไม่กล้าออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่รอความเห็นจากกระทรวงการคลัง ส่งผลให้ขาดอายุความถ้าออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ทันในกำหนดอายุความดังกล่าว คำสั่งที่ขาดอายุความย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันส่งผลให้ไม่สามารถบังคับทางปกครองได้ เพราะต้องมีคำสั่ง

ที่สอดคล้องกฎหมายเป็นฐานในการบังคับทางปกครอง เรื่องการระงับไม่ให้ขาดอายุความจึงเป็นปัญหาใหญ่ในทางปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ

5.1.4 ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นธรรมและสิทธิตามกฎหมายของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง การบังคับทางปกครองเป็นการใช้อำนาจทางปกครองอย่างหนึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไว้แต่ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ และมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ ให้ใช้กฎหมายเฉพาะ นอกจากการบังคับทางปกครองจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะแล้ว ก็ยังต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมและสิทธิตามกฎหมายของ ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองด้วย ในการที่หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการบังคับทางปกครองจึงต้องพิจารณาถึงหลักการต่าง ๆ ในทางกฎหมายมหาชน อันเป็นพื้นฐานสำคัญของการใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งมีหลักการที่เกี่ยวข้องดังนี้

1) การบังคับทางปกครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลัก คือ หลักการบังคับทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักการไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ ตามหลักการบังคับทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ในการบังคับทางปกครองฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในปัจจุบัน และต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กฎหมายอย่างเคร่งครัด หลักการนี้ถือเป็นหลักประกันความเป็นธรรมอย่างหนึ่งให้แก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ส่วนหลักการไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ การบังคับทางปกครองของฝ่ายปกครองจะต้องมีอำนาจตามกฎหมายเป็นฐานอำนาจของการปฏิบัติในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งหลักการเหล่านี้เป็นหลักการสำคัญในการใช้และตีความกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองว่าจะได้รับความเป็นธรรม ถึงแม้รัฐจะมีหลักเอกราชของฝ่ายปกครองที่เป็นเครื่องมือสำคัญในการให้อำนาจรัฐเหนือเอกชน แต่ก็ไม่สามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ เพราะยังต้องอยู่ในกรอบของกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

2) การใช้ดุลพินิจตามหลักความได้สัดส่วน ปัญหาสำคัญของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง คือ ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการกระทำการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้แต่ในบางครั้งฝ่ายปกครองอาจใช้อำนาจนั้นโดยไม่คำนึงถึงหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชน เช่น หลักความได้สัดส่วน รวมถึงหลักความเหมาะสม และหลักความจำเป็น ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่เป็นแนวคิดของการใช้และตีความกฎหมาย เนื่องจากในหลายเรื่อง รวมถึงการบังคับทางปกครอง เป็นกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างอิสระภายใต้กรอบของกฎหมาย ส่งผลให้ฝ่ายปกครองอาจใช้อำนาจโดยบิดเบือนเจตนารมณ์ของกฎหมาย เช่น การใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ

หรือไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย จึงเป็นเรื่องสำคัญที่กฎหมายต้องมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ศึกษาแนวคิด หลักการ และกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับทางปกครอง ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ รวมถึงปัญหาในการบังคับทางปกครองให้خذใช้คำสั่งใหม่ทดแทน ในกรณีความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ ทำให้เห็นถึงข้อเปรียบเทียบของแต่ละประเทศที่อาจนำมาเป็นแนวทางในแก้ไข้ปัญหาเพื่อให้การบังคับทางปกครองมีประสิทธิภาพมากขึ้น และทำให้หน่วยงานของรัฐสามารถบังคับทางปกครองได้อย่างบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการออกคำสั่งให้ชำระเงินไว้ในกฎหมายสำคัญ คือ รัฐบัญญัติฉบับที่ 92-1476 ลงวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2535 และกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ซึ่งรวมถึงคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ใช้เงินเป็นค่าสินไหมทดแทนในหนี้มูลละเมิด อันเป็นคำสั่งทางปกครองให้ชำระเงินเช่นกัน โดยกำหนดไว้ในรัฐบัญญัติฉบับที่ 91-650 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ. 2534 และรัฐกฤษฎีกาฉบับที่ 92-755 ลงวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 ซึ่งกระบวนการบังคับทางปกครองให้ชำระเงินในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส องค์กรที่ทำหน้าที่บังคับทางปกครองที่สำคัญมี 2 องค์กร คือ องค์กรเอกชน เป็นองค์กรบังคับคดีเอกชน พนักงานบังคับคดีเป็นเอกชน รัฐบัญญัติฉบับที่ 91-650 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ. 2534 มาตรา 18 กำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดี (huissier de justice) เป็นเจ้าพนักงานบังคับคดีเอกชน เอกชนซึ่งจะเข้าสู่วิชาชีพได้ต้องผ่านการสอบเข้าสู่วิชาชีพ (examen professionnel) และได้รับประกาศนียบัตรเป็นเจ้าพนักงานบังคับคดีเอกชน โดยมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หน้าที่สำคัญของเจ้าพนักงานบังคับคดีเอกชน คือ การยึด การอายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้อยู่ในบังคับทางปกครอง และองค์กรรัฐ เป็นองค์กรบังคับคดีของรัฐ พนักงานบังคับคดีของรัฐเป็นข้าราชการสังกัดกรมบัญชีกลาง รัฐบัญญัติฉบับที่ 91-650 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ. 2534 และรัฐกฤษฎีกาฉบับที่ 92-755 ลงวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 กำหนดว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการบังคับทางปกครองในการบังคับให้ชำระเงิน ได้แก่ เจ้าพนักงานบังคับการชำระหนี้ของรัฐ (huissier du trésor public) โดยกำหนดให้กรมบัญชีกลางของกระทรวงการคลังเป็นผู้รับผิดชอบเป็นหน่วยงานกลางในการบังคับทางปกครอง ตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินกับผู้อยู่ในบังคับทางปกครอง ส่วนระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มีหลักเกณฑ์ในการออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินโดยกำหนดไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

(Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG) โดยกำหนดว่าหลักสำคัญ คือ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินนั้น คำสั่งทางปกครองต้องมีเนื้อหาชัดเจน ทั้งเรื่องของเหตุแห่งการออกคำสั่งและจำนวนเงินที่ต้องชำระ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษร และมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินจึงถือเป็นจุดเริ่มต้นอันสำคัญก่อนที่จะมีการบังคับทางปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าการบังคับทางปกครองเป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครอง โดยเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองบังคับโดยตรงต่อประชาชนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง จึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์และ วิธีปฏิบัติในการดำเนินการบังคับทางปกครองไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนและเป็นธรรม โดยผู้มีอำนาจดำเนินการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz - VwVG) กำหนดแบ่งผู้มีอำนาจบังคับทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก คือ หน่วยงานบังคับทางปกครองเฉพาะ (besondere vollstreckungs - behörde) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นเฉพาะในกระทรวงที่ฝ่ายปกครองซึ่งออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินสังกัดอยู่ และประเภทที่สอง คือ หน่วยงานบังคับทางปกครองทั่วไป (allgemeine vollstreckungsbehörde) ซึ่งเป็นหน่วยงานของกระทรวงการคลัง มีอำนาจบังคับทางปกครองทั่วไป ฝ่ายปกครองที่มีได้มีการจัดตั้งหน่วยงานบังคับทางปกครองเฉพาะย่อมอยู่ในอำนาจบังคับทางปกครองของหน่วยงานบังคับทางปกครองทั่วไป

หากเปรียบเทียบกับ การบังคับทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศไทย กรณีคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน โดยเฉพาะการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พบว่ามีปัญหาหลายประการด้วยกันตามที่ได้กล่าวไปแล้ว จึงมีข้อเสนอแนะถึงแนวทางในการแก้ปัญหาการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ หลายประการด้วยกัน ดังนี้

5.2.1 มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในหมวด 2/1 การบังคับทางปกครอง ส่วนที่ 2 ว่าด้วย การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน โดยกำหนดเพิ่มเติม กรณี “การบังคับโดยหน่วยงานบังคับทางปกครอง” เป็นแบบที่ 3 เพิ่มเติมจากเดิมที่มี 2 แบบคือ 1) การบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ กับ 2) การบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี

5.2.2 กำหนดให้มีการจัดตั้งหน่วยงานบังคับทางปกครองขึ้นมา เพื่อให้หน่วยงานบังคับทางปกครองเป็นหน่วยงานเฉพาะที่ทำหน้าที่บังคับทางปกครอง หน่วยงานรัฐทุกหน่วยงานสามารถส่งเรื่องการบังคับทางปกครองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้กับหน่วยงานบังคับทางปกครองได้

5.2.3 กำหนดให้หน่วยงานบังคับทางปกครองนี้ ต้องจัดตั้งขึ้นเป็นหน่วยงานเฉพาะในกระทรวงการคลัง ทั้งนี้ เพราะเรื่องการชดเชยค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ จะต้องมีความเกี่ยวข้องกับกระทรวงการคลังโดยตรง กล่าวคือ ก่อนที่หน่วยงานของรัฐจะออกคำสั่งทางปกครองกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดเชยค่าสินไหมทดแทน หน่วยงานของรัฐจะออกคำสั่งทางปกครองทันทีไม่ได้ แต่ต้องส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อน โดยหน่วยงานของรัฐจะต้องรอความเห็นจากการตรวจสอบของกระทรวงการคลังก่อน เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ จากบทบาทยุติเห็นได้ว่ากระทรวงการคลังเข้ามาเกี่ยวพันรับรู้เรื่องราวนี้โดยตรงอยู่แล้ว ประกอบกับเป็นกระทรวงที่มีกรมสรรพากรเป็นหน่วยงานในสังกัด ซึ่งกรมสรรพากรนั้นมีความเชี่ยวชาญพิเศษในการบังคับทางปกครองอยู่แล้วโดยมีประสบการณ์ในการบังคับทางปกครองมากกว่า 30 ปี อีกทั้ง ยังมีข้อสนับสนุนเพิ่มเติม คือ หากพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 5 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดว่า ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใดให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่จากเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมด กระทรวงการคลังจึงเป็นหน่วยงานที่มีความเหมาะสมที่จะจัดตั้งหน่วยงานบังคับทางปกครอง ซึ่งจะมีประสิทธิภาพและความเฉพาะทางมากกว่าการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ โดยไม่ต้องรอให้คำสั่งทางปกครองให้ชำระเงินเป็นที่สุดเหมือนการบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี เพื่อให้การบังคับทางปกครองให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทน ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลยิ่งขึ้น และมีเจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ในสังกัดของหน่วยงานดังกล่าว โดยได้รับการอบรมและมีความเชี่ยวชาญในการบังคับทางปกครองโดยเฉพาะเหมือนกับที่เจ้าพนักงานบังคับคดีมีความเชี่ยวชาญในการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล เพื่อให้สามารถดำเนินการบังคับทางปกครองตามคำสั่งให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนอย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดความรวดเร็ว โดยไม่ต้องรอให้คำสั่งทางปกครองเป็นที่สุด และมีความต่อเนื่องอันจะทำให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายได้รับชำระเงินค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดอย่างถูกต้องครบถ้วน

บรรณานุกรม

- กองนิติการ. กลุ่มงานที่ปรึกษากฎหมาย นิติกรรมและสัญญา กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กองคุ้มครองแรงงาน. **หลักการใช้ดุลพินิจ** [Online]. Available URL: <https://protection.labour.go.th/images/Manual/0001.pdf>.
- กองละเมิดและแพ่ง กรมบัญชีกลาง. **เกร็ดกฎหมายน่ารู้ หลักสูตรการสอบสวนและตรวจสอบด้านความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่**. กรุงเทพมหานคร: บริษัท คอมมา ดีไซน์แอนด์พริ้นท์ จำกัด, 2559.
- จิตาภา มุสิกชนเสฏฐ์. “ขั้นตอนการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงินกับขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ.” วารสารกรมประชาสัมพันธ์ คอลัมน์กฎหมายใกล้ตัว (กุมภาพันธ์ 2558).
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐ**. _____ **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เล่ม 2**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539.
- _____. **คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. **สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดสิทธิเสรีภาพ เรื่อง หลักความเสมอภาค**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2543.
- บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 1, 2 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2542).
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.
- ปิยะ ปะดังทา. **หัวข้อ: หลักนิติธรรม เรื่อง: บทบาทของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติธรรม** [Online]. Available URL: https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1405, 2566 (มกราคม, 22).
- ประนัย วณิชชานนท์. **หลักกฎหมายและคดีปกครองเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562.
- เพลินตา ตีนรังสรรค์. **กองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาโครงการสัมมนาพัฒนาและกฎหมายปกครอง. สรุปการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง หลักเกณฑ์ใหม่ในการบังคับทางปกครอง : หลักการและแนวทางปฏิบัติ**, หน้า 58-59.

- ฤทัย หงส์สิริ. **ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนัก
อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **หลักความชอบด้วยกฎหมายและกิจกรรมของฝ่ายปกครอง**. เอกสารประกอบการอบรม
“โครงการอบรมประกาศนียบัตรกฎหมายปกครอง.” สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
2559.
- วรรณรี สิงโต. **รายงานการวิจัยเรื่อง การบังคับทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน**. กรุงเทพมหานคร:
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่
ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- ศุภวัฒน์ สิงห์สูงษ์. **รายงานการวิจัยเรื่อง การบังคับทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส**. กรุงเทพมหานคร:
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. “บันทึกเรื่อง แนวทางการดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิด
ของเจ้าหน้าที่.” เรื่องเสร็จที่ 757/2552.
- สมยศ เชื้อไทย. **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- สามารถ วราดิชัย. **คู่มือปฏิบัติราชการทางปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์
วิญญูชน, 2556.
- สุรียา ปานแป้น และอนันต์ บุนนันท. **คู่มือสอบกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง. **แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่ม 7**. กรุงเทพมหานคร: บริษัท
ประชาชน จำกัด, 2555.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.
- พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562.
- ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่
พ.ศ. 2539.
- ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่
(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559.

Chapus, Renée. **Droit Administatif Général**. Paris: Montchrestien, 1999.

de Malberg, R. Carré. **Contribution à la Théorie Général de L'Etat**. Paris: Recueil
Sirey, Réprimé par CNRS, 1962.

Maurer, Hartmut. **Droit Administrative Allemande**. Traduit de L'allemand par
Michel Fromont. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: ภาษีเงินได้จากการโอน
ทุนสำรองของบริษัทจำกัดไปเป็นกำไรสะสม

สรรพพร สรรพปัญญา

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: ภาษีเงินได้จากการโอนหุ้นสำรองของบริษัทจำกัดไปเป็นกำไรสะสม

สรพร สรรพัชญา*
Sanporn Sanpatchaya

1. บทนำ

ภายใต้ประมวลรัษฎากรของประเทศไทยอันเป็นกฎหมายหลักในการจัดเก็บภาษีนั้น ได้กำหนดให้บุคคลจะต้องเสียภาษีจากเงินได้พึงประเมิน¹ อันหมายความว่า เงินได้อันเข้าลักษณะพึงเสียภาษีในหมวดนี้ ซึ่งหมายถึงเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(1) – (8) แห่งประมวลรัษฎากร ตลอดจนทรัพย์สินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้รับซึ่งอาจคิดคำนวณได้เป็นเงิน เงินค่าภาษีอากรที่ผู้จ่ายเงินหรือผู้อื่นออกแทนให้สำหรับเงินได้ประเภทต่าง ๆ ตามมาตรา 40 และเครดิตภาษีตามมาตรา 47 ทวิ² ด้วย

ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4125/2564 ศาลได้ฎีกาได้วินิจฉัยว่าเงินได้เงินปันผลที่ได้จ่ายจากโจทก์แก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการจ่ายเงินปันผลตามมาตรา 40(4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากร แต่จะต้องถือได้ว่าเป็นการจ่ายเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(4)(ง) แห่งประมวลรัษฎากร กล่าวคือ เงินลดทุนของบริษัทเฉพาะส่วนที่เกินกว่ากำไรและเงินที่ก้นไว้รวมกัน และโจทก์มีหน้าที่

*ผู้จัดการอาวุโส สายงานที่ปรึกษากฎหมายและภาษี บริษัท แกรนท์ ธอนตัน เซอร์วิสเอส จำกัด; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. (กฎหมายการเงินและภาษีอากร) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. E-mail: sanpornsan@gmail.com

Senior Manager - Tax and Legal Department, Grant Thornton Services Ltd; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. in Finance and Taxation Law, Chulalongkorn University.

¹ประมวลรัษฎากร, มาตรา 39.

²ประมวลรัษฎากร, มาตรา 47 ทวิ บัญญัติว่า ให้ผู้มีเงินได้ตามมาตรา 40(4)(ข) ซึ่งได้รับจากบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยได้รับเครดิตในการคำนวณภาษี โดยให้นำอัตราภาษีเงินได้ที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้นต้องเสียหารด้วยผลต่างของหนึ่งร้อยลบด้วยอัตราภาษีเงินได้ดังกล่าวแล้ว ได้ผลลัพธ์เท่าใด ให้คูณด้วยจำนวนเงินปันผลหรือเงินส่วนแบ่งของกำไรที่ได้รับ ผลลัพธ์ที่ได้เป็นเครดิตในการคำนวณภาษี ในกรณีที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลผู้จ่ายเงินได้ประกอบกิจการที่ต้องเสียภาษีเงินได้หลายอัตรา ผู้จ่ายเงินได้ต้องระบุในหนังสือรับรองการหักภาษี ณ ที่จ่ายให้ชัดเจนว่าเงินได้ที่จ่ายนั้นจำนวนใดได้มาจากกิจการที่ต้องเสียภาษีเงินได้ในอัตราใด

ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย ในฐานะที่เป็นผู้จ่ายเงินได้ตามมาตรา 40(4)(ง) แห่งประมวลรัษฎากรด้วย อันส่งผลให้ผู้เสียภาษีมีภาระภาษีซ้อนในเชิงเศรษฐกิจ อีกทั้งไม่สามารถบรรเทาภาระภาษีซ้อนในเชิงเศรษฐกิจดังกล่าวด้วยวิธีที่กฎหมายกำหนดให้ได้

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4125/2564 ผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าวก่อให้เกิดประเด็นในทางกฎหมายภาษีที่ควรแก่การศึกษา เนื่องจากประการแรก ศาลภาษีอากรกลางและศาลอุทธรณ์ชั้นอุทธรณ์พิเศษต่างก็พิพากษาให้เพิกถอนหนังสือแจ้งการประเมินของกรมสรรพากร อันหมายถึงการพิพากษาให้ผู้เสียภาษีชนะคดี แต่ศาลฎีกาพิพากษากลับให้กรมสรรพากรเป็นฝ่ายชนะคดีคดีนี้จึงเป็นที่น่าสนใจว่าศาลฎีกามีเหตุผลในการวินิจฉัยอย่างไร อีกประการหนึ่งคือคดีนี้เป็นคดีที่แสดงให้เห็นว่าการพิจารณาวินิจฉัยกฎหมายภาษีนั้นไม่สามารถที่จะพิจารณาแต่เพียงประมวลรัษฎากรได้เท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนต้องพิจารณาถึงผลและพิจารณาผลลัพธ์ที่อาจจะเกิดขึ้นจากผลของคำพิพากษาฉบับดังกล่าวด้วย

ทั้งนี้ ผู้เขียนจะอธิบายโดยสรุปถึงเรื่องราวความเป็นมาและการวินิจฉัยของศาลฎีกาในหัวข้อที่สอง จากนั้นจึงจะทำการวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าวในหัวข้อต่อ ๆ ไป โดยจะอธิบายถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและทางภาษีของธุรกรรมที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนนำเสนอบทวิเคราะห์คำพิพากษาต่อไป

อนึ่งหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ผู้เขียนนำเสนอในบทความนี้จะจำกัดอยู่เพียงแค่หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและภาษีที่เกี่ยวข้องกับคำพิพากษาศาลฎีกาเลขที่ 4125/2564 เท่านั้น

เครดิตภาษีที่คำนวณได้ตามความในวรรคหนึ่งให้นำมารวมคำนวณเป็นเงินได้พึงประเมินเพื่อเสียภาษีเงินได้ตามเกณฑ์ในมาตรา 48 เป็นเงินภาษีทั้งสิ้นเท่าใดให้นำเครดิตภาษีที่คำนวณได้ดังกล่าวหักออกจากภาษีที่ต้องเสียถ้ายังขาดหรือเหลือเท่าใดให้ผู้มีเงินได้เสียภาษีสำหรับจำนวนที่ขาดหรือมีสิทธิได้รับเงินจำนวนที่เหลือนั้นคืน

ความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมิให้ใช้บังคับแก่ผู้มีเงินได้ซึ่งมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทยและมิได้เป็นผู้ที่อยู่ในประเทศไทย

ในกรณีที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลผู้จ่ายเงินได้แสดงข้อความที่กำหนดให้ต้องระบุในหนังสือรับรองการหักภาษี ณ ที่จ่ายตามวรรคหนึ่งไม่ถูกต้องอันเป็นเหตุให้เครดิตภาษีที่คำนวณได้มีจำนวนเกินกว่าที่ผู้มีเงินได้พึงได้รับให้ผู้จ่ายเงินได้รับผิดร่วมกับผู้มีเงินได้เท่ากับจำนวนเงินที่ได้รับคืนเกินไปหรือที่ชำระไว้ไม่ครบ และถ้าผู้จ่ายเงินได้หรือผู้มีเงินได้ไม่ชำระเงินดังกล่าวภายในเจ็ดวันนับแต่ได้รับหนังสือแจ้งจากเจ้าพนักงานประเมิน ให้ถือว่าเงินจำนวนที่เรียกให้ชำระเป็นภาษีอากรค้าง ในกรณีที่เจ้าพนักงานประเมินตรวจสอบพบว่า เครดิตภาษีที่คำนวณได้มีจำนวนน้อยกว่าที่ผู้มีเงินได้พึงได้รับ ให้แจ้งผู้มีเงินได้ทราบถึงสิทธิที่จะได้รับเงินที่เหลือคืนตามกฎหมาย.

2. คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับย่อ

บริษัท อ. (โจทก์) เป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด มีทุนจดทะเบียน 435,000,000 บาท และมีทุนสำรองตามกฎหมาย 43,500,000 บาท ต่อมาโจทก์ได้กระทำการดังต่อไปนี้

วันที่ 29 พฤษภาคม 2555 โจทก์จดทะเบียนลดทุนต่อกระทรวงพาณิชย์ โดยได้ลดทุนลง 325,250,000 บาท คงเหลือทุนจดทะเบียน 108,750,000 บาท

วันที่ 24 กันยายน 2555 โจทก์จ่ายเงินลดทุนจำนวน 325,250,000 บาทคืนแก่ผู้ถือหุ้น พร้อมกับหักภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ณ ที่จ่าย และนำส่งจำเลยจำนวน 2,448,641.81 บาท

วันที่ 20 สิงหาคม 2555 ที่ประชุมวิสามัญผู้ถือหุ้นของโจทก์มีมติให้ลดเงินสำรองตามกฎหมายตามกฎหมายลง 32,625,000 บาท จากเดิม 43,500,000 บาท คงเหลือเงินสำรองตามกฎหมายตามกฎหมาย 10,875,000 บาท จากนั้นโจทก์โอนเงินสำรองตามกฎหมายตามกฎหมายที่ลดลงไปเป็นกำไรสะสมที่ยังไม่ได้จัดสรร เมื่อรวมกับเงินกำไรสะสมที่ยังไม่ได้จัดสรรที่มีอยู่ทำให้โจทก์มีกำไรสะสมที่ยังไม่ได้จัดสรร 43,972,139.42 บาท แล้วผู้ถือหุ้นของโจทก์มีมติให้โจทก์จ่ายเงินปันผลจำนวน 43,935,000 บาท โดยหลังจากจ่ายเงินปันผลดังกล่าวแล้ว บัญชีกำไรสะสมที่ยังไม่ได้จัดสรรของโจทก์คงเหลือ 37,139.42 บาท และมีเงินสำรองตามกฎหมายเหลืออยู่ 10,875,000 บาท โจทก์ได้หักภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ณ ที่จ่าย โดยถือว่าเป็นเงินปันผลหรือเงินส่วนแบ่งกำไรอันเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากร หักภาษีในอัตราร้อยละ 10 ของเงินได้พึงประเมินดังกล่าวเป็นเงิน 4,393,499.99 บาท

เจ้าพนักงานประเมินของกรมสรรพากร (จำเลย) เห็นว่าเงินได้พึงประเมินที่โจทก์จ่ายนั้นมิใช่เงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากร แต่เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(4)(ง) แห่งประมวลรัษฎากร โดยได้อ้างถึงหนังสือของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ที่ พณ. 0803/1161 ลงวันที่ 7 ตุลาคม 2547 และ ที่ พณ. 0803.03/271 ลงวันที่ 8 มีนาคม 2548 อันมีใจความว่า เมื่อโจทก์จัดสรรเงินไว้เป็นเงินสำรองตามกฎหมายแล้ว โจทก์ต้องคงเงินทุนสำรองไว้จนกว่าจะเลิกบริษัท โจทก์สามารถนำเงินทุนสำรองดังกล่าวไปใช้ในกิจการของโจทก์ได้ แต่ไม่สามารถนำไปจ่ายเป็นเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้น และโจทก์ไม่มีสิทธิคืนเงินสำรองตามกฎหมายตามส่วนของเงินลดทุนจดทะเบียนลดลงเพราะไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้คืนเงินทุนสำรองตามสัดส่วนของเงินทุนจดทะเบียนที่ลดลง ทั้งไม่มีสิทธิจ่ายเงินปันผลจากเงินทุนสำรองตามกฎหมายตราบเท่าที่บริษัทยังไม่เลิก ดังนั้น เงินจำนวนดังกล่าวเป็นเงินได้ตามมาตรา 40(4)(ง) แห่งประมวลรัษฎากร เป็นการลดทุนของโจทก์เฉพาะส่วนที่จ่ายไม่เกินกว่ากำไรและเงินที่ก้นไว้รวมกัน โดยฐานภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสำหรับเงินลดทุนของโจทก์ คือ เงินสำรองตามกฎหมายตามกฎหมาย 43,500,000 บาท และกำไรสะสม 11,347,139.42 บาท รวมทั้งสิ้น 54,847,139.42 บาท ซึ่งปรากฏตามบัญชี ณ วันที่ 31 ธันวาคม

2554 โจทก์จะต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย 18,068,441.60 บาท อย่างไรก็ตาม เมื่อโจทก์ได้หักภาษี ณ ที่จ่ายและนำส่งแล้วจำนวน 2,448,641.81 บาท จำเลยจึงถือเอาเงินจำนวนดังกล่าวมาถือเป็นเครดิตในการคำนวณภาษี โจทก์จึงต้องนำส่งภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาหัก ณ ที่จ่าย ที่ขาดไปจำนวน 15,619,799.79 บาท พร้อมเงินเพิ่มตามมาตรา 27 แห่งประมวลรัษฎากร โจทก์ไม่เห็นด้วยกับการประเมินภาษีดังกล่าว โจทก์ได้ชำระภาษีดังกล่าวแล้วจึงยื่นอุทธรณ์การประเมินต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ของจำเลย ต่อมาคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ของจำเลยได้มีคำวินิจฉัยให้ยกอุทธรณ์ โจทก์จึงฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนหนังสือแจ้งการประเมินและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของจำเลย

ศาลภาษีอากรกลางพิพากษาให้เพิกถอนหนังสือแจ้งให้นำส่งภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาหัก ณ ที่จ่าย และคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของจำเลย และให้จำเลยใช้ค่าอาชญากรรมนิยมแทนโจทก์

จำเลยอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์คดีชั้นอุทธรณ์ และศาลอุทธรณ์คดีชั้นอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลภาษีอากรกลาง

จำเลยฎีกาโดยได้รับอนุญาตจากศาลฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(4) แห่งประมวลรัษฎากรเป็นเงินได้ประเภทดอกเบี้ย เงินปันผล หรือผลประโยชน์จากการลงทุนรูปแบบต่าง ๆ แยกออกตามมาตรา 40(4)(ก) ถึง (ณ) ส่วนที่พิพาทกันในคดีนี้ถือตามมาตรา 40(4)(ข) เงินปันผล เงินส่วนแบ่งกำไร หรือประโยชน์อื่นใดที่ได้จากบริษัทมีลักษณะเป็นเงินได้ที่เกิดจากการลงทุนถือหุ้นในบริษัท เมื่อบริษัทประกอบกิจการมีกำไรจะแบ่งเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้น สาระสำคัญการจ่ายเงินปันผลคือต้องจ่ายจากกำไรของกิจการบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1200 ถึง 1205 บริษัท ผู้จ่ายเงินปันผลแก่บุคคลธรรมดาที่มีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่ายและนำส่งจำเลยตามมาตรา 50(2)(จ) แห่งประมวลรัษฎากร โดยให้คำนวณหักในอัตราร้อยละ 10 ของเงินได้ ส่วนเงินได้ที่เงินลงทุนของบริษัทนั้น ตามมาตรา 40(4)(ง) แห่งประมวลรัษฎากร เงินลงทุนของบริษัทเฉพาะส่วนที่จ่ายไม่เกินกว่ากำไรและเงินที่กันไว้รวมกัน สาระสำคัญการจ่ายเงินลงทุนนี้คือ เมื่อบริษัทลดทุนแล้วจ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นมีลักษณะเป็นส่วนของผู้ถือหุ้น โดยที่บริษัทแสดงกำไรสะสมในการเงินตามมาตรฐานการบัญชีในลักษณะส่วนหนึ่งของเจ้าของ (Equities) การลดทุนตามความหมายของมาตรา 40(4)(ง) เป็นการจ่ายเงินคืนทุนที่จ่ายไม่เกินกว่ากำไรและเงินที่กันไว้รวมกัน โดยไม่เข้าลักษณะเป็นการจ่ายเงินปันผลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์... พิจารณาดูแล้ว...การจ่ายเงินลักษณะนี้ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการจ่ายเงินปันผลหรือส่วนแบ่งของกำไรที่ได้จากกิจการหรือเนื่องจากกิจการของบริษัทตามมาตรา 40(4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากร... แม้หนังสือแจ้งภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาหัก ณ ที่จ่ายกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์จะอ้างว่า มีหนังสือของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าวินิจฉัยว่าบริษัทไม่มีสิทธิคืนเงินเงินสำรองตามกฎหมายตามกฎหมายส่วนที่เป็นทุนจดทะเบียนที่ลดลงได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้คืนเงินเงินสำรองตามกฎหมายตามสัดส่วนของทุนจดทะเบียนที่ลดลงนั้นจะเป็นการวินิจฉัยที่ขัดกับประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ก็ไม่ทำให้หน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่ายของโจทก์ตามมาตรา 50(2) ประกอบมาตรา 40(4)(ง) แห่งประมวลรัษฎากรเปลี่ยนแปลงไป ที่ศาลล่างทั้งสองพิพากษามานั้น ศาลฎีกาแผนกคดีภาษีอากรไม่เห็นพ้องด้วย

ในประเด็นว่าฐานภาษีของเงินได้ที่เป็นเงินลงทุนของบริษัทเฉพาะส่วนที่จ่ายไม่เกินกว่ากำไร และเงินที่ก้นไว้รวมกันตามมาตรา 40(4)(ง) แห่งประมวลรัษฎากรคือจำนวนใด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ฐานภาษีคือ จำนวนเงินหรือมูลค่าของทรัพย์สินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่คิดคำนวณได้เป็นเงินที่จะต้องนำมาคำนวณภาษีและเสียภาษีตามอัตราที่กฎหมายกำหนด เมื่อโจทก์มีกำไรสุทธิจัดสรรไว้เป็นเงินสำรองตามกฎหมายจำนวน 43,500,000 บาท และมีกำไรสะสมที่ยังไม่ได้จัดสรร 11,347,138.42 บาท เมื่อรวมกำไรสุทธิจัดสรรเป็นเงินสำรองตามกฎหมายกับกำไรสะสมที่ยังไม่ได้จัดสรรเป็นเงินจำนวน 54,847,139.42 บาท ซึ่งเงินจำนวนดังกล่าวคือ ฐานภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา

3. หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและภาษีที่เกี่ยวข้อง

3.1 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและผลทางภาษีเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผล

3.1.1 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผล

ในความหมายทั่วไปนั้น เงินปันผล หมายถึง เงินหรือผลประโยชน์อื่นใดที่บริษัท จ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นเป็นการตอบแทนในการที่ผู้ถือหุ้นนำเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดมาลงทุนโดยการซื้อหุ้นของบริษัท โดยบริษัทจะจ่ายเงินปันผลจากผลกำไรของบริษัทให้แก่ผู้ถือหุ้นตามส่วนจำนวนซึ่งผู้ถือหุ้นได้ชำระเงินค่าหุ้นหรือตามจำนวนหุ้นโดยไม่คำนึงถึงมูลค่าหุ้น ในกรณีทั่วไป อัตราเงินปันผลตอบแทนที่ให้แก่ผู้ถือหุ้นประเภทเดียวกันและลำดับชั้นเดียวกันจะมีมูลค่าหุ้นละเท่า ๆ กัน เว้นแต่ในกรณีเป็นหุ้นบุริมสิทธิ³

ในทางกฎหมายมิได้มีการกำหนดความหมายของเงินปันผลไว้ว่ามีความหมายว่าอย่างไร จึงต้องพิจารณาความเป็นเงินปันผลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1200 ถึงมาตรา 1205 ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเงินปันผลไว้ดังนี้

1) เงินปันผลจะต้องจ่ายจากกำไร

ตามมาตรา 1201 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดมิให้บริษัทจ่ายเงินปันผลจากเงินประเภทอื่นนอกจากกำไร และถ้าหากบริษัทขาดทุนห้ามมิให้จ่ายเงินปันผลจนกว่าจะได้แก้ไขให้ขาดทุนเช่นนั้น ดังนั้น เงินปันผลจะต้องจ่ายจากกำไรของบริษัทเท่านั้น

³ศิริธ แสงจันทร์, “ปัญหาภาษีเงินได้ระหว่างประเทศเกี่ยวกับเงินปันผล” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายภาษี, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 15-17.

2) การจ่ายเงินปันผลจะต้องคิดตามส่วนจำนวนของผู้ถือหุ้น เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

มาตรา 1200 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้การจ่ายเงินปันผลจะต้องจ่ายโดยคำนึงถึงสัดส่วนของหุ้นของผู้ถือหุ้นแต่ละราย เช่น บริษัทมีการประกาศจ่ายเงินปันผลจำนวน 100 บริษัทมีผู้ถือหุ้นสามราย โดยถือหุ้นในอัตราร้อยละ 40 ร้อยละ 40 และร้อยละ 20 ของหุ้นทั้งหมดตามลำดับ ดังนี้ เมื่อบริษัทจ่ายเงินปันผลจะต้องจ่ายให้ตามสัดส่วนของหุ้นของผู้ถือหุ้นและรายคือ จ่ายแก่ผู้ถือหุ้นรายแรกจำนวน 40 ผู้ถือหุ้นรายที่สองจำนวน 40 และผู้ถือหุ้นรายที่สามจำนวน 20

3) การจ่ายเงินปันผลต้องได้รับอนุญาตจากมติที่ประชุมใหญ่ เว้นแต่กรณีการจ่ายเงินปันผลระหว่างกาล สามารถกระทำได้โดยมติกรรมการ

ตามมาตรา 1201 แห่งประมวลแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดให้การจ่ายเงินปันผลจะต้องได้รับมติจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นก่อน อย่างไรก็ตาม หากกรรมการบริษัทเห็นว่าบริษัทมีกำไรเพียงพอที่จ่ายเงินปันผลได้ในระหว่างรอบระยะเวลาบัญชีของบริษัท คณะกรรมการก็สามารถประกาศจ่ายเงินปันผลได้เช่นกัน โดยจะเรียกเงินปันผลที่จ่ายระหว่างรอบระยะเวลาบัญชีของบริษัทว่า เงินปันผลระหว่างกาล

4) ต้องจัดสรรเงินไว้เป็นเงินสำรองตามกฎหมายทุกคราวที่มีการจ่ายเงินปันผลอย่างน้อยร้อยละ 5% ของผลกำไรจนกว่าเงินสำรองตามกฎหมายจะถึงร้อยละ 10 ของทุนของบริษัท

มาตรา 1202 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้บริษัทต้องจัดสรรเงินสำรองตามกฎหมายอย่างน้อยร้อยละ 5 ทุกคราวที่มีการจ่ายเงินปันผล และจะต้องจัดสรรจนกว่าเงินสำรองตามกฎหมายของบริษัทจะครบร้อยละ 10 ของทุนของบริษัทหรือมากกว่านั้นแล้วแต่จะได้ตกลงไว้ในข้อบังคับบริษัท ซึ่งคำว่าทุนของบริษัทหมายถึง ทุนจดทะเบียนของบริษัท ดังนั้น เมื่อบริษัทจะต้องจ่ายเงินปันผล บริษัทจะต้องจัดสรรร้อยละ 5 ของยอดเงินปันผลเพื่อเป็นเงินสำรองตามกฎหมาย และต้องดำเนินการจัดสรรเช่นนั้นทุกคราวที่มีการจ่ายเงินปันผล จนกว่าเงินสำรองตามกฎหมายจะครบร้อยละ 10 ของทุนจดทะเบียนของบริษัท อย่างไรก็ตาม กฎหมายใช้คำว่า “หรือมากกว่านั้น” และ “แล้วแต่จะได้ตกลงกำหนดไว้ในข้อบังคับบริษัท” หมายความว่า การจัดสรรเงินสำรองตามกฎหมายไม่จำกัดเพียงแค่ร้อยละ 10 ของทุนจดทะเบียนเท่านั้น แต่สามารถจัดสรรเงินสำรองตามกฎหมายให้มากกว่าร้อยละ 10 ได้ หรือหากมีข้อบังคับบริษัทกำหนดให้จัดสรรมากกว่านั้น บริษัทก็จะต้องจัดสรรเงินสำรองตามกฎหมายให้ครบตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับบริษัท

อนึ่ง การจัดสรรเงินสำรองตามกฎหมายนี้เป็นไปตามหลักการดำรงไว้ซึ่งทุนของบริษัท (Maintenance of Capital Doctrine) อันเป็นหลักการกำกับดูแลให้บริษัทมีเงินสำรองตามกฎหมายเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้มิให้เสียประโยชน์จากการชำระหนี้ และคุ้มครองบุคคลภายนอกในการประเมินความน่าเชื่อถือของบริษัท⁴

3.1.2 ผลทางภาษีเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผล

เมื่อบริษัทมีการจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลธรรมดา เงินปันผลจะถือว่าเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งผู้จ่ายจะต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายไว้ในอัตราร้อยละ 10 ไม่ว่าผู้รับจะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ ตามมาตรา 50(2) แห่งประมวลรัษฎากร

เนื่องจากการหักภาษี ณ ที่จ่ายสำหรับเงินปันผลก่อให้เกิดภาษีซ้อนในเชิงเศรษฐกิจ (Economic Double Taxation) อันหมายถึง การที่รัฐจัดเก็บภาษีจากบุคคลสองคนหรือมากกว่าโดยอาศัยฐานภาษีเดียวกัน กล่าวคือ รัฐได้จัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลจากกำไรของบริษัทไปแล้วครั้งหนึ่ง และได้จัดเก็บจากผู้รับเงินปันเมื่อมีการจ่ายเงินปันผลอันมีที่มาจากผลกำไรของบริษัทอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้น ประเทศไทยจึงได้กำหนดวิธีการบรรเทาภาษีซ้อนในเชิงเศรษฐกิจดังกล่าว โดยให้ผู้รับเงินปันผลมีสิทธิเลือกเอาไปคำนวณรวมกับเงินได้ประเภทอื่น ๆ เพื่อยื่นเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาประจำปีก็ได้ หรือจะถือว่าภาษีหัก ณ ที่จ่ายร้อยละ 10 เป็นภาษีสุดท้าย (Final tax) ก็ได้⁵

สำหรับผู้รับเงินปันผลที่เลือกนำเอาเงินปันผลไปคำนวณรวมกับเงินได้ประเภทอื่น ๆ ประมวลรัษฎากรกำหนดวิธีการเครดิตภาษีสำหรับผู้รับเงินปันผลที่เป็นบุคคลธรรมดาไว้ตามมาตรา 47 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรเพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษีซ้อนในเชิงเศรษฐกิจ โดยมีวิธีการดังนี้

* ในปัจจุบันอัตรากำไรเงินได้นิติบุคคลคือ ร้อยละ 20

มูลค่าเงินปันผล		อัตราภาษีที่บริษัทจ่ายให้รัฐบาล*	
ก่อนหักภาษี	x		
ณ ที่จ่าย 10%		100	- อัตราภาษีที่บริษัทจ่ายให้รัฐบาล*

⁴สทนต์ รัตนไพจิตร, รายงานวิจัย เรื่อง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการลดทุนในบริษัทจำกัด (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 12-14.

⁵ประมวลรัษฎากร, มาตรา 48(3)(ค).

ตัวอย่างเช่น บริษัท ก. มีกำไรจากการประกอบธุรกิจจำนวน 100 เสียภาษีเงินได้นิติบุคคลไปในอัตราร้อยละ 20 เท่ากับ 20 และจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นจำนวน 80 ซึ่งผู้ถือหุ้นจะต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 10 เท่ากับ 8 ซึ่งเมื่อผู้รับเงินปันผล (ผู้ถือหุ้น) ใช้การเครดิตภาษีจะได้ผลลัพธ์เท่ากับ 20 ซึ่งเป็นจำนวนเท่ากับภาษีเงินได้นิติบุคคล จากนั้นผู้รับเงินปันผลจะต้องนำเอาเครดิตภาษีที่ได้ (20) ไปถือเป็นเงินได้ในการคำนวณเงินได้พึงประเมินสุทธิ และเมื่อได้จำนวนภาษีเท่าใดก็นำเอาเครดิตภาษี (20) ไปหักออกจากจำนวนภาษีที่ต้องเสีย ซึ่งเป็นการอนุญาตให้นำเอาภาษีที่เสียไปในชั้นนิติบุคคลมาหักออกจากภาษีที่เสียในชั้นบุคคลธรรมดาได้ อย่างไรก็ตาม ผู้มีเงินได้ที่มิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทยและมิได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทย จะไม่มีสิทธิใช้เครดิตภาษีดังกล่าว

3.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและผลทางภาษีเกี่ยวกับการลดทุน

3.2.1 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการลดทุน

การลดทุนของบริษัทจำกัดคือ การที่บริษัททำการลดทุนจดทะเบียนของตนเองลง ซึ่งตามมาตรา 1224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดให้บริษัทสามารถลดทุนของบริษัทลงไม่ว่าจะด้วยวิธีการลดมูลค่าแต่ละหุ้นให้ต่ำลง หรือลดจำนวนหุ้นให้น้อยลงก็ได้ ทั้งนี้ สาเหตุของการลดทุนอาจเกิดจากการที่บริษัทมีทุนของบริษัทมากเกินไปเกินความต้องการของกิจการ หรือต้องการที่จะลดขนาดกิจการลงหรือต้องการปรับโครงสร้างของบริษัท หรือแม้แต่การที่บริษัทลดทุนเพื่อล้างผลขาดทุนทางบัญชี

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลดทุนไว้ดังนี้

1) การลดทุนต้องได้รับมติพิเศษของที่ประชุมใหญ่

มาตรา 1224 แห่งประมวลแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้การลดทุนของบริษัทจะต้องได้รับมติพิเศษจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นของบริษัท ซึ่งมติพิเศษคือ ต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียง หรือก็คือต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าร้อยละ 75

2) ห้ามลดทุนให้ทุนจดทะเบียนเหลือต่ำกว่าหนึ่งในสี่ของทุนจดทะเบียน

มาตรา 1225 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดห้ามมิให้บริษัทลดทุนจดทะเบียนให้เหลือน้อยกว่าร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียนหรือไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ หรืออาจกล่าวได้ว่า บริษัทสามารถลดทุนได้มากที่สุดร้อยละ 75 หรือสามในสี่ ต่อหนึ่งคราวการลดทุน

3) ห้ามลดทุนโดยลดมูลค่าหุ้นให้เหลือต่ำกว่าห้าบาท

มาตรา 1117 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดห้ามมิให้มีการลดมูลค่าหุ้นให้เหลือต่ำกว่าหุ้นละ 5 บาทอันเป็นมูลค่าขั้นต่ำที่กฎหมายได้กำหนดไว้

4) ต้องไม่มีเจ้าหนี้คัดค้านการลดทุน หรือมีการใช้หนี้หรือให้ประกันแก่เจ้าหนี้รายนั้นแล้ว

มาตรา 1226 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้บริษัทจะต้องโฆษณาบอกกล่าวความประสงค์จะลดทุนในหนังสือพิมพ์อย่างน้อยหนึ่งคราวและต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังบรรดาผู้ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ของบริษัท ในทางปฏิบัติเมื่อได้รับมติพิเศษจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแล้ว บริษัทจะต้องนำเอามติพิเศษไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียน กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ภายใน 14 วัน และจะต้องโฆษณามติพิเศษให้ลดทุนนั้นในหนังสือพิมพ์ พร้อมกันนี้จะต้องส่งคำบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ของบริษัททุกราย โดยขอให้เจ้าหนี้ที่ประสงค์จะคัดค้านส่งคำคัดค้านไปยังบริษัทภายใน 30 วันนับแต่วันที่บอกกล่าว หากไม่มีผู้ใดคัดค้าน บริษัทจะต้องไปจดทะเบียนลดทุนต่อนายทะเบียน กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์อีกครั้งหนึ่งเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าว

ในส่วนของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการลดทุนนั้น มีข้อสังเกตว่า กรณีที่บริษัทได้จัดสรรเงินสำรองตามกฎหมายไว้ตามอัตราที่กฎหมายกำหนดแล้ว (ร้อยละ 10) และต่อมาบริษัทมีการลดทุน อันเป็นผลให้ทุนจดทะเบียนของบริษัทลดลง และมีเงินสำรองตามกฎหมายที่บริษัทได้เคยจัดสรรไว้ย่อมมีส่วนที่เกินจากที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยเกิดข้อควรพิจารณาว่าจะทำอย่างไรกับเงินสำรองตามกฎหมายส่วนที่เกินจากที่กฎหมายกำหนด ในกรณีดังกล่าวมีคำวินิจฉัยกรมพัฒนาธุรกิจการค้าที่ พณ. 0803.03/271 ลงวันที่ 8 มีนาคม 2548 โดยกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้วินิจฉัยว่า “เมื่อบริษัทจัดสรรไว้เป็นเงินสำรองตามกฎหมายแล้ว บริษัทต้องคงเงินสำรองตามกฎหมายไว้จนกว่าจะเลิกบริษัท แต่ทั้งนี้บริษัทสามารถนำเงินสำรองตามกฎหมายดังกล่าวไปใช้จ่ายในกิจการของบริษัทได้ เว้นแต่การนำไปจ่ายเป็นเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นไม่สามารถทำได้ เนื่องจากเงินปันผลกฎหมายกำหนดให้จ่ายจากกำไรเท่านั้น” จากคำวินิจฉัยดังกล่าว กรมพัฒนาธุรกิจการค้า เห็นว่าไม่อนุญาตให้นำเงินสำรองตามกฎหมายส่วนเกินไปจ่ายเป็นเงินปันผลเท่านั้น แต่ยังสามารถนำไปใช้จ่ายในกิจการของบริษัทได้อยู่

3.2.2 ผลทางภาษีเกี่ยวกับการลดทุน

ตามมาตรา 40(4)(ง) แห่งประมวลรัษฎากร ได้กำหนดให้เงินลดทุนของบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเฉพาะส่วนไม่จ่ายเกินกว่าเงินกำไรและที่กันไว้รวมกันเข้าลักษณะเงินได้พึงประเมินด้วย ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวหมายความว่า เงินลดทุนที่จะถือเป็นเงินได้ของผู้ถือหุ้นจะต้องเป็นการลดทุนที่มีการจ่ายทุนคืนให้ผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วน และเงินลดทุนและจ่ายคืนให้หุ้นจะต้องเป็นจำนวนเงินอยู่ในวงเงินผลกำไรของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีอยู่ในขณะนั้นรวมกับเงินต่าง ๆ ที่กันไว้จากกำไร เช่น เงินสำรองตามกฎหมาย เป็นต้น สาเหตุที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ก็เนื่องมาจากความตั้งใจในการป้องกันการเลี่ยงภาษีโดยการลดทุนแทนการจ่ายเงินปันผล ในทางปฏิบัติ กรมสรรพากร

ได้ตอบข้อหาหรือหลายฉบับอันทำให้เข้าใจได้ว่าการลดทุนแม้ว่าจะไม่ได้จ่ายเงินลดทุนส่วนที่เป็นกำไรสะสมและหรือเงินสำรองตามกฎหมายออกไป แต่หากบริษัทมีเงินกำไรสะสมและเงินสำรองตามกฎหมาย ก็ย่อมจะเกิดเงินได้พึงประเมินอันจะต้องเสียภาษีแล้ว⁶

ผลจากการที่บริษัทลดทุนโดยมีกำไรสะสมจะทำให้บริษัทผู้จ่ายเงินลดทุนมีหน้าที่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายตามมาตรา 50(2) แห่งประมวลรัษฎากรในกรณีที่ผู้รับเงินได้เป็นบุคคลธรรมดาและผู้รับเงินได้จะต้องนำไปรวมคำนวณเพื่อยื่นเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาประจำปีต่อไป ทั้งนี้ ภาษีหัก ณ ที่จ่ายสำหรับเงินได้อันเป็นเงินลดทุนจะไม่สามารถใช้เครดิตภาษีได้ และผู้มีเงินได้ก็ไม่สามารถเลือกที่จะให้ภาษีหัก ณ ที่จ่ายดังกล่าวเป็นภาษีสุดท้ายได้อีกด้วย

4. บทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา 4125/2564

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4125/2564 นั้นจะเห็นได้ว่ามีประเด็นปัญหาทางกฎหมายภาษีที่จะต้องพิจารณาคำพิพากษาว่าเงินได้ที่โจทก์จ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นนั้นควรถือเป็นเงินได้อันมีลักษณะเป็นเงินปันผลตามมาตรา 40(4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากร หรือเป็นเงินได้จากการลดทุนตามมาตรา 40(4)(ง) แห่งประมวลรัษฎากรเนื่องจากเงินได้แต่ละประเภทมีผลทางภาษีที่ไม่เหมือนกัน

ประการแรก ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าเงินปันผลจะต้องจ่ายจากกำไร และเงินลดทุนจะมีลักษณะเป็นเงินที่จ่ายแล้วส่วนของเจ้าของลดลงไป โดยศาลได้วินิจฉัยต่อไปว่า “...แม้ภายหลังจากการจดทะเบียนลดทุนแล้วที่ประชุมผู้ถือหุ้นของโจทก์เห็นชอบให้ออนเงินสำรองตามกฎหมายจำนวน 32,625,000 บาท เป็นกำไรสะสมที่ยังไม่จัดสรร ก็ยังคงเป็นเงินที่ส่วนหนึ่งของเจ้าของลดลง ดังนั้น การจ่ายเงินลักษณะนี้ไม่ว่าจะถือได้ว่าเป็นการจ่ายเงินปันผลหรือส่วนแบ่งของกำไรที่ได้จากกิจการหรือเนื่องจากกิจการของบริษัทตามมาตรา 40(4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากร...” คำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าว ศาลฎีกามีได้วินิจฉัยว่าการโอนเงินสำรองตามกฎหมายส่วนที่เกินกว่าที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดสามารถกระทำหรือไม่ แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าถึงแม้โจทก์โอนเงินสำรองตามกฎหมายไปเป็นกำไรสะสมที่ยังไม่ได้จัดสรรอันถือเป็นส่วนหนึ่งของส่วนของผู้ถือหุ้น ย่อมตีความได้ว่าเป็นเงินที่จ่ายแล้วส่วนของเจ้าของลดลงไปอันถือว่าเป็นสาระสำคัญของเงินลดทุน ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับเหตุผลของคำวินิจฉัยดังกล่าว และเห็นว่าการวินิจฉัยเช่นนี้อาจจะก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ กล่าวคือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับงบการเงินของบริษัท จะมีองค์ประกอบสามส่วน ได้แก่ สินทรัพย์ หนี้สิน และส่วนของผู้ถือหุ้น (หรือ ส่วนของผู้ถือหุ้น) โดยส่วนของผู้ถือหุ้นจะประกอบไปด้วย ทุนจดทะเบียน ส่วนเกินทุน กำไรสะสมที่ยังไม่ได้จัดสรร และกำไรสะสมที่จัดสรรแล้วหรือเงินสำรองตามกฎหมาย

⁶ข้อหาหรือกรมสรรพากรเลขที่ กค 0702/4952 ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2559.

หากตีความว่ากำไรสะสมที่ยังไม่ได้จัดสรรเป็นส่วนหนึ่งของเจ้าของ เมื่อเกิดการจ่ายออกจึงเป็นการจ่ายเงินได้พึงประเมินประเภทเงินลดทุนซึ่งจ่ายจากส่วนที่ไม่เกินกว่ากำไรหรือเงินที่กันไว้รวมกันตามมาตรา 40(4)(ง) แห่งประมวลรัษฎากร ก็จะถือว่าเงินกำไรทั้งหมดที่จ่ายเป็นเงินลดทุนและจะไม่มีเงินได้ประเภทเงินปันผลหรือส่วนแบ่งกำไรตามมาตรา 40(4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากรอีกต่อไป

ประการต่อมา การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยให้เงินที่โจทก์จ่ายดังกล่าวเป็นเงินได้จากเงินลดทุนตามมาตรา 40(4)(ง) แห่งประมวลรัษฎากร ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่า การวินิจฉัยดังกล่าวอาจก่อให้เกิดภาษีซ้อนในเชิงเศรษฐกิจอันอาจส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียภาษี ตามที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 3.1.2 แล้วว่า ภาษีซ้อนในเชิงเศรษฐกิจ (Economic Double Taxation) คือ กรณีที่เงินได้ก่อนเดิยกันถูกรัฐจัดเก็บภาษีมากกว่าหนึ่งครั้ง ในกรณีตามคำพิพากษา โจทก์มีการลดทุนและหักภาษี ณ ที่จ่ายไปแล้ว เมื่อมีการโอนเงินสำรองตามกฎหมายในจำนวนที่ได้หักภาษี ณ ที่จ่ายในรอบแรกไว้แล้วไปเป็นกำไรสะสมที่ยังไม่ได้จัดสรร และจ่ายเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นก็ยังมีภาระภาษีในจำนวนเดียวกัน ซึ่งศาลฎีกาได้อธิบายในประเด็นท้ายว่าฐานภาษีก็คือกำไรสะสมและเงินสำรองตามกฎหมายทั้งจำนวนที่โจทก์ได้หักภาษี ณ ที่จ่ายไว้ก่อนหน้านี้แล้ว ดังนั้น การตีความของศาลฎีกาให้เงินได้จำนวนเดียวกันต้องเสียภาษีถึงสองครั้งอาจเป็นการตีความที่ก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่ผิดปกติ

ประการสุดท้าย ในกรณีของการจ่ายเงินปันผลก็สามารถที่จะมองว่าเกิดภาษีซ้อนในเชิงเศรษฐกิจได้เช่นกัน หากแต่ประมวลรัษฎากรได้กำหนดวิธีการบรรเทาภาระภาษีซ้อนในเชิงเศรษฐกิจไว้โดยการให้ผู้มีเงินได้เลือกเสียภาษีหัก ณ ที่จ่ายสำหรับเงินปันผล หรือเครดิตเงินปันผลตามมาตรา 47 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรได้ การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยให้เงินดังกล่าวถือเป็นเงินลดทุนตามมาตรา 40(4)(ง) แห่งประมวลรัษฎากรย่อมก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่ทำให้ผู้มีเงินได้ไม่สามารถใช้วิธีการบรรเทาภาระภาษีซ้อนที่กฎหมายกำหนดให้ได้

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การพิจารณาถึงผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นภายหลังจากการออกคำพิพากษาเป็นสิ่งที่ผู้พิพากษาผู้พิจารณาคดีจะต้องพึงระลึกถึงอยู่เสมอ เพราะมิฉะนั้นแล้วอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียภาษีอันเป็นการขัดต่อหลักภาษีอากรที่ดี ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4125/2564 นอกจากนี้เพื่อมิให้เกิดปัญหาดังเช่นว่านี้อีกในอนาคต การวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายภาษีไม่ว่าประเด็นใดก็ตามควรมีการให้เหตุผลโดยมีหลักคิดทางทฤษฎี ตลอดจนผลลัพธ์ที่คาดหวังได้ว่า จะเกิดขึ้นรองรับ ทั้งนี้ก็เพื่อยืนยันถึงความถูกต้องของหลักคิดทฤษฎีดังกล่าวและสะท้อนถึงการเป็นองค์กรตัวอย่างที่มีหน้าที่ในการปรับใช้และตีความกฎหมายโดยตรง อันจะทำให้การวินิจฉัยในคดีใดๆ ถูกต้องและชอบด้วยเหตุผลตามกฎหมาย

บรรณานุกรม

- ศิริธร แสงจันทร์. “ปัญหาภาษีเงินได้ระหว่างประเทศเกี่ยวกับเงินปันผล.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายภาษี, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- สหธร รัตนไพจิตร. รายงานวิจัย เรื่อง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการลดทุนในบริษัทจำกัด. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- ประมวลรัษฎากร.

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร กาโชน
2. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน
3. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์
4. นายสงวน ตีระไพบุณย์สิน

สำนักงานกฎหมาย
คณิศร แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด
สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด
นักวิชาการอิสระ
นักวิชาการอิสระ

บรรณาธิการ

1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิลา รักดีคง

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กองบรรณาธิการ

1. รองคณบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย
2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทรวรรณ ทองใหญ่
3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทร ธิมพ์ศิริ
4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดนพร จิตต์จรัสเกียรติ
5. อาจารย์ศศิประภา ศิสติ วรรณการ
6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี
7. นายณัฏฐ์ จิตสว่าง
8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันท์
9. นายสมชัย ฑีฆาอุตมากร
10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์
11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล
12. นายวรวิทย์ ทวาทสิน
13. นายนิรุฒ มณีพันธ์
14. นางสุมาพร (ศรีสุนทร) มานะสันต์
15. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์
16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย
17. นายณศุท กรองแก้วอาริยะ
18. นางสาวนริศรา สารรัตน์
19. นายเพชร ชื่นชม

มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
นักวิชาการอิสระ
สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
นักวิชาการอิสระ
ศาลยุติธรรม
สำนักงานอัยการสูงสุด
บริษัท อลงกรณ์ กฎหมายธุรกิจ จำกัด
ศาลยุติธรรม
การรถไฟแห่งประเทศไทย
กระทรวงการคลัง
มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 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 นิ้วของ บรรทัดถัดไป

6. การอ้างอิงเชิงอรรถ ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์ วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

เชิงอรรถ

คำว่า “เชิงอรรถ” ให้จัดด้านล่างหน้ากระดาษ ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้อง สอดคล้องกับหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัย รามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย...,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่ พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่ พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี)/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน,/“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์,/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน,/ชื่อเรื่อง/[Online], Available URL:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/ (เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนเชิงอรรถ สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ [www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/ Samplethesis-niti260353.doc](http://www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc)

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษให้ใช้ ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์ สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ใน*/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย** .../เลขหน้า. ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์./“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีที่พิมพ์.
- 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 การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้พิมพ์
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความหนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ อ่านง่ายและสร้างองค์ความรู้ใหม่
5. ผู้พิมพ์ต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด
6. ต้นฉบับบทความที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องและคุณภาพทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชา ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจากหลายสถาบัน จำนวน 3 ท่าน ที่ไม่มีส่วนได้เสียกับผู้พิมพ์ และเป็นการ peer review แบบ double blinded
7. เมื่อผู้พิมพ์ได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้พิมพ์ในลำดับถัดไป

ค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์

1. การตีพิมพ์บทความไม่มีค่าใช้จ่ายในกรณีบทความได้รับอนุมัติตีพิมพ์
2. ในกรณีผู้พิมพ์ขอถอนบทความออกจากกระบวนการตีพิมพ์ โดยบทความได้ผ่านการพิจารณาประเมินบทความจากผู้ทรงคุณวุฒิแล้วหรือกรณีผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาประเมินบทความ ปฏิเสธการตีพิมพ์บทความ ผู้พิมพ์บทความจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าธรรมเนียมในส่วนของการตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาประเมินบทความเป็นจำนวนเงิน 3,000 บาท (สามพันบาทถ้วน) (1 บทความ x 3 ผู้ทรงคุณวุฒิ x 1,000 บาท) โดยโอนเข้าบัญชีธนาคารออมสิน ชื่อบัญชี ม.ร.คณະนิตศาสตร์ (เงินรับฝาก) เลขที่บัญชี 020002540464

จริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสารรามคำแหงฉบับนิติศาสตร์ (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 โดยการ ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

1.3 หากในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ บรรณาธิการตรวจพบการคัดลอกผลงาน บรรณาธิการจะต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้พิมพ์หลักทันที เพื่อขอคำชี้แจงเพื่อประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้น ๆ

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

1.5 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลของผู้พิมพ์และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

1.6 ในการคัดเลือกบทความตีพิมพ์ บรรณาธิการต้องตัดสินใจเลือกบทความหลังจากผ่านกระบวนการประเมินบทความแล้ว โดยพิจารณาจากความใหม่ ความสำคัญ ความชัดเจน ของเนื้อหาที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารเป็นสำคัญ

1.7 บรรณาธิการต้องไม่มีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้พิมพ์และผู้ประเมิน

1.8 บรรณาธิการต้องตีพิมพ์บทความที่ไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่แหล่งตีพิมพ์อื่น

2. บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้น เป็นผลงานใหม่และไม่มีการส่งให้วารสารอื่น พิจารณาตีพิมพ์ในช่วงเวลาเดียวกัน

2.2 ผู้นิพนธ์จะต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง ให้ปรากฏในผลงานของตน หากมีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้ในผลงานของตน รวมทั้งจัดทำรายการอ้างอิงท้ายบทความ

2.3 ผู้นิพนธ์ต้องเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยโดยให้เป็นไปตามข้อกำหนดของวารสารนี้ และถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้ใน “คำแนะนำการตีพิมพ์”

2.4 ผู้นิพนธ์ร่วม (Co-author) ทุกคนที่มีชื่อปรากฏในบทความ จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยจริง

2.5 ผู้นิพนธ์ต้องรายงานข้อเท็จจริงและผลที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัย โดยไม่ควรมีการบิดเบือนข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ

2.6 ในกรณีที่เขียนบทความวิจัย ผู้นิพนธ์ต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนในการทำวิจัยนี้

3. บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ (Duties of Reviewers)

3.1 เมื่อผู้ประเมินบทความได้รับบทความจากบรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความทราบอยู่แล้วว่า ตนเองอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์ เช่น เป็นผู้ร่วมโครงการ หรือรู้จักผู้นิพนธ์เป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลอื่น ๆ ที่อาจทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้น ๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญโดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขานั้น ๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยไม่ควรใช้ความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบทความหรืองานวิจัยนั้น ๆ

3.3 หากผู้นิพนธ์มีได้อ้างถึงผลงานวิจัยที่สำคัญ ๆ และสอดคล้องกับบทความเข้าไปในการประเมินบทความ ผู้ประเมินบทความต้องระบุเข้าไปในบทความที่กำลังประเมินด้วย เพื่อให้บทความเกิดคุณค่าในเชิงวิชาการเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ หากมีส่วนใดของบทความที่มีความเหมือน หรือซ้ำซ้อนกับผลงานชิ้นอื่น ๆ ผู้ประเมินบทความต้องแจ้งให้บรรณาธิการทราบด้วย

3.4 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ ผู้ประเมินบทความต้องรักษาความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลบางส่วนหรือทุกส่วนของบทความที่ส่งมาเพื่อพิจารณาแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

RAMKHAMHAENG LAW JOURNAL

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

www.lawjournal.ru.ac.th

www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

ผ่านการรับรองคุณภาพของ TCI กลุ่มที่ 2