



ปีที่ 13 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2567

Vol. 13 Issue 2 July - December 2024



RAMKHAMHAENG LAW JOURNAL

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

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



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 13 ฉบับที่ 2

สารนายกสภามหาวิทยาลัย

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีวัตถุประสงค์ที่จะนำเสนอผลงานวิจัย และบทความวิชาการที่มีคุณภาพสู่สาธารณชนในด้านนิติศาสตร์ และยังมีความมุ่งมั่นที่จะพัฒนาและการยกระดับคุณภาพของวารสารให้มีมาตรฐานมากยิ่งขึ้น เพื่อเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่องค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาและวิจัย อันเป็นประโยชน์แก่นักกฎหมายที่จะนำมาค้นคว้าอ้างอิงและนำไปใช้ประโยชน์ต่อไป ดังนั้น กองบรรณาธิการวารสาร จึงคัดเลือกบทความที่มีคุณภาพและได้มาตรฐานทางวิชาการ โดยนำมาตีพิมพ์อย่างต่อเนื่องให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว เพื่อสร้างคุณค่าสู่สังคมต่อไป



ในนามของสภามหาวิทยาลัย ขอขอบคุณผู้มีส่วนร่วมในการผลิตวารสารที่มีคุณภาพฉบับนี้ ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้คณาจารย์ นักศึกษาทุกท่าน ตลอดจนคณะผู้จัดทำวารสารทุกท่าน จงมีแต่ความสุข ประสบแต่สิ่งดีงาม สิ่งที่เป็นมงคล มีสุขภาพพลานามัยแข็งแรง ปราศจากโรคภัยไข้เจ็บและภัยอันตรายทั้งปวง นึกถึงสิ่งใดขอให้สมความปรารถนาและที่สำคัญร่วมกันทำประโยชน์ให้กับมหาวิทยาลัยและประเทศชาติต่อไป

(นายวีระพล ตั้งสุวรรณ)

นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

เนื่องจากองค์ความรู้ด้านนิติศาสตร์มีการพัฒนาและก้าวหน้าเป็นอย่างมาก ทำให้นักวิชาการมีการค้นคว้าและวิจัยตลอดเวลา จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะนำองค์ความรู้เหล่านี้มาเผยแพร่สู่สาธารณชน เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศชาติ ดังนั้น มหาวิทยาลัยรามคำแหง จึงสนับสนุนและขอแสดงความชื่นชมคณะนิติศาสตร์ ที่ได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ขึ้นเป็นประจำทุกปี ซึ่งนับเป็นปีที่ 13 แล้ว ที่คณะนิติศาสตร์มีความมุ่งมั่นพัฒนาและสร้างสรรค์วารสารที่มีผลงานทางวิชาการและวิจัยด้านนิติศาสตร์ให้มีมาตรฐานสู่สากลยิ่งขึ้นไป เพื่อเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการและเป็นการกระตุ้นให้นักกฎหมายและนักวิชาการให้มีส่วนร่วมและสนใจในการสร้างสรรค์ผลงานทางวิชาการมากขึ้น

ในนามของมหาวิทยาลัยรามคำแหง ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพรวมทั้งบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้งคณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารนิติศาสตร์รามคำแหง มีสุขภาพกายสมบูรณ์แข็งแรงและจิตใจที่เข้มแข็งปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวง มีความสุข ประสงค์สิ่งใด ขอให้ได้สมหวังตามที่ตั้งใจทุกประการ



สม.พ.

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)
ประธานกรรมการส่งเสริมกิจการมหาวิทยาลัย
กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง รักษาการแทน
อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคนบตีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ฉบับนี้เป็นปีที่ 13 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม-ธันวาคม 2567 เป็นฉบับที่คณะผู้จัดทำวารสารทุกท่านทำงานด้วยความทุ่มเทมุ่งมั่นตั้งใจเพื่อให้วารสารฉบับนี้ออกมาโดยสมบูรณ์และมีคุณภาพ โดยกองบรรณาธิการให้ความสำคัญกับการเผยแพร่ผลงานวิชาการและวิจัยในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อแลกเปลี่ยนองค์ความรู้ ความคิด ระหว่างนักกฎหมาย นักวิชาการ และผู้สนใจทั่วไป รวมถึงยังสามารถนำงานวิชาการและงานวิจัยไปศึกษาและประยุกต์ใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมต่อไป



ในนามคณะนิติศาสตร์ขอขอบคุณคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ที่ได้มุ่งมั่นพัฒนาและยกระดับวารสารให้มีคุณภาพและมาตรฐาน เพื่อเกิดประโยชน์แก่นักกฎหมาย นักวิชาการ นักศึกษา อันจะนำมาเพื่อการพัฒนางานกฎหมายต่อไป

ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพ รวมทั้งบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้งคณาจารย์ และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีสุขภาพกายสมบูรณ์ แข็งแรงและจิตใจที่เข้มแข็ง ปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวง มีความสุข ประสงค์สิ่งใด ขอให้ได้สมหวังตามที่ตั้งใจทุกประการ

พพญ-๗

(รองศาสตราจารย์นพคุณ คุณาชีวะ)

รองอธิการบดีฝ่ายนโยบายและแผน

กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง รักษาการแทน

คณบตีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

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

วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

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

บทบรรณาธิการ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้ดำเนินการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ เพื่อเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่องค์ความรู้ทางวิชาการและการวิจัยทางกฎหมายอย่างต่อเนื่อง สำหรับปี พ.ศ. 2567 กองบรรณาธิการได้รับเกียรติจากผู้สนใจส่งบทความเป็นจำนวนมาก โดยมีบทความที่มีคุณภาพและได้มาตรฐานทางวิชาการที่ผ่านการคัดเลือกจากกองบรรณาธิการและพิจารณาโดยผู้ทรงคุณวุฒิตีพิมพ์ในวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 13 ฉบับที่ 2 ทั้งสิ้น 10 บทความ ประกอบด้วยบทความวิชาการจำนวน 5 บทความ และบทความวิจัยจำนวน 5 บทความ

ในนามกองบรรณาธิการ ดิฉันขอขอบคุณผู้นิพนธ์ทุกท่านที่สละเวลาอันทรงคุณค่าในการสร้างสรรค์องค์ความรู้ทางกฎหมายถ่ายทอดผ่านงานเขียน และขอขอบคุณกองบรรณาธิการทุกท่านที่มุ่งมั่นตั้งใจจัดทำวารสารฉบับนี้ให้มีคุณภาพและได้มาตรฐานจนสำเร็จลุล่วงสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของวารสาร ยังคุณค่าสู่สังคมต่อไป

ขอขอบพระคุณ
บรรณาธิการ

สารบัญ

หน้า

บทความวิชาการ

ข้อจำกัดการคุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับงานที่สร้างโดยปัญญาประดิษฐ์: ความท้าทายและผลกระทบทางกฎหมาย สมชาย รัตน์เชื้อสกุล	1
การสู้รบทางไซเบอร์: Uncertainty ในกฎหมายระหว่างประเทศสู่ Uncharted ในกฎหมายไทย วิณัฏฐา แสงสุข และคณะ	41
ปัญหาที่ไม่ใช่ปัญหาในนิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัส อไควนัส: การตีความใหม่ซึ่งนิติปรัชญาของนักบุญโทมัส อไควนัส วรพจน์ สืบประเสริฐกุล	91
นิติปรัชญากรีกยุคโบราณ ปวริศร เลิศธรรมเทวี	119
ปัญหาในการนำหลัก Principal Purpose Test มาใช้ในประเทศไทย สรรพร สรรพัชญา	161

บทความวิจัย

หน้าที่ในการบอกกล่าว เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม ธชธร ประดั่งถาโต	187
การกำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับผู้ประกอบการเพื่อป้องกันความรุนแรง ในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ วัชรพงศ์ ค่อยจะโปะ	225
บทบาทของพนักงานอัยการต่อการดำเนินคดีอาญาในคดีแข่งขันทางการค้า พลิษฐ์ อันทรินทร์ นิสิต อินทมาโน	267
มาตรการทางกฎหมายอาญาในการควบคุมผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส ภาณุ ตติยะวรรณันท์	293
การใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐ กับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นิติณัฐ นุเวศวงษ์กมล	321

ข้อจำกัดการคุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับงานที่สร้าง
โดยปัญญาประดิษฐ์: ความท้าทาย
และผลกระทบทางกฎหมาย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์เชื้อสกุล

ข้อจำกัดการคุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับงานที่สร้างโดยปัญญาประดิษฐ์:
ความท้าทายและผลกระทบทางกฎหมาย
The Limitation of Copyright Protection for AI-Generated Works:
Legal Challenge and Implications

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื้อสกุล*
Assistant Professor Dr.Somchai Ratanachueskul

บทคัดย่อ

บทความนี้ศึกษาผลกระทบสำคัญของปัญญาประดิษฐ์ (AI) ต่อกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยเน้นประเด็นการใช้ผลงานที่มีลิขสิทธิ์เพื่อฝึก AI (ปัญหาด้านข้อมูลนำเข้า) และประเด็นสถานการณ์คุ้มครองลิขสิทธิ์ของผลงานที่เกิดจาก AI (ปัญหาด้านผลงานที่เกิดขึ้น) ซึ่งได้กล่าวถึงความท้าทายและประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นเหล่านี้ โดยเน้นบทบาทของความคิดสร้างสรรค์ และความคิดริเริ่มของมนุษย์ในผลงานที่สร้างด้วยการช่วยเหลือของ AI

บทความนี้เริ่มต้นด้วยการพิจารณากระบวนการฝึก AI โดยการใช้ข้อมูลที่มีลิขสิทธิ์เพื่อพัฒนา AI และศึกษากฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ญี่ปุ่น และ

*นักวิชาการอิสระ; ที่ปรึกษากฎหมาย; อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ฯ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. (กฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.ด. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: somchaiak@yahoo.com

Independent scholar; legal consultant; former Dean of the Faculty of Law, Dhurakij Pundit University; LL.B. (Second-Class Honors) Ramkhamhaeng University; LL.M. in Business Law, Thammasat University; LL.D. Thammasat University.

ผู้เขียนขอขอบคุณอาจารย์สงคราม โพธิ์วิไล ที่ให้คำแนะนำในประเด็นการอัดภาพฟิล์มเนกาตีฟ คุณภาณุทัต เตชะเสน และคุณสมิธวัฒน์ บุญชัย ที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการทำงานของปัญญาประดิษฐ์.

I would like to thank Professor Songkram Povilai for his advice on the issue of negative film recording, Mr.Panutat Techasen and Mr.Smithwat Boonchai for their guidance on the workings of artificial intelligence.

วันที่รับบทความ (received) 29 เมษายน 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 6 พฤษภาคม 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 14 มิถุนายน 2567.

สาธารณรัฐประชาชนจีน และกล่าวถึงการแก้ไขปัญหาคopyright การใช้ข้อมูลที่มีลิขสิทธิ์สำหรับฝึก AI ในเขตอำนาจศาลต่าง ๆ

จากนั้นบทความได้กล่าวถึงสถานะลิขสิทธิ์ของผลงานที่เกิดจาก AI โดยวิเคราะห์แนวคิดเกี่ยวกับผู้สร้างสรรค์ ความคิดสร้างสรรค์ และความคิดริเริ่ม และพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลจากหลายประเทศที่เริ่มรับรองบทบาทสำคัญของการมีส่วนร่วมของมนุษย์ในผลงานที่เกิดจาก AI

นอกจากนี้ บทความยังกล่าวถึงผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการใช้ผลงานที่มีลิขสิทธิ์เพื่อฝึก AI และเสนอแนะแนวทางทางกฎหมายที่เป็นไปได้ในการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์กับความต้องการในการพัฒนาเทคโนโลยี ซึ่งรวมถึงการตีความกฎหมาย แก้ไขกฎหมายและการจัดตั้งองค์กรบริหารจัดการสิทธิ์กลาง

โดยสรุป บทความนี้เสนอกรอบกฎหมายที่ยืดหยุ่น ซึ่งสนับสนุนนวัตกรรมทางเทคโนโลยี ขณะเดียวกันก็ปกป้องสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเสนอว่า การใช้สิทธิ์ของผู้ใช้ และวิธีการทางกฎหมายที่ไม่เคร่งครัดอาจเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาคopyright ที่เป็นไปได้

คำสำคัญ: ปัญญาประดิษฐ์, งานที่สร้างโดยปัญญาประดิษฐ์, การใช้โดยธรรม

Abstract

This study explores the significant impact of Artificial Intelligence (AI) on copyright law, focusing on two main issues: the use of copyrighted works to train AI (input problem) and the copyright eligibility of AI-generated works (output problem). It addresses the legal challenges and debates surrounding these issues, emphasizing the role of human creativity and originality in works created with AI assistance.

Initially, the training processes of AI are examined, highlighting the complexities involved in using copyrighted data for AI development. A review of various international legal frameworks, including those of the United States, European Union, Japan, and China, is provided to discuss how different jurisdictions address the use of copyrighted materials for AI training.

Subsequently, the analysis shifts to the copyright status of AI-generated works, scrutinizing the concepts of authorship, creativity, and originality. Court decisions from multiple countries that have begun to recognize the significant role of human input in AI-generated works are considered.

Economic implications of using copyrighted works for AI training are also discussed, with potential legal approaches suggested to balance the rights of copyright owners with the need for technological advancement. These approaches include reinterpretation of existing laws, legislative amendments, and the establishment of a centralized licensing organization.

In conclusion, this study argues for a flexible legal framework that supports technological innovation while protecting the rights of copyright owners, proposing that user rights and soft law approaches may offer practical interim solutions.

Keywords: artificial intelligence, ai-generated works, fair use

1. บทนำ

ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence - AI) เป็นความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีครั้งสำคัญของมนุษยชาติ และปัจจุบันเป็นเครื่องมือที่คนทั่วไปเข้าถึงและใช้ได้ง่าย ความสามารถที่เพิ่มขึ้นทั้งในด้านภาษา (AI Text) หรือศิลปะ (AI Art) มนุษย์จึงใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างสรรค์งานต่าง ๆ ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครอง โดยเฉพาะงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ทำให้อาจกระทบต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์อื่นได้ เช่น การนำงานที่มีลิขสิทธิ์ไปฝึกปัญญาประดิษฐ์ (input problem) อาจถือว่าทำซ้ำข้อมูล (making copies) กระทบสิทธิในการทำซ้ำ (reproduction right) หรือกรณีงานที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างขึ้นนั้นเหมือนหรือคล้ายกับงานที่ใช้ฝึกปัญญาประดิษฐ์ อาจกระทบสิทธิผลิตงานสืบเนื่อง (right to create derivative works) และปัญญาประดิษฐ์ยังอาจสร้างงานในแบบลักษณะ (style) เดียวกับศิลปินคนใดคนหนึ่งได้โดยงานนั้นไม่ซ้ำกับงานที่ศิลปินคนนั้นเคยสร้างสรรค์ขึ้น จะถือว่าได้รับยกเว้นตามหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) หรือไม่

งานที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างขึ้น (output problem) ยังถกเถียงกันว่า มนุษย์เป็นผู้สร้างขึ้นหรือไม่ การป้อนคำสั่ง (prompt) ให้ปัญญาประดิษฐ์ถึงระดับเป็นการสร้างสรรค์ (creativity) ได้หรือไม่ หรือถือว่างานนั้นเกิดจากความคิดริเริ่ม (Originality) ของผู้ป้อนคำสั่งได้หรือไม่¹

กฎหมายลิขสิทธิ์มีมานานับร้อยปีและพัฒนาผ่านการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีหลายครั้ง เช่น การเกิดขึ้นของกล้องถ่ายภาพทั้งฟิล์มและดิจิทัล เครื่องถ่ายเอกสาร เทปคาสเซ็ท วิดีโอเทป ระบบแลกเปลี่ยนไฟล์ (peer-to-peer) ฯลฯ นวัตกรรมเหล่านี้ล้วนผลักดันให้กฎหมายลิขสิทธิ์ต้องพัฒนาและเปลี่ยนแปลงให้ทันต่อเทคโนโลยี บัดนี้ ปัญญาประดิษฐ์เป็นเทคโนโลยีใหม่ที่ท้าทายกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ต้องปรับตัวอีกครั้งหนึ่ง

บทความนี้ มุ่งแสดงให้เห็นถึงปัญหาและข้อจำกัดของกฎหมายลิขสิทธิ์ในปัจจุบันกับประเด็นงานที่สร้างโดยปัญญาประดิษฐ์ โดยแบ่งปัญหาเป็น การนำงานลิขสิทธิ์ไปใช้ฝึก (train) ปัญญาประดิษฐ์โดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ (input problem) และ งานที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างขึ้นเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์หรือไม่ (output problem) บทความนี้แบ่งเนื้อหาเป็น สี่ส่วน ส่วนแรกกล่าวถึงกระบวนการฝึก (train) ปัญญาประดิษฐ์ทั้งปัญญาประดิษฐ์ด้านภาษา (AI Text) และด้านศิลปะ (AI Art) จากนั้นจะกล่าวถึงหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับ “ผู้สร้างสรรค์” (creator) “การสร้างสรรค์” (creative) และ “ความคิดริเริ่ม” (originality) ทั้งของต่างประเทศและ

¹การนำข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ข้อมูลประวัติบุคคล หรือภาพบุคคล เป็นต้น มาใช้ฝึกปัญญาประดิษฐ์นั้น อาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล อย่างไรก็ตาม ประเด็นการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอยู่นอกเหนือขอบเขตของบทความนี้

ประเทศไทย รวมทั้ง คำวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศ จากนั้นจะวิเคราะห์ปัญหาภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย และส่วนสุดท้ายจะเป็นข้อเสนอแนะ

2. ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence - AI)

การเข้าใจการฝึกและการทำงานของปัญญาประดิษฐ์ จะช่วยให้เชื่อมโยงกระบวนการทำงานนั้นกับประเด็นกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ถูกต้อง ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึง กระบวนการทำงานของปัญญาประดิษฐ์ดังนี้

ปัญญาประดิษฐ์ที่แพร่หลายในปัจจุบันแบ่งได้เป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรก ปัญญาประดิษฐ์ที่พัฒนาเน้นให้ข้อมูลเป็นข้อความ (Text) เช่น ChatGPT², Bart ปัจจุบันเปลี่ยนเป็น Gemini หรือ Claude 3³ ปัญญาประดิษฐ์อีกกลุ่มพัฒนาให้สร้างงานศิลปะ (AI Art) เช่น Dall E, Midjourney, Stable diffusion ปัจจุบันการพัฒนาปัญญาประดิษฐ์ให้มีความสามารถเพิ่มขึ้นยังมีอย่างต่อเนื่อง เช่น ChatGPT สามารถสร้างภาพจากข้อความคำสั่ง (prompt) ที่มนุษย์ป้อนให้ได้ หรือ Lora ที่สร้างคลิปวิดีโอจากข้อความได้ (text to video) เป้าหมายสำคัญของการพัฒนาต่อไป คือ ปัญญาประดิษฐ์แบบทั่วไป (Artificial General Intelligence - AGI) หรือปัญญาประดิษฐ์แบบเข้ม (Strong AI) หรือปัญญาประดิษฐ์เต็มรูปแบบ (Full AI) ที่ทำงานได้เทียบเท่ามนุษย์ อย่างไรก็ตาม ก่อนที่ปัญญาประดิษฐ์จะทำงานตามคำสั่งได้ การฝึกเป็นปัจจัยสำคัญ การฝึกจะต้องใช้ข้อมูลจำนวนมาก เมื่อการฝึกเสร็จสิ้นปัญญาประดิษฐ์นั้น (pre-trained model) จะพร้อมฝึกขั้นต่อไป ที่เรียกว่า fine-tuned ด้วยข้อมูลเฉพาะเพื่อให้ปัญญาประดิษฐ์ทำงานเฉพาะด้านได้ เช่น ฝึกเพิ่มด้วยข้อมูลทางการแพทย์เฉพาะทาง หรือข้อมูลกฎหมาย เป็นต้น

²ChatGPT ย่อมาจาก Generative Pre-trained Transformer เป็นโมเดลภาษาปัญญาประดิษฐ์ขั้นสูงพัฒนาโดย OpenAI โดยใช้โครงข่ายประสาทเทียมที่มีพารามิเตอร์ 1.75 แสนล้านพารามิเตอร์ที่ช่วยในการวิเคราะห์คำสั่งและตอบสนองได้เหมือนมนุษย์ ผู้สนใจรายละเอียดการทำงานของ ChatGPT โปรดดู Harry Guinness, **How Does ChatGPT Work?** [Online], available URL: <https://zapier.com/blog/how-does-chatgpt-work/>, 2023 (December, 26).

³Claude 3 ถูกกล่าวถึงว่ามีความสามารถสูงกว่า ChatGPT4 โปรดดู Techsauce team, **โมเดล Claude 3 ฉลาดที่สุดในตอนนี้ เก่งกว่า GPT-4 และพูดไทยได้ดีกว่า Gemini** [Online], available URL: <https://techsauce.co/tech-and-biz/get-to-know-claude-3--the-smartest-ai-model>, 2024 (April, 28).

2.1 ปัญญาประดิษฐ์ด้านภาษา (AI text)

ChatGPT เป็นปัญญาประดิษฐ์ด้านภาษา (Large Language Models - LLMs) ที่ได้รับความนิยมมากที่สุดในปัจจุบันทั้งในแง่ความง่ายในการใช้งาน และ ChatGPT 3.5 เปิดให้ใช้ได้โดยไม่มีค่าใช้จ่าย ในการทำงาน ChatGPT จะทำความเข้าใจคำสั่ง (prompt) และคาดเดา (predict) คำตอบที่ดีที่สุดจากข้อมูลมหาศาลที่นำมาใช้ฝึกปัญญาประดิษฐ์ ดังนั้น การฝึก (train) ปัญญาประดิษฐ์ จึงเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุด (อักษร “P” ใน GPT หมายถึง การฝึกฝนล่วงหน้า pre-trained) ที่ทำให้ ChatGPT ทำตามข้อความคำสั่งที่ป้อนให้ได้

การฝึกจะใช้วิธี “supervised learning” โดยป้อนทั้งข้อมูลคำถามและคำตอบ วิธีนี้ได้ผลระดับหนึ่งแต่เสียเวลาและค่าใช้จ่ายสูง จึงเปลี่ยนมาใช้วิธีป้อนข้อมูลจำนวนมหาศาล⁴ และให้ปัญญาประดิษฐ์ค่อย ๆ เรียนรู้ทำความเข้าใจรูปแบบ (pattern) ความสัมพันธ์ของข้อมูลที่ป้อนให้ (unsupervised) คำตอบที่ได้จึงอาจต่างกันขึ้นกับการคาดเดาของปัญญาประดิษฐ์ที่คิดว่าเป็นคำตอบที่ดีที่สุด คำตอบที่ได้ในช่วงแรกจะคลาดเคลื่อนสูง แต่เมื่อผู้ใช้ป้อนกลับความเห็นต่อคำตอบที่ได้รับ (feed-back) และใช้ระบบให้รางวัล (reward) เมื่อตอบถูกต้อง ปัญญาประดิษฐ์จะเรียนรู้ว่าคำตอบใดดีที่สุด กระบวนการนี้ว่า Reinforcement learning from human feedback (RLHF)

วิธีฝึกดังกล่าวทำให้ปัญญาประดิษฐ์มีกระบวนการคิดและประมวลผลซับซ้อนในลักษณะคล้ายสมองมนุษย์ เรียกว่าโครงข่ายประสาทเทียม (neural network)⁵ ทำให้ปัญญาประดิษฐ์ฉลาดมากขึ้น และเรียนรู้รูปแบบ (pattern) ความสัมพันธ์ของข้อมูลแล้วสร้างเป็นสมการพารามิเตอร์ และใช้ประมวลผลคำตอบให้มนุษย์

นอกจากนี้ กระบวนการ Transformer architecture (ตรงกับอักษร T ใน GPT) ทำให้ ChatGPT อ่านและทำความเข้าใจคำทุกคำในครั้งเดียว และเปรียบเทียบกับข้อมูลในฐานข้อมูลไปพร้อมกัน จึงย่นเวลาในการฝึกและลดค่าใช้จ่าย อย่างไรก็ตาม ChatGPT ไม่เข้าใจความหมายของคำเหมือนที่มนุษย์เข้าใจเพราะ Transformer จะเข้ารหัสกลุ่มตัวอักษรเป็น Vector เรียกว่า Token

⁴ChatGPT 3 ใช้ข้อมูลประมาณ 175 พันล้านพารามิเตอร์ ในขณะที่ ChatGPT 4 ใช้ข้อมูลประมาณ 1 ล้านล้านพารามิเตอร์ โปรดดู Matt Walsh, *ChatGPT Statistics – The Key Facts and Figures* [Online], available URL: <https://www.stylefactoryproductions.com/blog/chatgpt-statistics>, 2024 (February, 27).

⁵โครงข่ายประสาทเทียม (neural network) คือ โมเดลทางคณิตศาสตร์ หรือโมเดลทางคอมพิวเตอร์ โดยจะเป็นโครงข่ายที่มีความเชื่อมโยงกันหลายชั้น ได้แก่ input layer, hidden layer, และ output layer โปรดดูเพิ่มเติมใน Kasidis Satangmongkol, *เข้าใจการทำงานพื้นฐานของ Nuerons ใน Nueral Networks* [Online], available URL: <https://datarockie.com/blog/how-neurons-work/>, 2567 (มีนาคม, 2).

แต่ละ Token จะมีกลุ่มตัวอักษรประมาณ 4 ตัว ChatGPT จะเรียนรู้ความสัมพันธ์ของแต่ละ Token ทำให้ ChatGPT คาดเดาความเชื่อมโยงของข้อมูลก่อนหน้ากับที่จะแสดงผลต่อไป สังเกตได้จากคำตอบของ ChatGPT จะค่อย ๆ ปรากฏคำแต่ละคำเรียงจากซ้ายไปขวา ซึ่งต่างจากวิธีที่ปัญญาประดิษฐ์ด้านศิลปะ (AI Art) ใช้สร้างภาพซึ่งจะได้กล่าวต่อไป ด้วยปริมาณข้อมูลมหาศาลที่เรียนรู้ ประกอบกับคำสั่ง (prompt) ที่ป้อนเข้า ผ่านการประมวลผลโดยพิจารณาถึงค่าและน้ำหนัก (value and weight) และค่าพารามิเตอร์ที่มีมากกว่า 1 ล้านล้านพารามิเตอร์ที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างขึ้นจากการเรียนรู้รูปแบบ (pattern) ความสัมพันธ์ของข้อมูลมหาศาล ทำให้ ChatGPT จะประมวลผลที่ตรงกับสิ่งที่ผู้ป้อนคำสั่งต้องการมากที่สุดได้

GPT-3 Codex

GPT-3 (Generative Pre-trained Transformer 3) uses a process called tokenization to break down text. Many words map to single tokens, though longer or more complex words often break down into multiple tokens. On average, tokens are roughly 4 characters long.

Clear Show example

Tokens	Characters
56	258

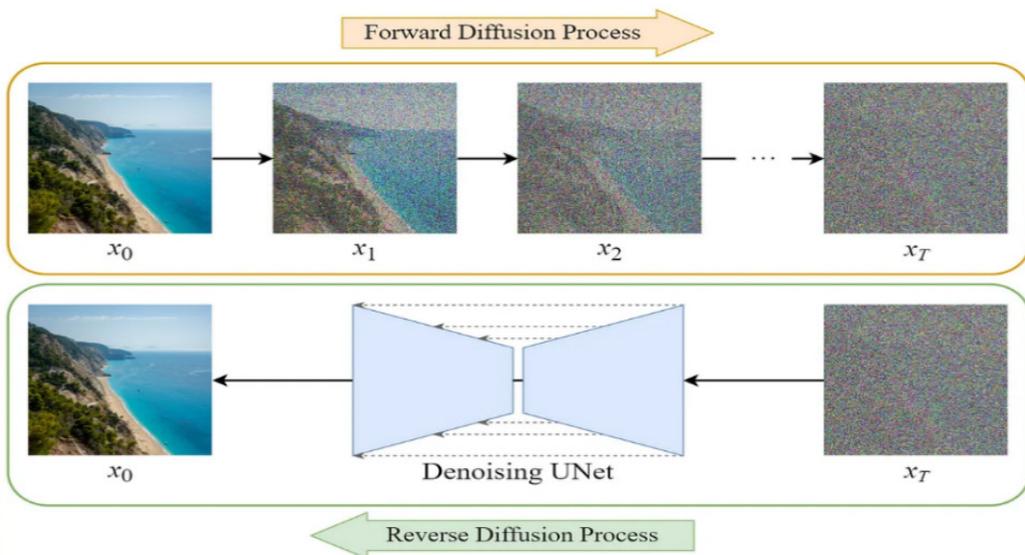
GPT-3 (Generative Pre-trained Transformer 3) uses a process called tokenization to break down text. Many words map to single tokens, though longer or more complex words often break down into multiple tokens. On average, tokens are roughly 4 characters long.

TEXT TOKEN IDS

ที่มา: <https://zapier.com/blog/how-does-chatgpt-work/>

2.2 ปัญญาประดิษฐ์ด้านศิลปะ (AI art)

การฝึกปัญญาประดิษฐ์ให้สร้างรูปภาพใหม่ใช้ระบบ “เครือข่ายปฏิปักษ์” (Generative Adversarial Networks- GANs) เครือข่ายแรกเรียกว่า Generator สร้างภาพส่งให้อีกเครือข่ายหนึ่งเรียกว่า discriminator ตรวจสอบว่ามีข้อมูลปลอมปนอยู่หรือไม่ กระบวนการนี้จะทำซ้ำ ๆ จนทั้งสองเครือข่ายพัฒนาถึงสมดุล generator จะรู้ว่าสร้างภาพอย่างไรไม่ให้ discriminator ตรวจสอบ และ discriminator ก็รู้ว่าส่วนใดเป็นข้อมูลปลอม⁶ ต่อมาการฝึกเปลี่ยนมาใช้ระบบ Diffusion Model โดยเริ่มจากการป้อนข้อมูลภาพพร้อมคำอธิบายภาพนั้น ระบบจะเพิ่มเม็ดสี (noise) ครั้งละน้อย ๆ ลงในภาพหลายครั้ง (Forward diffusion process) จนภาพกลายเป็นเม็ดสีทั้งหมดไม่เห็นภาพตั้งต้นเลย จากนั้นปัญญาประดิษฐ์จะค่อย ๆ ลดจำนวนเม็ดสีครั้งละน้อย ๆ ตามจำนวนครั้งที่เม็ดสีถูกเพิ่ม (Reverse diffusion process) จนลบเม็ดสีที่เพิ่มออกได้ทั้งหมดและกลับมาเป็นภาพเดิมอีกครั้งหนึ่ง



ที่มา: <https://medium.com/@jaskaranbhatia/summarizing-the-evolution-of-diffusion-models-insights-from-three-research-papers-6889339eba4>

⁶ดูเพิ่มเติมใน Jason Brownlee, **A Gentle Introduction to Generative Adversarial Networks (GANs)** [Online], available URL: <https://machinelearningmastery.com/what-are-generative-adversarial-networks-gans/>, 2024 (January, 3).

ตัวอย่าง ภาพ x_0 เป็นภาพต้นฉบับและเพิ่มเม็ดสี (noise) ครั้งละน้อย ๆ เป็นภาพ x_1 x_2 ไปจนทั้งภาพเป็นเม็ดสีทั้งหมด (ภาพ X_T) เรียกว่า Forward diffusion process ต่อมา ปัญหาประดิษฐ์จะค่อย ๆ ลดเม็ดสี (noise) ตามกระบวนการย้อนกลับ โดยลดเม็ดสี (noise) จากภาพ X_T ... X_2 X_1 X_0 เรียกว่า Reverse diffusion process ในแต่ละขั้นจะมีการตรวจสอบว่าเม็ดสี (noise) ที่ลบออกในขั้นต่อนั้นเท่ากับเม็ดสี (noise) ที่ถูกเพิ่มขึ้นในขั้นนั้นหรือไม่ กระบวนการนี้จะทำให้ปัญหาประดิษฐ์รู้จักวิธีสร้างภาพด้วยการลดเม็ดสี (noise) จนได้ภาพที่ต้องการ เมื่อปัญหาประดิษฐ์ผ่านการเรียนรู้แบบนี้กับภาพจำนวนมหาศาล จึงสร้างภาพใหม่ได้ด้วยการผสมข้อมูลภาพจำนวนมหาศาลจนเป็นภาพใหม่ที่ไม่ซ้ำกับภาพที่ใช้ในการฝึก

ในการฝึกปัญหาประดิษฐ์จะไม่ได้บันทึกงาน หรือภาพที่ใช้ฝึกในหน่วยความจำ แต่ระบบจะแปลงงานหรือภาพและคำอธิบายภาพเป็นสมการคณิตศาสตร์ ปัญหาประดิษฐ์จะเรียนรู้รูปแบบ (pattern) ความสัมพันธ์ของสมการนั้น ประกอบกับค่าและน้ำหนัก (value and weight) คำสั่ง (prompt) และประมวลผลจากข้อมูลจำนวนมหาศาลและสร้างภาพขึ้น

เพื่อให้เกิดความเข้าใจมากขึ้น ผู้เขียนขอเปรียบเทียบการเรียนรู้ของปัญหาประดิษฐ์กับวิธีที่มนุษย์เรียนรู้วิวัฒนาการ เช่น คนที่เคยเห็นช้างหรือภาพช้างในหลายท่าทางเป็นจำนวนมากจะวาดภาพช้างได้จากความทรงจำ แต่บอกไม่ได้ว่าวาดขึ้นจากภาพใด หรือช้างตัวใด เพราะสมองมนุษย์ไม่ได้บันทึกภาพทุกภาพไว้ แต่จะจดจำลักษณะเด่นของช้างว่าต้องมีวง งา ลำตัวและใบหูใหญ่ ฯลฯ ทำให้คนวาดภาพช้างจากความทรงจำได้ เช่นเดียวกับปัญหาประดิษฐ์ที่ไม่ได้บันทึกภาพต้นฉบับที่ใช้ฝึกในหน่วยความจำ แต่รูปแบบ (pattern) ของช้างจะถูกเก็บเป็นสมการคณิตศาสตร์ (parameter) เมื่อถูกสั่งให้วาดภาพช้าง ก็จะวาดจากรูปแบบ (pattern) ของช้างว่าต้องมีวง งา ลำตัวและใบหูใหญ่ เช่นเดียวกัน

การเรียนรู้ของปัญหาประดิษฐ์ด้านข้อความ (AI text) และศิลปะ (AI art) ระบบจะย่อยและแปลงข้อมูลนำเข้า (input) เป็นสมการคณิตศาสตร์ ไม่ได้บันทึกหรือเก็บข้อมูลนั้นในหน่วยความจำ ปัญหาประดิษฐ์จะเรียนรู้ความสัมพันธ์ของสมการนั้นโดยไม่ต้องเข้าใจความหมายของคำหรือภาพเหมือนที่มนุษย์เข้าใจ ผลลัพธ์ที่ได้มาจากการเรียนรู้เชิงลึก (deep learning) ถึงความสัมพันธ์ของค่าและน้ำหนักของสมการคณิตศาสตร์จะทำให้ได้ผลลัพธ์ที่ตรงกับคำสั่ง (prompt) ที่ป้อนให้มากที่สุด

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า กรณีข้อมูลที่ใช้ฝึกมีจำกัด หรือใช้ข้อมูลเจาะจง เช่น ใช้เฉพาะภาพวาดของศิลปินคนใดคนหนึ่ง ภาพที่สร้างขึ้นจะเหมือนหรือคล้ายกับงานของศิลปินคนนั้น หรือหากสั่งให้สร้างงานในแบบลักษณะ (style) ของศิลปินคนใดคนหนึ่ง เช่น ให้วาดภาพในแบบลักษณะ (style) ของอวาลีย์ ดันนี งานที่ได้ก็จะเหมือนหรือคล้ายกับงานของศิลปินคนนั้นแต่ไม่ได้เป็นการทำซ้ำงานที่ศิลปินคนนั้นเคยวาดไว้

“แบบลักษณ์” (Style) เป็นสิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครอง ทำนองเดียวกับ “แนวคิด” (idea) ดังนั้น การใช้ “แบบลักษณ์” (style) โดยไม่ได้ทำซ้ำงาน จึงไม่เป็นละเมิดลิขสิทธิ์ แต่การใช้ “แบบลักษณ์” (style) โดยปัญญาประดิษฐ์นั้นอาจสร้างงานได้ครั้งละจำนวนมาก ๆ ภายในระยะเวลาอันสั้น กรณีเช่นนี้อาจกระทบประโยชน์ทางเศรษฐกิจของศิลปินคนนั้นเป็นอย่างมาก ซึ่งจะได้วิเคราะห์ปัญหานี้ต่อไป

งานที่สร้างผ่านกลไกของปัญญาประดิษฐ์สร้างข้อถกเถียงในหลากหลายมิติมิได้จำกัดเฉพาะด้านกฎหมายเท่านั้น ประกอบกับปัญญาประดิษฐ์ยังพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ทำให้สังคมยังไม่อาจหาข้อยุติในประเด็นต่าง ๆ ได้ และสร้างหลักเกณฑ์ที่เป็นแนวทางแก้ปัญหาระดับบางส่วนก่อน เช่น กฎหมายปัญญาประดิษฐ์ของสหภาพยุโรป (EU AI Act) ที่มุ่งหมายให้การใช้ปัญญาประดิษฐ์ในสหภาพยุโรป มีความปลอดภัย โปร่งใส และมีความรับผิดชอบ ในขณะที่เดียวกันก็ไม่ลดระดับความสามารถในการแข่งขันในเทคโนโลยีด้านนี้ของสหภาพยุโรป⁷

3. ผลกระทบต่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์

แม้เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์จะถือกำเนิดตั้งแต่ช่วงทศวรรษ 1950⁸ แต่ความสามารถที่โดดเด่นของปัญญาประดิษฐ์เป็นที่ประจักษ์ต่อสาธารณชนในช่วงไม่กี่ปีมานี้ และสร้างผลกระทบต่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังนี้

3.1 ปัญหาการใช้งานลิขสิทธิ์ในการฝึกปัญญาประดิษฐ์ (Input problems)

ในการฝึกปัญญาประดิษฐ์ หากข้อมูล (input) ที่ใช้ฝึกเป็นงานมีลิขสิทธิ์ และไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของงานจะละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ มีความเห็นเป็นสองแนว แนวแรกเห็นว่า ทำไม่ได้ และถือว่าละเมิดลิขสิทธิ์ อีกแนวหนึ่งเห็นว่า ทำได้ตามหลักการใช้โดยธรรม (fair use) ผู้เขียนเห็นด้วยกับผลตามความเห็นที่สอง แต่มีเหตุผลต่างไป ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

⁷กฎหมายนี้ได้แบ่งการใช้ปัญญาประดิษฐ์เป็น 3 ประเภทตามความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น (Risk-Based Approach) ได้แก่ ประเภทที่มีความเสี่ยงที่ไม่อาจยินยอมได้ (unacceptable risk) ประเภทที่มีความเสี่ยงสูง (higher-risk) และที่มีความเสี่ยงเล็กน้อย (minimal risk) กำหนดให้ต้องมีความโปร่งใส (transparent obligation) โดยแจ้งชัดเจนว่างานสร้างขึ้นโดยปัญญาประดิษฐ์ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน European Parliament, **EU AI Act: First Regulation on Artificial Intelligence** [Online], available URL: <https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>, 2024 (March, 18).

⁸Rockwell Anyoha, **The History of Artificial Intelligence** [Online], available URL: <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/>, 2024 (March, 19).

3.1.1 การใช้งานลิขสิทธิ์ฝึกปัญญาประดิษฐ์เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ฝ่ายนี้เห็นว่า ปัญญาประดิษฐ์เป็นดังเครื่องจักรที่ใช้ลอกงาน (Plagiarism machine)⁹ การนำงานมีลิขสิทธิ์ไปฝึกไม่ชอบด้วยกฎหมาย กระทบสิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนี้ 1) ไม่ได้ขออนุญาตเจ้าของลิขสิทธิ์ (Consent) 2) ไม่ระบุชื่อผู้สร้างสรรค์ (Credit) 3) ไม่ได้ให้ค่าตอบแทน (Compensation) และ 4) ขาดความโปร่งใส (Transparency) เพราะเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่รู้ว่างานของตนถูกนำไปใช้

ผู้เขียนเห็นว่า ข้อกล่าวหาข้างต้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจริง และโดยเฉพาะการให้ปัญญาประดิษฐ์สร้างงานโดยใช้ “แบบลักษณ์” (style) ของศิลปินคนใดคนหนึ่งโดยไม่มีการทำงาน ของศิลปินคนนั้นจะกระทบต่อประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจของศิลปินคนนั้นค่อนข้างมาก

อย่างไรก็ดี การใช้ข้อมูลฝึกปัญญาประดิษฐ์เพื่อวิเคราะห์ ศึกษา หรือค้นหา รูปแบบ (pattern) ของข้อมูลมหาศาลดังกล่าว ที่เรียกว่า “Text and Data Mining” (TDM)¹⁰ เป็นพื้นฐานสำคัญในการพัฒนาปัญญาประดิษฐ์ บางประเทศแก้ปัญหาด้วยการตรากฎหมายอนุญาต ให้ใช้ข้อมูลในลักษณะดังกล่าวได้ โดยไม่ถือว่าเป็นละเมิดลิขสิทธิ์¹¹

⁹Matt Savare, Bryan Sterba and David Cassidy, **The Copyright Conundrum – Protection for AI Works** [Online], available URL: <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/copyright-conundrum-protection-ai-works-2023-11-28/>, 2024 (January, 4).

¹⁰TDM เป็นกระบวนการย่อยข้อมูลขนาดใหญ่เพื่อศึกษารูปแบบ ความน่าจะเป็น หรือความสัมพันธ์ของข้อความ (Text) หรือฐานข้อมูล (databases) ผลที่ได้สามารถนำไปใช้ในหลายด้าน เช่น ด้านการตลาด การเงิน หรือสุขภาพ เป็นต้น TDM จะเริ่มจากการเก็บข้อมูล (data collection) การเตรียมข้อมูล (preprocessing) การวิเคราะห์ (analysis) และการแปลผล (interpretation) รูปแบบการทำงานเช่นนี้ทำให้ปัญญาประดิษฐ์และ TDM มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกันอย่างลึกซึ้ง การผสมกันของทั้งสองสิ่งทำให้มนุษย์สามารถประมวลผลของข้อมูลขนาดใหญ่ (big data) รวมทั้งคาดการณ์ ทิศทางหรือแนวโน้มสิ่งที่จะเกิดขึ้นได้ โปรดดูเพิ่มเติมใน Thomas Margoni, **Computational Legal Methods: Text and Data Mining in Intellectual Property Research** [Online], available URL: <https://academic.oup.com/book/41122/chapter/350442803>; Aaron Welborn, **Tackling the Law of Text and Data Mining for Computational Research** [Online], available URL: <https://blogs.library.duke.edu/blog/2023/03/08/tackling-the-law-of-text-and-data-mining-for-computational-research/>, 2024 (March, 2).

¹¹โปรดดู Directive 2019/790 (Copyright and Related Rights in the Digital Single Market) ของสหภาพยุโรป กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นที่แก้ไขในปี ค.ศ. 2018 และกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ที่แก้ไขในปี ค.ศ. 2019 ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาแม้ไม่มีกฎหมายกรณี TDM โดยเฉพาะแต่ก็ปรับใช้หลักการใช้เป็นธรรมเนียมกับกรณีนี้ได้.

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศแรกที่แก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ให้รองรับการใช้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับปัญญาประดิษฐ์ (Text and data mining – TDM) โดยกฎหมายที่แก้ไขในปี ค.ศ. 2009 และ 2018 ได้สร้างความชัดเจนและส่งเสริมนโยบายด้านปัญญาประดิษฐ์ของประเทศ¹² ในการนำข้อมูลไปใช้เกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ โดยถือว่าการนำข้อมูลมีลิขสิทธิ์ไปฝึกปัญญาประดิษฐ์เป็นการใช้เพื่อวิเคราะห์ข้อมูล (information analysis)¹³ ไม่เป็นละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ต้องไม่กระทบประโยชน์เจ้าของงานเกินสมควร (unreasonably prejudice the interest of the copyright holder)¹⁴ สหภาพยุโรปก็เห็นความสำคัญของ TDM และออก Directive 2019/790 อนุญาตให้องค์กรด้านวิจัยและสถาบันด้านมรดกวัฒนธรรม (Research Institute/Cultural Heritage Institute) ใช้ข้อมูลแบบ TDM ได้โดยไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า (มาตรา 3) และรวมทั้งอนุญาตให้บุคคลอื่น ๆ ที่เข้าถึงข้อมูลได้โดยชอบด้วยกฎหมาย (lawful access) ใช้ข้อมูลดังกล่าวได้ในเชิงพาณิชย์ แต่เจ้าของข้อมูลมีสิทธิ

¹²Artha Dermawan, *Text and Data Mining Exceptions in the Development of Generative AI Models: What the EU Member States could Learn from the Japanese “Nonenjoyment” Purpose* [Online], available URL: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jwip.12285>, 2024 (February, 27).

¹³Article 30-4 lets all users analyse and understand copyrighted works for machine learning, Article 47-4 permits electronic incidental copies of works, Article 47-5 allows the use of copyrighted works for data verification.

¹⁴Article 30-4 A work may be exploited, regardless of the method used, in the following cases and other cases where the purpose is not to enjoy the ideas or sentiments expressed in the work for oneself or to have others enjoy the work, to the extent deemed necessary for such purpose; provided, however, this shall not apply where, in light of the type and intended use of the work and the manner of such use, such use would unreasonably prejudice the interests of the copyright holder:

1. for the purpose of testing for the development or practical application of technology pertaining to sound recording, video recording or other exploitation of a work;
2. for the purpose of information analysis (meaning the comparison, classification or other analysis of information pertaining to language, sound, images or other elements constituting said information extracted from a large number of works or other large quantities of information; the same shall apply in Article 47-5, paragraph (1), item (ii));
3. in addition to the cases listed in the preceding two items, when the work is used in the course of information processing by computer or for other use (in the case of a program work, excluding computer execution of the work) without any human perceptual recognition of the expression of the work.

แจ้งปฏิเสธไม่ให้ใช้ข้อมูลเพื่อวัตถุประสงค์นี้ได้ (opt-out) (มาตรา 4)¹⁵ ประเทศสิงคโปร์กำหนดให้การ
ใช้ข้อมูลแบบ TDM เป็นข้อยกเว้นในกฎหมายลิขสิทธิ์¹⁶ ซึ่งขยายไปถึงสามารถส่งต่อข้อมูลที่เข้าถึงนั้น
ให้บุคคลอื่นเพื่อตรวจสอบผลของการวิเคราะห์ หรือส่งต่อแก่บุคคลที่ร่วมมือในการศึกษาวิเคราะห์
ข้อมูลดังกล่าวได้ด้วย ตาม Copyright Act, Section 244(2)¹⁷ ประเทศอังกฤษให้การใช้ประโยชน์
จากข้อมูลในแบบ TDM เป็นข้อยกเว้นตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 29A แต่ต้องไม่ทำเพื่อ
การค้า¹⁸ จึงมีผู้เสนอว่า ควรเปิดกว้างให้ใช้ในทางพาณิชย์ได้¹⁹ แต่ยังคงความเห็นไม่ลงรอยกันทำให้ยัง
ไม่มีข้อยกเว้นในขณะนี้²⁰ นอกจากนี้ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ก็แก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ให้สามารถใช้ข้อมูล
แบบ TDM ได้ในปี ค.ศ. 2020 เช่นกัน²¹

¹⁵TDM ของสหภาพยุโรปตาม Directive ฉบับนี้ในมาตรา 3 กำหนดให้สิทธิไว้ค่อนข้างแคบ โดยให้สิทธิ
เฉพาะหน่วยงานวิจัย และสถาบันด้านมรดกวัฒนธรรม และจำกัดให้ใช้เฉพาะวัตถุประสงค์การวิจัยทางวิทยาศาสตร์
เท่านั้น จึงใช้ในทางการค้าไม่ได้ ส่วนการใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ (มาตรา 4) แม้ถ้อยคำจะเปิดกว้างให้ใช้ข้อมูลใน
ทุกรูปแบบ แต่ก็ให้เจ้าของข้อมูลมีสิทธิปฏิเสธไม่ให้ใช้ข้อมูลนั้นได้ เงื่อนไขดังกล่าวกระทบต่อการใช้ข้อมูล อย่างไร
ก็ดี Directive ไม่ได้ให้ความชัดเจนในกระบวนการปฏิเสธของเจ้าของข้อมูล หรือหน้าที่ของผู้ใช้ข้อมูลว่าจะต้อง
ดำเนินการอย่างไร เช่น ภาระในการตรวจสอบว่าข้อมูลที่นำมาใช้นั้นเจ้าของข้อมูลปฏิเสธไม่ให้ใช้หรือไม่ วิธีการ
ปฏิเสธของเจ้าของข้อมูลจะใช้วิธีใด จะบรรจุข้อปฏิเสธดังกล่าวในข้อมูลที่ปัญญาประดิษฐ์จะตรวจพบได้ (machine
readable) หรือจะใช้มาตรการอื่นก็ได้ ข้อเท็จจริงหรือการกระทำเช่นไรจึงจะถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ให้ใช้ข้อมูล
การตรวจสอบว่ามีปฏิเสธหรือไม่ จะต้องกระทำในขั้นตอนแรกเมื่อจะใช้ข้อมูล หรือจะต้องตรวจสอบตลอดเวลา
ที่ใช้ข้อมูลนั้น และเมื่อเกิดข้อโต้แย้ง ฝ่ายใดจะเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ถึงการปฏิเสธไม่ให้ใช้ข้อมูลดังกล่าว โปรดดู
รายละเอียดเพิ่มเติมใน ReedSmith, **Text and Data Mining in EU** [Online], available URL: <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/ai-in-entertainment-and-media/2024/02/text-and-data-mining-in-eu>, 2024 (May, 29).

¹⁶Copyright Act 2021, Section 243, 244.

¹⁷Bryan Tan, **Hagen Rooke, Text and Data Mining in Singapore** [Online], available URL: <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/ai-in-entertainment-and-media/2024/02/text-and-data-mining-in-singapore?section=authors>, 2024 (March, 11).

¹⁸University of Birmingham, **Text and Data Mining (TDM)** [Online], available URL: <https://intranet.birmingham.ac.uk/as/libraryservices/library/copyright/text-and-data-mining/text-and-data-mining.aspx>, 2024 (March, 7).

¹⁹โปรดดูข้อเสนอของ IP Federation ที่เสนอต่อรัฐบาลอังกฤษ, IP Federation, **Text and Data Mining in UK (10 November 2023)** [Online], available URL: <https://www.ipfederation.com/download/text-data-mining-tdm-uk/>, 2024 (March, 7).

²⁰Rachel Montagnon, **Sungmin Cho, UK Withdraw Plan to Broader Text and Data Mining (TDM) Copyright and Database Right Exception** [Online], available URL: <https://vlex.com/vid/uk-withdraws-plans-for-924279529>, 2024 (March, 7).

²¹Switzerland Copyright Act, Article 24d.

ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมาย TDM เป็นรูปแบบหนึ่งที่แก้ปัญหาคopyrightที่ไม่แน่นอนของการใช้ข้อมูลเพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่การอนุญาตให้ใช้ข้อมูลในลักษณะ TDM นั้นต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างผู้ใช้และเจ้าของข้อมูล ทำให้กฎหมาย TDM ในแต่ละประเทศมีรายละเอียดหลักเกณฑ์ และผลกระทบที่ต่างกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี รายละเอียดและการวิเคราะห์เนื้อหาในส่วนนี้อยู่นอกเหนือขอบเขตของบทความนี้

3.1.2 การใช้งานลิขสิทธิ์ฝึกปัญญาประดิษฐ์เป็นการใช้โดยธรรม (Fair use)

ฝ่ายนี้เห็นว่า การใช้งานเพื่อฝึกฝนเป็นข้อยกเว้น (exception and limitation) ของกฎหมาย เป็นการใช้โดยธรรม (fair use) เทียบได้กับมนุษยศึกษางานผู้อื่นเพื่อฝึกตนเอง แต่กรณีนี้ใช้ปัญญาประดิษฐ์เป็นเครื่องมือ (tool) เรียนรู้และสร้างงานแทน อีกทั้ง ยังใช้งานจากแหล่งสาธารณะที่ไม่มีการปิดกั้น เช่น จากอินเทอร์เน็ต และไม่มีการเผยแพร่งานนั้นต่อให้ผู้อื่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา การใช้งานลักษณะนี้ถือได้ว่าเป็นการใช้ที่มีวัตถุประสงค์ใหม่ที่ไม่มียางานเดิม เป็นการใช้อยู่โดยธรรมตามหลักการแปรรูปสัมบูรณ์ (transformative) และเมื่อเป็นการแปรรูปสัมบูรณ์แล้วเงื่อนไขการใช้เพื่อการค้าซึ่งเป็นข้อพิจารณาหนึ่งใน four-step test ก็จะไม่ลดความสำคัญลง²²

การใช้โดยธรรม (fair use) เป็นสิทธิโดยชอบตามธรรมชาติของผู้ใช้งาน (user rights)²³ แต่แนวคิดกฎหมายลิขสิทธิ์ในปัจจุบันถือเป็นข้อยกเว้น ประกอบกับอนุสัญญากรุงเบิร์น (Berne Convention) ระบุว่า กรณีใดเป็นการใช้โดยธรรมต้องระบุกรณีนั้นจำเพาะเจาะจง (certain special cases)²⁴ เมื่อกฎหมายไม่ได้ระบุการใช้เพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์ไว้เจาะจง จึงอ้างการใช้โดยธรรมไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่ากฎหมายลิขสิทธิ์หลายประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา (Article 107) อิสราเอล (Article 19) สาธารณรัฐเกาหลี (Article 35-3) ฟิลิปปินส์ (Section 185)

²²สมชาย รัตน์ชื่อสกุล, “การแปรรูปสัมบูรณ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์: ข้อพิจารณาจากคดีกูเกิ้ล,” วารสารกฎหมายมหาวิทยาลัยหอการค้าไทย 8, 1 (2559): 148-169.

²³ธรรมชาติ (nature) ของงานลิขสิทธิ์เป็นสิ่งไม่มีรูปร่าง ไม่อาจหวงกันได้ และไม่หมดไปเพราะการใช้เมื่อเจ้าของสร้างสรรค์และเปิดเผยแล้วจะหวงกันไม่ได้อีกต่อไป โดยปกติธรรมชาติคนอื่นจึงนำงานไปใช้ได้ โปรดดูเพิ่มเติมใน สมชาย รัตน์ชื่อสกุล, “ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช,” (วิทยานิพนธ์ดุขุภักดิ์บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 81-82.

²⁴Berne Convention, Article 9(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works *in certain special cases*, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. (เน้นโดยผู้เขียน).

หรือสิ่งโคปี้ (Section 191) ที่แม้เป็นภาคือนุสัญญากรุงเบิร์นก็ระบุเพียงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการใช้ที่เป็นธรรมแต่ไม่ได้ระบุไว้เจาะจง ลักษณะเช่นนี้ทำให้การใช้โดยธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา มีความยืดหยุ่น²⁵ และปรับใช้กับข้อเท็จจริงใหม่ ๆ รวมถึงการใช้ฝึกปัญญาประดิษฐ์ได้²⁶

ความไม่ชัดเจนดังกล่าวทำให้ในปัจจุบันมีคดีฟ้องร้องในประเด็นนี้หลายคดี โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ขณะเขียนบทความนี้ยังไม่มียุติคดีที่มีคำพิพากษา

3.1.3 การใช้งานมีลิขสิทธิ์เพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์เป็นสิทธิของผู้ใช้ (user's rights)

ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิก่อตั้งโดยกฎหมายและสร้างอำนาจผูกขาด เจ้าของลิขสิทธิ์จึงมีสิทธิหวงกัน (exclusive right) เฉพาะสิทธิประเภทที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น เช่น การทำซ้ำ การเผยแพร่ต่อสาธารณะ ฯลฯ หากบุคคลอื่นใช้งานในลักษณะอื่นย่อมไม่กระทบสิทธิใดๆ ตามกฎหมายของเจ้าของงาน การใช้งานเพื่อฝึกฝนก็ไม่ใช้สิทธิประเภทที่กฎหมายให้เจ้าของหวงกันได้เช่นกัน ดังนั้นบุคคลอื่นเมื่อได้ยินเพลง หรือเห็นภาพถ่ายที่มีลิขสิทธิ์ย่อมใช้เพลงหรือภาพถ่ายนั้นเพื่อเรียนรู้และฝึกฝนการร้องเพลงหรือการถ่ายภาพได้ โดยไม่ต้องขออนุญาต

²⁵US. Copyright Act, Section 107 กำหนดว่า การพิจารณาการใช้ที่เป็นธรรมมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

²⁶การกำหนดข้อยกเว้นลักษณะเช่นนี้ (Four-step Test) อาจมีปัญหาวัดต่ออนุสัญญากรุงเบิร์น มาตรา 9(2) หรือความตกลงทริปส์ มาตรา 13 ซึ่งข้อตกลงระหว่างประเทศทั้งสองฉบับวางหลักทำนองเดียวกันว่า 1. การใช้โดยธรรมต้องระบุไว้อย่างเจาะจง 2. ต้องไม่ขัดต่อการใช้งานตามปกติ และ 3. ต้องไม่กระทบประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์เกินสมควร นักวิชาการบางท่านเห็นว่า มาตรา 107 ไม่ขัดกับอนุสัญญากรุงเบิร์นและความตกลงทริปส์ แต่กลับทำให้ศาลมีอำนาจพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีว่าจะเข้าข้อยกเว้นหรือไม่ จึงเป็นกรณีระบุเจาะจง (certain special cases) แล้ว ส่วนหลักการอีกสองประการก็เป็นสิ่งที่ศาลต้องพิจารณาประกอบอยู่แล้ว (โปรดดูเชิงอรรถ 25) ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับคำอธิบายนี้ และยังเห็นต่อไปด้วยว่า การใช้เพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์นั้นเป็นการใช้ในแบบและวัตถุประสงค์ที่ต่างไป ไม่ได้เกิดการทดแทนงานของเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงไม่กระทบต่อการใช้งานของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ยังคงใช้งานได้ตามปกติต่อไป รวมทั้งไม่กระทบต่อการแสวงหาประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร; โปรดดูเพิ่มเติมใน Justine Hughes, *Fair Use and its Politic – at Home and Abroad*, Ruth L. Okediji (Editor), *Copyright Law in An Age of Limitations and Exceptions* (New York: Cambridge University Press, 2017), pp. 242-248. ที่ให้ความเห็นว่าข้อยกเว้นตามมาตรา 107 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาสอดคล้องกับ Three-step test ตามอนุสัญญากรุงเบิร์น แต่ก็ยอมรับว่าบทบัญญัตินี้อาจถูกโต้แย้งได้; เมื่อปี ค.ศ. 1999 สหภาพยุโรปเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ มาตรา 115(b) ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การใช้งานมีลิขสิทธิ์เพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์ไม่ใช่สิทธิประเภทที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสิทธิเฉพาะ (exclusive right) ของเจ้าของงาน บุคคลอื่นจึงใช้ได้โดยไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนประเด็นผลกระทบทางเศรษฐกิจต่อเจ้าของงาน ผู้เขียนจะวิเคราะห์และเสนอแนะต่อไป

3.2 ปัญหาลิขสิทธิ์ในงานที่เกิดจากปัญญาประดิษฐ์ (Output problems)

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ งานที่สร้างโดยปัญญาประดิษฐ์มีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งมีประเด็นย่อยที่ต้องพิจารณา ดังนี้ 1) ผู้สร้างสรรค์คือบุคคลใด (Author) ระหว่างปัญญาประดิษฐ์และผู้ป้อนคำสั่ง (prompt) 2) ถู้อได้หรือไม่ว่าผู้ป้อนคำสั่งใช้ความคิดสร้างสรรค์ในระดับที่เพียงพอจะได้รับการคุ้มครอง (Creative) และ 3) งานที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลจากความคิดริเริ่มของผู้ป้อนคำสั่งหรือไม่ (Originality)

3.2.1 ผู้สร้างสรรค์ (Author)

ในอดีตข้อพิพาทในประเด็นนี้มักโต้แย้งระหว่างบุคคลสองฝ่ายว่าฝ่ายใดเป็นผู้สร้างสรรค์ แต่กรณีงานที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างนั้นจะเป็นประเด็นว่า ผู้ใดคือผู้สร้างสรรค์ระหว่างปัญญาประดิษฐ์หรือผู้ที่ป้อนคำสั่ง (prompt) ปัญหานี้มีความเห็น ดังนี้

1) ปัญญาประดิษฐ์ไม่มีสภาพบุคคลจึงเป็นผู้สร้างสรรค์ไม่ได้ แนวคิดนี้มาจากคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ประเทศสหรัฐอเมริกาที่วินิจฉัยว่า ภาพที่ลิงเป็นผู้ถ่ายไม่มีลิขสิทธิ์เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ที่เป็นมนุษย์เท่านั้น²⁷ บรรทัดฐานในคดีดังกล่าวถูกใช้เป็น

ที่กำหนดยกเว้นให้กิจการขนาดเล็กบางประเภท ได้แก่ ร้านค้าทั่วไป บาร์ ภัตตาคารใช้งานลิขสิทธิ์โดยไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทน ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น ร้านค้าทั่วไปที่ไม่ได้จำหน่ายอาหาร เครื่องดื่มที่มีพื้นที่มากกว่าสองพันตารางฟุต ใช้งานด้านเสียง (Audio) ได้โดยมีลำโพงไม่เกิน 6 ตัวและในห้องเดียวกันมีลำโพงไม่เกิน 4 ตัว หากใช้งานทั้งภาพและเสียง (Audio and visual) มีจอโทรทัศน์ได้ไม่เกิน 4 จอแต่ละจอมีขนาดไม่เกิน 55 นิ้วและมีได้ไม่เกินห้องละหนึ่งจอ ฯลฯ เป็นต้น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (DSU) วินิจฉัยว่า มาตรา 115(b) ขัดกับความตกลงทริปส์เพราะมีขอบเขตกว้างไม่จำกัดเจาะจงมากพอ (certain special cases) โปรดดูรายละเอียดใน WT/DS160/R (2000) ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ข้อพิพาทนี้จำกัดเฉพาะมาตรา 115(b) และมาตรานี้ยังใช้ในปัจจุบันไม่มีการแก้ไข และแม้มาตรานี้ระบุเงื่อนไขข้อยกเว้นไว้ชัดเจน แต่คณะกรรมการกลับเห็นว่าเงื่อนไขนั้นยังกว้างเกินไป อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ไม่เคยมีการชี้ขาดว่าข้อยกเว้นตามมาตรา 107 ขัดต่ออนุสัญญากรุงเบิร์นและความตกลงทริปส์ และข้อยกเว้นลักษณะเช่นนี้ใช้อยู่ในอีกหลายประเทศ และไม่ปรากฏว่าเคยมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นแต่อย่างใด การบัญญัติข้อยกเว้นลักษณะเดียวกับมาตรา 107 จึงไม่น่าเป็นบทบัญญัติที่ขัดกับอนุสัญญากรุงเบิร์นหรือความตกลงทริปส์ การกำหนดรายละเอียดในกฎหมายทำนองมาตรา 115(b) เสียอีกที่อาจเปิดช่องให้ได้แย้งได้ว่าขัดต่อความตกลงทริปส์.

²⁷Naruto v. Slater, 888 F.3d 418 (9th Cir. 2018).

ฐานอธิบายว่า ปัญญาประดิษฐ์ไม่มีสภาพบุคคล²⁸ ทำนองเดียวกับลิง ดังนั้น ปัญญาประดิษฐ์จึงเป็นผู้สร้างสรรค์ไม่ได้ ภาพที่เกิดขึ้นจึงเป็นสมบัติสาธารณะ (public domain) ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา²⁹ และอีกหลายประเทศยึดถือหลักนี้และปฏิเสธไม่ให้ลิขสิทธิ์แก่งานที่สร้างโดยปัญญาประดิษฐ์ เช่น ประเทศออสเตรเลีย³⁰ ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน³¹ หรือกรณีสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป (EPO) ปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรที่ระบุปัญญาประดิษฐ์ (DABUS) เป็นผู้สร้างงานนั้น³² เป็นต้น

2) งานที่สร้างโดยปัญญาประดิษฐ์อาจได้รับความคุ้มครอง ถ้าผู้ป้อนคำสั่งมีส่วนอย่างสำคัญต่อการชักนำให้ปัญญาประดิษฐ์สร้างงานตามที่กำหนด ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้สร้างสรรค์ โดยใช้ปัญญาประดิษฐ์เป็นเครื่องมือ ศาลประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนได้วินิจฉัยวางหลักนี้ไว้³³ ซึ่งสอดคล้องกับแนวปฏิบัติการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์ที่มีปัญญาประดิษฐ์เกี่ยวข้องของสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐ (USPTO) ที่พิจารณาความสำคัญของผู้ป้อนคำสั่ง (significant contribution)³⁴ ศาลประเทศอิตาลีเคยตัดสินว่า แม้ภาพสร้างจากการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer-generated result) แต่ถ้าแสดงได้ว่าได้ใช้เครื่องมือทางเทคโนโลยีผนวกกับ

²⁸แม้ปัจจุบันจะมีแนวคิดที่เห็นว่าควรให้สภาพกึ่งบุคคลแก่ปัญญาประดิษฐ์ แต่ก็ยังไม่มีข้อยุติ ผู้สนใจรายละเอียดโปรดดู Joshua C. Gellers, **Rights for Robots: Artificial Intelligence, Animal, and Environmental Law**, Routledge, (New York, 2021), pp. 27-41 ปัญญาประดิษฐ์ยังสร้างความกังวลด้านความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน Joachim von Braun, and others, **Robotics, AI, and Humanity: Science, Ethics, and Policy** (Springer, Switzerland, 2021), Loc.106-440.

²⁹Thaler v. Perlmutter, 2023 WL 5333236 (D.D.C. August 18, 2023).

³⁰Telstra Corporation Limited v Phone Directories Company Pty Ltd [2010] FCAFC 149.

³¹Beijing Film Law Firm v Beijing Baidu Netcom Science & Technology Co Ltd., 2019.

³²European Patent Office, **EPO refuse DABUT patent application designating a machine inventor** [Online], available URL: <https://www.epo.org/en/news-events/news/epo-refuses-dabus-patent-applications-designating-machine-inventor>, 2024 (February, 27).

³³Li Yunkai v. Liu Yuanchun, 2023, Aron Wining, **Beijing Internet Court Release Translation of Li v. Liu Recognizing Copyright in Generative AI** [Online], available URL: <https://www.chinaiplawupdate.com/2024/01/beijing-internet-court-releases-translation-of-li-vs-liu-recognizing-copyright-in-generative-ai/>, 2024 (February, 26).

³⁴USPTO, **Inventorship Guidance for AI-Assist Inventions** [Online], available URL: <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/ai-inventorship-memo.pdf>, 2024 (February, 26).

ความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ งานที่เกิดขึ้นก็อาจได้รับการคุ้มครอง³⁵ เช่นเดียวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษก็ให้ลิขสิทธิ์แก่งานที่สร้างขึ้นจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์เช่นกัน³⁶

ผู้เขียนเห็นว่า ในปัจจุบันหลายประเทศมีแนวโน้มพิจารณาบทบาทของผู้ป้อนคำสั่ง หากผู้ป้อนคำสั่งมีส่วนอย่างมากต่อการสร้างงาน (significant contribution) งานนั้นจะมีลิขสิทธิ์ และให้ผู้ป้อนคำสั่งเป็นผู้สร้างสรรค์³⁷ จะไม่ได้ปฏิเสธการคุ้มครองโดยสิ้นเชิง (exclude per se) แต่อย่างใด การตีความเช่นนี้จะสอดคล้องกับพฤติกรรมของมนุษย์ที่ใช้เครื่องมือที่ทันสมัยขึ้นตามความก้าวหน้าของเทคโนโลยีเพื่อสร้างงาน อีกทั้งยังส่งเสริมการสร้างงานโดยใช้ปัญญาประดิษฐ์เพื่อเพิ่มคลังความรู้ของมนุษยชาติอีกด้วย

³⁵RAI RADIOTELEVISIONE ITALIANA S.P.A., v. BIANCHERI CHIARA, 2021, Gianluca Campus, **Artificial intelligence, machine learning and creativity in visual art: what are the protectability requirements** [Online], available URL: <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/09/05/artificial-intelligence-machine-learning-and-creativity-in-visual-art-what-are-the-protectability-requirements-part-1-the-italian-supreme-courts-floral-fractal-case/>, 2024 (February, 27).

³⁶Section 9(3) Copyright, Design and Patent Act, 1988 กำหนดให้งานที่คอมพิวเตอร์สร้างขึ้น (computer-generated) โดยมนุษย์ไม่เกี่ยวข้อง (without human intervention) และเป็นงานในแผนกวรรณกรรม ละคร ดนตรี และศิลปะเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์ และให้ผู้จัดการ (arrangement) ตามจำเป็นเพื่อให้คอมพิวเตอร์สร้างงานเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยมีอายุคุ้มครอง 50 ปีนับแต่สร้างงานนั้น ซึ่งน้อยกว่าอายุคุ้มครองงานอื่นที่มีอายุ 70 ปี UK Intellectual Property Office ให้ความเห็นว่า แม้มাত্রานี้จะไม่ได้กล่าวถึงปัญญาประดิษฐ์โดยตรง แต่ก็ครอบคลุมงานที่สร้างโดยปัญญาประดิษฐ์ โปรดดู Squire Patton Boggs, **Copyright protection in AI works: UK vs US** [Online], available URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a9b81aa1-7243-4f03-890c-7d29f5ccbdd7>, 2024 (March, 4) แต่มีผู้เสนอให้ปรับปรุงกฎหมายให้ชัดเจนและเหมาะสมขึ้น เพื่อแก้ปัญหาบางประการ เช่น ผู้สร้างงานปกปิดว่าใช้ปัญญาประดิษฐ์เพื่อให้ได้อายุคุ้มครอง 70 ปี หรือเพื่อให้ได้รับคุ้มครองจรรยาสิทธิ (moral right) ซึ่งไม่มีในงานที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างขึ้น โปรดดู Alina Trapova, “Copyright for AI-Generated Works: A Task for the Internal Market?,” **European Law Review** 48 (April 2023): 187.

³⁷ในส่วนของคำสั่งหากเป็นประโยชน์คนยาวเรียงต่อกัน คำสั่งนี้อาจมีลิขสิทธิ์ในฐานะเป็นงานวรรณกรรมได้เช่นกัน การทำซ้ำคำสั่งของผู้อื่นจึงเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่งานที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างขึ้นจากคำสั่งดังกล่าวไม่ถือเป็นงานดัดแปลง (derivative work) เพราะแก่นสาระสำคัญของคำสั่งไม่ได้ปรากฏที่งานที่สร้างขึ้น การคุ้มครองคำสั่งนอกจากด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วยังปกป้องได้ด้วยกฎหมายความลับทางการค้า.

3.2.2 ความคิดสร้างสรรค์ (Creative)

งานมีลิขสิทธิ์นั้นผู้สร้างสรรค์ต้องใช้สติปัญญาในการสร้างงาน ทั้งพลังทางปัญญา (intellectual labor) และพลังด้านจิตใจ (mind power)³⁸ ที่แสดงการตัดสินใจอิสระด้วยตนเอง ในการเลือกวิธีหรือแนวทางในการสร้างงานนั้น ทำให้บุคลิก ความเป็นตัวตนของผู้ที่นั้นผนวกเข้าไปในงาน³⁹ หากไม่ปรากฏสิ่งดังกล่าวแม้จะเป็นงานใหม่และมีค่าทางศิลปะก็ตามก็ไม่มีลิขสิทธิ์งานที่สร้างโดยลิง จึงไม่มีลิขสิทธิ์⁴⁰ ลิขสิทธิ์จึงถือเป็นสิทธิเฉพาะของมนุษย์ที่แสดงอัจฉริยะและสติปัญญาของตน เท่านั้น (right of a man to the production of his own genius or intellect)

ศาลเน้นย้ำหลักนี้ในคดี ภาพ “A Recent Entrance to Paradise” ที่นายเทเลอร์ ยื่นจดลิขสิทธิ์โดยระบุว่าภาพนี้สร้างโดย “Creativity Machine” เครื่องจักรที่ทำงานด้วยโปรแกรม สมการทางคณิตศาสตร์ นายเทเลอร์ไม่ระบุว่าตนมีส่วนในการสร้างงาน อ้างเพียงว่าเป็นเจ้าของเครื่องจักร นายทะเบียนปฏิเสธคำขอด้วยเหตุผลว่า ภาพนี้เกิดโดยมนุษย์ไม่มีส่วนสร้างสรรค์ นายเทเลอร์อุทธรณ์ อ้างว่า Creativity Machine เป็นผู้สร้างสรรค์ได้เช่นเดียวกับบริษัทเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ลูกจ้าง ทำขึ้น ซึ่งบริษัทก็ไม่ใช้มนุษย์เช่นกัน นายทะเบียนยื่นคำสั่งเดิม โดยกล่าวว่าบริษัทเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ในงานที่ลูกจ้างทำขึ้นด้วยฐานสัญญา แต่ไม่ได้หมายความว่าบริษัทสร้างงานเอง และเครื่องจักรไม่มี สถานะทางกฎหมาย (legal entity) จึงเป็นคู่สัญญาเช่นเดียวกับลูกจ้างไม่ได้

ศาล (District Court for the District of Columbia) เห็นด้วยกับนายทะเบียน โดยย้ำว่า แม้งานนั้นจะทำผ่านเครื่องมือแต่การสร้างสรรค์โดยมนุษย์ (human creativity) เป็น เงื่อนไขบังคับที่ต้องมีในการขอรับความคุ้มครอง ที่โจทก์อ้างว่าหากไม่คุ้มครองจะขัดกับวัตถุประสงค์ ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มุ่งสร้างแรงจูงใจให้เกิดการสร้างงานมากขึ้น ศาลเห็นว่า แรงจูงใจมีผลต่อมนุษย์ ไม่มีผลต่อเครื่องจักร อยุ่อย่างไรก็ดี ศาลเห็นว่า “คดีนี้จำกัดเฉพาะงานที่สร้างโดยเครื่องจักรทั้งหมด โดยมนุษย์ไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง มีลิขสิทธิ์หรือไม่เท่านั้น”⁴¹ แสดงว่า ถ้ามนุษย์มีส่วนเกี่ยวข้อง คำวินิจฉัย ของศาลก็อาจเปลี่ยนไป ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนี้ เพราะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามนุษย์มีส่วน ใดในการสร้างภาพนี้ขึ้น สอดคล้องกับคำวินิจฉัยในคดีลิงถ่ายภาพ (Monkey Selfie)

³⁸Iliana Tsiota, **The Evolution of U.S. Originality in Copyright Law and a Comparison with the E.U.** [Online], available URL: https://repository.ihu.edu.gr/xmlui/bitstream/handle/11544/30177/i.tsiota_alam_18-04-2023.pdf?sequence=1, 2024 (January, 31).

³⁹THJ Systems Limited & Anor v Daniel Sheridan & Anor [2023] EWCA Civ 1354.

⁴⁰Naruto v. Slater (2018)- 888 F.3d 418 “...this monkey – and all animals, since they are not human – lacks statutory standing under the Copyright Act”.

⁴¹Noting that the scope of its review was limited only to the question of whether “a work *generated entirely* by an artificial system *absent human involvement* should be eligible for copyright,” (เน้นโดยผู้เขียน).



ภาพ A Recent Entrance to Paradise

ที่มา: <https://www.nytimes.com/2023/08/21/arts/design/copyright-ai-artwork.html>

กรณีจึงต้องพิจารณาต่อไปว่า ถู้อได้หรือไม่ว่าผู้ป้อนคำสั่ง (prompt) มีส่วนเกี่ยวข้อง และเพียงแค่การป้อนคำสั่งนั้นมีระดับถึงขนาดเป็นการสร้างสรรค์ที่ทำให้งานมีลิขสิทธิ์ได้หรือไม่

กฎหมายลิขสิทธิ์ถือว่า หากระดับการสร้างสรรค์ไม่มากพองานนั้นไม่มีลิขสิทธิ์ ดังนั้น จึงมองได้ว่าเพียงแค่ป้อนคำสั่ง (prompt) ถือว่าสร้างสรรค์ไม่มากพอที่ทำให้งานที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างขึ้นมีลิขสิทธิ์ ผู้เขียนเห็นว่า ปัจจุบันปัญญาประดิษฐ์มีเป็นจำนวนมากและมีความสามารถหรือคุณสมบัติเฉพาะที่ต่างกันขึ้นกับข้อมูลที่ใส่ฝึก⁴² ผู้ใช้งานต้องเลือกปัญญาประดิษฐ์ที่จะใช้สร้างงาน ต้องเลือกใช้คำสั่งที่เหมาะสม รวมทั้งต้องให้ข้อมูลที่จำเป็นหรือเจาะจงเพื่อให้นำไปใช้ประมวผล นอกจากมีคำสั่งชนิดกำหนดความต้องการ (prompt) ยังอาจกำหนดสิ่งที่ไม่ต้องการให้ปรากฏในภาพที่สร้างขึ้นด้วย (negative prompt) แม้กระนั้นก็ตาม บ่อยครั้งยังต้องปรับแก้ (fine tune) เพิ่มคำสั่งเพื่อแก้ไข หรือปรับให้งานในส่วนใดส่วนหนึ่งสมบูรณ์ขึ้น (inpainting) โดยปรับค่าและน้ำหนักในแต่ละส่วน (value and weight) เช่น การแก้ไขสีผิวให้สมจริง (realistic) การปรับค่าความฟุ้งเพื่อสร้างอารมณ์เฉพาะของภาพ การปรับสัดส่วนหรือความสมบูรณ์ของมือ หรือเท้า เป็นต้น

⁴²ตัวอย่าง Character AI มีความสามารถด้านการพูดคุยกับบุคคลที่มีชื่อเสียง หรือตัวละครที่กำหนด QuillBot มีความสามารถให้เขียนงานภาษาอังกฤษได้เหมือนเจ้าของภาษา และมีคุณสมบัติหลีกเลี่ยงการคัดลอก Midjourney นอกจากมีคุณสมบัติในการสร้างภาพได้แล้ว ยังสามารถขยายภาพ ต่อภาพ หรือแก้ไขภาพได้อีกด้วย Hugging Face เป็นโมเดลสำหรับนักพัฒนา AI นำมาเทรนหรือต่อยอดสร้างโมเดล AI ของตนเอง Google Bard เป็น Chatbot ที่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้แบบ real time เป็นต้น.

ในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เดิมถือว่างานที่สร้างขึ้นโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ไม่ใช่ “งาน” ตามความหมายของกฎหมายลิขสิทธิ์⁴³ แต่ต่อมาศาลวินิจฉัยว่า งานที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างขึ้นมีลิขสิทธิ์⁴⁴ คดีล่าสุดที่ศาลวินิจฉัย ได้แก่ คดีที่ศาล (Beijing Internet Court) วินิจฉัยว่า ภาพ “Spring Breeze Brings Tenderness” มีลิขสิทธิ์ ศาลเห็นว่า โจทก์ได้ใช้สติปัญญาของตนตลอดทั้งกระบวนการสร้างภาพนี้ ตั้งแต่การเลือกใช้ปัญญาประดิษฐ์ที่ชื่อว่า Stable Diffusion โจทก์ยังใช้ คำสั่ง (prompt) มากกว่า 30 คำสั่ง รวมทั้งคำสั่งที่กำหนดสิ่งที่ไม่ให้ปรากฏในภาพ (negative prompt) กำหนดค่าพารามิเตอร์และปรับแก้ค่าพารามิเตอร์อีกหลายครั้ง รวมแล้วกว่า 150 คำสั่ง ทั้งยังเป็นผู้คัดเลือกและจัดภาพ (re-arrange) เพื่อให้ได้ภาพตามที่ต้องการ ภาพนี้จึงเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ทางปัญญา (intellectual creations) ของโจทก์ และสะท้อนความเป็นตัวตนของโจทก์ งานนี้จึงมิได้เกิดขึ้นจากปัญญาประดิษฐ์แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ผนวกด้วยความคิดริเริ่ม (originality) ของโจทก์อีกด้วย



ภาพ “Spring Breeze Brings Tenderness”
ที่มา <https://www.technollama.co.uk/chinese-court-declares-that-ai-generated-image-has-copyright>

⁴³คดี Beijing Film Law Firm v Beijing Baidu Network Information Technology Co., Ltd., 2018 วินิจฉัยว่า รายงานของโจทก์สร้างขึ้นด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเป็นงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ โปรดดู Xu Lin, Suzie Li, and Yu He, **Chinese Court Tackle the copyright issue in software generated reports** [Online], available URL: <https://www.fieldfisher.com/en/services/intellectual-property/intellectual-property-blog/chinese-court-tackles-the-copyright-issues-in-soft>, 2024 (March, 9).

⁴⁴Li v. Liu, 2023, Translated by Jiaying Zhang and Yuqian Wang, **The George Washington University Center for Law and Technology** [Online], available URL: <https://cdn.patentlyo.com/media/2023/12/Li-v-Liu-Beijing-Internet-Court-20231127-with-English-Translation.pdf>, 2024 (March, 9).

ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนี้ เพราะศาลพิเคราะห์ถึงบทบาทและความสำคัญของโจทก์ที่ทำให้เกิดภาพนี้แม้จะใช้ปัญญาประดิษฐ์แต่ก็ยังมีขั้นตอน และรายละเอียดอีกมาก เช่น การให้ค่าและน้ำหนัก (value and weight) กับพารามิเตอร์ หรือปัจจัยต่าง ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อทิศทางหรือกรอบในการสร้างภาพ จึงถือว่าโจทก์ใช้สติปัญญาสั่งปัญญาประดิษฐ์สร้างงานตามจินตนาการของตน หรือโจทก์ใช้ปัญญาประดิษฐ์เป็นเครื่องมือ (tool) ทำนองเดียวกับศิลปินใช้พู่กัน และสี หรือช่างภาพใช้กล้องและการตั้งค่ากล้องเพื่อให้ได้ภาพที่ต้องการเช่นกัน ภาพนี้จึงเป็นภาพที่มนุษย์สร้างโดยใช้ปัญญาประดิษฐ์เป็นเครื่องมือ ก่อนหน้าคดีนี้ ศาลในสาธารณรัฐประชาชนจีนก็เคยวินิจฉัยในคดี Tencent v. Yingxun Tech, 2019 ให้รายงานที่เขียนขึ้นโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ชื่อว่า Dreamwriter มีลิขสิทธิ์ โดยศาลวินิจฉัยตอนหนึ่งว่า รายงานที่เขียนขึ้นนี้เกิดจากการจัดการของพนักงานของโจทก์ที่ต้องจัดเรียง และคัดเลือกข้อมูลป้อนเข้าให้กับโปรแกรมดังกล่าว (arrangement and selection of data input) กำหนดค่าเงื่อนไขต่าง ๆ (trigger condition setting) รวมทั้งกำหนดแผนแบบที่ต้องการใช้ (template and corpus style choices) สิ่งเหล่านี้ถือเป็นการใช้สติปัญญา (intellectual activities) ที่ก่อให้เกิดรายงานที่มีเนื้อหาและรูปแบบเฉพาะนั้นขึ้นโดยตรง (direct connection with the specific expression of the article)⁴⁵ อย่างไรก็ตาม หากงานที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างขึ้นเหมือนกับงานมีลิขสิทธิ์มาก (substantially similar) ศาล (Guangzhou Internet Court) วินิจฉัยว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศาลพบว่า เมื่อผู้ใช้ป้อนคำสั่งว่า “อูลตราแมน” (Ultraman) จะได้ภาพอูลตราแมนที่เหมือนกับงานมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ เมื่อเปลี่ยนคำสั่งเป็น “อูลตราแมนผมยาว” ก็จะได้รูปอูลตราแมนที่มีผมยาว ศาลจึงเห็นว่าเป็นการละเมิดสิทธิในการทำซ้ำ (right of reproduction) และศาลเห็นว่า ภาพที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างขึ้นได้นางานของโจทก์มาใช้และเพิ่มเติมลักษณะอื่น ๆ เข้าไป ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการดัดแปลงงาน (right to prepare derivative works)⁴⁶

⁴⁵China Law Portal, **Tencent v. Yingxun Tech** [Online], available URL: <https://www.chinajusticeobserver.com/law/x/2019-yue-0305-min-chu-14010>, 2024 (March, 8) และ ZHOU Bo, **Artificial Intelligence and Copyright Protection --Judicial Practice in Chinese Courts** [Online], available URL: https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/Conversation_ip_ai/pdf/ms_china_1_en.pdf, 2024 (March, 8).

⁴⁶Guangzhou Internet Court (2024) Yue 0192 Min Chu 113. (2024 粵 0192 初 113 号) February 8, 2024, คดีนี้เป็นคดีแรกที่ศาลวินิจฉัยตามระเบียบฉบับแรกเกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์ (the Interim Measures for the Management of Generative Artificial Intelligence Service) ที่ออกใช้บังคับเมื่อกรกฎาคม 2023 โปรดดูเพิ่มเติมใน Seagull Song et al., **China’s First Case on AIGC Output Infringement-- Ultraman** [Online], available URL:

การใช้ปัญญาประดิษฐ์สร้างงานเทียบได้กับการเลือก (choice) ของช่างถ่ายภาพ เช่น การเลือกตำแหน่งที่ถ่าย ทิศทางแสง ความเร็วชัตเตอร์ (shutter speed) รูรับแสง (aperture) ฯลฯ ซึ่งค่าต่างกันจะให้ผลต่างกัน กรณีถ่ายภาพด้วยฟิล์มอาจใช้กระบวนการ Solarization หรือ Sabattier effect หรือทำ Dodge and Burn ในขั้นตอนล้างฟิล์มในห้องมืด โดยเพิ่มแสงในบางส่วนของฟิล์มเพื่อเปลี่ยนโทนแสงในภาพให้มีมืดหรือสว่างตามจินตนาการของช่างภาพ ซึ่งต้องเลือกความเข้มแสง ระยะเวลาและตำแหน่งฉายแสงเพื่อให้ได้ภาพที่ต้องการ นับเป็นขั้นตอนที่ต้องละเอียดแม่นยำ ต้องวางแผนและจินตนาการภาพขั้นสุดท้าย แม้ปัจจุบันกล้องดิจิทัลทำให้ถ่ายภาพง่ายขึ้น แต่การตั้งค่า กล้องก็ยังเป็นปัจจัยสำคัญในการถ่ายภาพ และอาจต้องนำภาพมาปรับแต่ง (post-process) อีกด้วย กล้องถ่ายภาพจึงเป็นเครื่องมือสร้างสรรค์งานตามจินตนาการจนมีคำกล่าวที่ว่า “ผู้อยู่หลังกล้องสำคัญ กว่ากล้อง” การถ่ายภาพสร้างภาพขึ้นได้เช่นเดียวกับการวาดภาพแต่สิ่งที่ใช้ต่างกัน สี แปรง ผ้าใบ เทียบกับกล้องถ่ายภาพที่ใช้แสง กระดาษอัดภาพหรือเซนเซอร์รับภาพ การสร้างภาพด้วยปัญญา ประดิษฐ์ก็เช่นกันที่ใช้คำสั่ง (prompt) และปัญญาประดิษฐ์แทน เทคโนโลยีช่วยให้มนุษย์ทำงานได้ สะดวกรวดเร็วและมีประสิทธิภาพขึ้น เช่น คอมพิวเตอร์ ไอแพด (iPad) หรือโปรแกรม Procreate หรือ Photoshop ที่ใช้วาดภาพหรือปรับแต่งภาพ ดังนั้น การเลือก การปรับแต่งคำสั่ง (prompt) ที่ละเอียด เจาะจงมากพอเพื่อกำหนดให้ปัญญาประดิษฐ์สร้างงานตามต้องการ น่าจะถือได้ว่าผู้นั้นใช้ ความคิดสร้างสรรค์แล้วทำนองเดียวกับการวาดภาพ หรือถ่ายภาพนั่นเอง

3.2.3 ความคิดริเริ่ม (Originality)

งานมีลิขสิทธิ์ต้องเกิดจากความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ แต่ไม่ต้องเป็นงานใหม่ เหมือนสิทธิบัตร ผู้สร้างสรรค์ต้องริเริ่มและลงมือสร้างงานด้วยตนเองอย่างอิสระ (independent effort) ในการเลือกองค์ประกอบหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ในการสร้างงาน (creative choices) การคัดลอกงาน เหมือนงานเดิมจึงไม่ใช่การสร้างสรรค์แต่เป็นการทำซ้ำ อย่างไรก็ตามไม่ต้องการระดับความคิดริเริ่ม ที่สูง หากมีพอสมควร (modest degree) หรือแม้เพียงเล็กน้อย (extremely low) ก็เพียงพอแล้ว โดยศาลจะพิจารณาเป็นกรณีไป⁴⁷

งานที่สร้างโดยปัญญาประดิษฐ์ การพิจารณาความคิดริเริ่ม (originality) จะไม่ได้ ดูผลงานที่เกิดขึ้น แต่ต้องพิจารณาในขั้นตอนการป้อนคำสั่ง (prompt) ผู้ป้อนคำสั่งต้องตัดสินใจ ตั้งแต่การเลือกปัญญาประดิษฐ์ที่เหมาะสมกับงาน เลือกคำสั่งที่เหมาะสม การเลือกจุดที่จะต้องปรับแต่ง กระบวนการเช่นนี้ถือได้ว่าผู้ป้อนคำสั่งได้ใช้พลังทั้งด้านสติปัญญา และความคิดสร้างสรรค์ของตน ริเริ่มสร้างงานแล้วและเป็นผู้ริเริ่มสร้างสรรค์

⁴⁷Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991) วินิจฉัยว่า เพียง แต่จัดเรียงรายชื่อตามตัวอักษรในสมุดโทรศัพท์ยังไม่ถือเป็นผู้สร้างสรรค์ที่ใช้ความคิดริเริ่มของตนในการสร้างงานนั้น.

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า แม้ระดับความคิดริเริ่มไม่ต้องสูงมากนักแต่ก็ต้องมีในระดับพอสมควร และหลักเกณฑ์เฉพาะกรณีปัญญาประดิษฐ์ คือ เพียงการป้อนคำสั่งสั้น ๆ เช่น ป้อนคำสั่งให้ ChatGPT ว่า “เขียนนิยายรักโรแมนติก” หรือป้อนคำสั่งให้ Stable Diffusion ว่า “ภาพกระต่ายผูกหูกระต่าย” ถือว่ามีระดับไม่เพียงพอ คำสั่งที่มีรายละเอียดน้อยเทียบได้กับ “แนวคิด” (idea) ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครอง แต่หากกำหนดรายละเอียดของโครงเรื่องนวนิยาย กำหนดลักษณะ บุคลิกของตัวละครเอกในเรื่อง หรือกำหนดรายละเอียดท่าทางของกระต่าย เสื้อที่ใส่ ลักษณะของฉากหลัง ฯลฯ ถือว่าได้แสดงออกของแนวคิด (expression of idea) ที่สะท้อนบุคลิกภาพของผู้สร้างสรรค์แล้ว

ผู้เขียนเห็นว่า ความริเริ่มต้องพิจารณาเป็นรายกรณี กรณีปัญญาประดิษฐ์ต้องพิจารณาที่คำสั่ง (prompt) ว่าแสดงให้เห็นความริเริ่มในการสร้างงานผ่านคำสั่งและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดเพื่อควบคุมผลที่จะเกิดขึ้นในระดับหนึ่ง จึงจะถือว่าได้แสดงออกถึงแนวคิด (expression of idea) ผ่านคำสั่ง (prompt) จนเกิดเป็นงานขึ้น มิฉะนั้น งานนั้นจะเกิดจากการเดาสุ่ม (predict) ของปัญญาประดิษฐ์ที่มนุษย์คาดเดาผลไม่ได้และถือว่าไม่มีลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม การกำหนดเกณฑ์หรือมาตรฐานวัดระดับหรือสัดส่วนของมนุษย์ต่อการสร้างงานนั้นเพื่อแยกงานที่มนุษย์มีส่วนอย่างสำคัญและถือเป็นผู้สร้างสรรค์งาน (human author using computer as a tool- AI assisted work) กับงานที่สร้างขึ้นโดยปัญญาประดิษฐ์ (AI generated work) ก็ไม่ใช่สิ่งที่ทำได้ง่าย⁴⁸

4. กฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: ผลกระทบและการเตรียมความพร้อม

ปัจจุบันปัญญาประดิษฐ์มีบทบาทมากในประเทศไทย ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี (พ.ศ.2561-2580) ก็ระบุถึงยุทธศาสตร์เกี่ยวกับปัญญาประดิษฐ์⁴⁹ แต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ใช้ข้อมูลแบบ TDM ดังนั้น การใช้ข้อมูลมีลิขสิทธิ์จึงต้องปฏิบัติตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นอกจากนี้ยังไม่ปรากฏบทบัญญัติกฎหมาย หรือคำวินิจฉัยศาลที่กล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของงานที่สร้างโดยปัญญาประดิษฐ์แต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่า เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์มีผลกระทบต่อกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย ดังนี้

⁴⁸ผู้สนใจข้อถกเถียงในประเด็นนี้ โปรดดู WIPO, Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI) [Online], available URL: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_3_ge_20/wipo_ip_ai_3_ge_20_inf_5.docx, 2024 (March, 19).

⁴⁹ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอนที่ 82 ก. ลงวันที่ 13 ตุลาคม 2561.

4.1 ปัญหาการนำงานลิขสิทธิ์ไปฝึกปัญญาประดิษฐ์

พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 ได้กำหนดเงื่อนไขของการใช้โดยธรรม (fair use) โดยในวรรคแรกวางเงื่อนไขว่า การใช้โดยธรรมต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ เกินสมควร และในวรรคสองได้ระบุกรณีเฉพาะเจาะจงที่ให้ถือเป็นการใช้โดยธรรม เช่น การวิจัย การใช้เพื่อส่วนตัว การวิจารณ์ หรือการรายงานข่าว เป็นต้น

มาตรานี้ร่างขึ้นตามอนุสัญญากรุงเบิร์น นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ต้องตีความมาตรา 32 โดยเคร่งครัด เมื่อมาตรา 32 วรรคสองไม่ได้ยกเว้นการใช้งานเพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์จึงอ้างการใช้โดยธรรมไม่ได้ แต่อีกฝ่ายเห็นว่า การใช้โดยธรรมต้องพิจารณาเพียงหลักเกณฑ์ในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง กรณีที่ระบุในมาตรา 32 วรรคสองเป็นเพียงตัวอย่างการใช้โดยธรรมที่กฎหมายกำหนดขึ้นเท่านั้น หากการใช้งานมีลิขสิทธิ์เพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่กระทบสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรก็สามารถถือเป็นการใช้โดยธรรมได้

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ มาตรา 53/4 คู่ครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ ดังนั้น หากทำให้มาตรการนี้ใช้ไม่ได้เพื่อนำงานไปฝึกปัญญาประดิษฐ์ อาจจะขัดต่อมาตรา 53/4 ได้ด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า รูปแบบการบัญญัติข้อยกเว้นใน พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ ตลอดจนการตีความอย่างแคบ เป็นอุปสรรคต่อการใช้ข้อมูลลิขสิทธิ์แบบ TDM และจะกระทบต่อการพัฒนาและการแข่งขันด้านเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ของประเทศไทย เพื่อแก้ปัญหาประเทศไทยอาจต้องตรากฎหมายเฉพาะ (sui generis law) ที่อนุญาตให้ใช้ข้อมูลมีลิขสิทธิ์แบบ TDM ทำนองเดียวกับ Directive 2019/790 ของสหภาพยุโรป ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น หรืออาจเพิ่มเติมมาตรา 32 วรรคสองระบุให้ใช้ข้อมูลมีลิขสิทธิ์ได้เป็นกรณีเฉพาะเจาะจงทำนองเดียวกับประเทศญี่ปุ่น หรือสิงคโปร์ หรือปรับวิธีการตีความโดยยึดมาตรา 32 วรรคหนึ่งเป็นเงื่อนไขหลัก และวรรคสองเป็นเพียงกรณีตัวอย่างเท่านั้น โดยอธิบายว่า มาตรา 32 เปิดช่องให้ศาลวินิจฉัยกรณีที่ จะเข้าข้อยกเว้นเป็นรายกรณี จึงเป็นกรณีระบุจำเพาะเจาะจงแล้ว ตามแนวทางอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่กำหนดเพียงเงื่อนไข การพิจารณาการใช้โดยธรรมเท่านั้น ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น

กรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า การใช้งานเพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์ไม่ได้ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของ ตลอดจนไม่ได้กระทบถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของเกินสมควร ตัวอย่าง การนำนวนิยายไปฝึกปัญญาประดิษฐ์เป็นการใช้ในรูปแบบที่เจ้าของงานไม่เคยใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์นี้ เจ้าของงานยังแสวงหาประโยชน์ในการพิมพ์จำหน่ายนวนิยายของตนต่อไปได้ตามปกติ เมื่อฝึกเสร็จก็ไม่มีกัณฑ์สำเนานวนิยายนั้นไว้ จึงไม่เปิดช่องให้บุคคลอื่นได้อ่านนวนิยายนั้น แม้ภายหลังปัญญาประดิษฐ์จะประพันธ์นวนิยายขึ้นก็ไม่มีการทำซ้ำงานต้นฉบับ เป็นการสร้างงานชิ้นใหม่ที่ไม่ได้ทดแทนงานเดิม แม้อาจโต้เถียงได้ว่าเจ้าของงานอาจมีวัตถุประสงค์สร้างงานเพื่อใช้ฝึกปัญญาประดิษฐ์เพิ่มเติมในภายหลัง แต่ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อเจ้าของงานไม่เคยมีวัตถุประสงค์นี้

มาก่อนและยังสามารถแสวงหาประโยชน์จากงานของตนได้ตามปกติ แม้อาจเกิดวัตถุประสงค์นี้ขึ้นได้ในภายหลัง แต่กรณีนี้น่าจะถือได้ว่ากระทบสิทธิอันชอบด้วยกฎหมาย “ไม่เกินสมควร” อย่างไรก็ดี ผู้เขียนจะวิเคราะห์กรณีงานที่ปัญญาประดิษฐ์สร้างขึ้นมีแบบลักษณะ (style) ที่คล้ายกันต่อไป

นอกเหนือจากวิธีดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การปรับใช้หลักกฎหมายลิขสิทธิ์โดยคำนึงถึงสิทธิของผู้ใช้ (users' rights) ก็อาจแก้ปัญหาดังกล่าวได้โดยไม่ต้องตรากฎหมายเฉพาะ หรือแก้ไขมาตรา 32 วรรคสอง เพราะสิทธิใช้งานมีลิขสิทธิ์เพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์ มิใช่สิทธิที่กฎหมายกำหนดให้เป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ การให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) เป็นเพียงวิธีการ (mean) ของกฎหมายเพื่อให้เกิดงานใหม่มากขึ้นในคลังความรู้ของมนุษยชาติซึ่งเป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมายลิขสิทธิ์ (ultimate goal) มนุษย์ทุกคนสร้างงานขึ้นโดยเรียนรู้ คัดลอก ฝึกฝนจากงานที่บุคคลอื่นสร้างขึ้นและปรากฏอยู่ก่อนแล้วทั้งสิ้น ไม่มีงานใหม่ใดในโลกนี้ที่ไม่ต้องพึ่งพาองค์ความรู้ในอดีต (we are standing on the shoulder of giant) ดังนั้น การกล่าวอ้างสิทธิแต่เพียงผู้เดียวจึงต้องไม่เป็นการขัดขวางหรือกีดกันการสร้างงานใหม่ อันที่จริงแล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์ก็กลับควรต้องเอื้อ หรืออำนวยความสะดวกให้บุคคลอื่นน่างานไปใช้สร้างงานใหม่ การใช้งานเพื่อฝึกฝนเรียนรู้จึงเป็นหลักที่ต้องเปิดกว้างให้ทำได้ และการห้ามควรเป็นข้อยกเว้น ดังนั้น จึงต้องตีความสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างแคบ และถือว่าการนำงานมีลิขสิทธิ์ไปใช้ฝึกปัญญาประดิษฐ์เป็นกรณีที่ทำไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์⁵⁰

มนุษย์พัฒนาการสร้างงานมาตลอด จากการใช้นิ้วมือ ฝ่ามือจุ่มสีวาดภาพบนผนังถ้ำมาเป็นใช้พู่กัน แปรง สี และผ้าใบ ต่อมาใช้คอมพิวเตอร์พกพา (Tablet/IPad) ที่มีโปรแกรมวาดภาพได้โดยไม่ต้องใช้พู่กันและสี กล้องถ่ายภาพสร้างภาพได้สะดวกรวดเร็วกว่าการวาดภาพ จากนั้นกล้องดิจิทัลก็ถูกพัฒนาขึ้นให้แสดงภาพทันทีไม่ต้องล้างอัดเหมือนกล้องฟิล์ม จากเดิมมนุษย์เลือกรายละเอียดงานที่ต้องการสร้างด้วยตนเอง เช่น เลือกสี องค์กรประกอบภาพ รายละเอียดภาพ แต่บัดนี้มนุษย์ฝึกให้ปัญญาประดิษฐ์รู้ว่ามีสี หรือองค์ประกอบภาพแบบต่าง ๆ เพื่อให้เลือกรายละเอียดเหล่านี้แทนภายใต้คำสั่ง (prompt) ในการฝึกปัญญาประดิษฐ์ต้องใช้ข้อมูลขนาดใหญ่ (big data) เหมือนมนุษย์ฝึกวาดภาพด้วยการศึกษาภาพวาดของศิลปินอื่น หรือศึกษาภาพถ่ายของช่างภาพอื่นเพื่อเรียนรู้การวาดภาพหรือถ่ายภาพซึ่งไม่เป็นละเมิดลิขสิทธิ์ ปัญญาประดิษฐ์ก็คืออีกขั้นของเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นเพื่อช่วยมนุษย์สร้างงานได้สะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพขึ้น และก็จะมามีเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเหนือกว่าปัญญาประดิษฐ์เกิดขึ้นอีกในอนาคต ผู้เขียนจึงเห็นว่า การใช้งานมีลิขสิทธิ์เพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์เป็นสิ่งที่ไม่ได้ เพราะไม่ใช่สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์⁵¹

⁵⁰โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน สมชาย รัตนชื้อสกุล, เรื่องเดิม.

⁵¹การแปรรูปสัมบูรณ์ (Transformative) ถือเป็นการใช้โดยธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา และหากเทียบเคียงกับแนววินิจฉัยศาลสหรัฐอเมริกาแล้ว การใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์เป็นการแปรรูปสัมบูรณ์ได้ แต่หลักนี้ไม่ปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ผู้สนใจรายละเอียดการแปรรูปสัมบูรณ์ (Transformative) โปรดดูเพิ่มเติมใน สมชาย รัตนชื้อสกุล, เรื่องเดิม.

4.2 ปัญหาลิขสิทธิ์ในงานที่เกิดจากปัญญาประดิษฐ์

นิยาม “ผู้สร้างสรรค์” ใน พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 แสดงชัดโดยนัยว่าหมายถึง “มนุษย์” ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของประเทศอื่น ๆ ดังได้กล่าวมาแล้ว และหลายประเทศมีแนวโน้มคุ้มครองงานที่สร้างโดยปัญญาประดิษฐ์หากปรากฏชัดว่ามนุษย์มีส่วนอย่างสำคัญต่อการเกิดงานขึ้น แต่ก็ยังไม่ปรากฏชัดขึ้นของประเทศไทยต่อทิศทางดังกล่าว นอกจากนี้ ยังไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาศาลที่วินิจฉัยโดยตรงว่า งานที่สร้างขึ้นโดยใช้ปัญญาประดิษฐ์มีลิขสิทธิ์หรือไม่

ผู้เขียนเชื่อว่า เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์จะก้าวหน้ามากขึ้นต่อไปและมีประสิทธิภาพในการช่วยมนุษย์สร้างงานได้ดีขึ้น กฎหมายจึงปฏิเสธความมีอยู่ของงานที่เกิดขึ้นด้วยปัญญาประดิษฐ์ไม่ได้ และต้องให้ความคุ้มครองงานประเภทนี้ไม่ว่าในรูปของกฎหมายเฉพาะ (sui generis law) หรือ บทบัญญัติเฉพาะในกฎหมายลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การตีความบทบัญญัติใน พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ปัจจุบันสามารถปรับใช้กับงานประเภทนี้ได้ ดังนี้

แม้นิยาม “ผู้สร้างสรรค์” ใน พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะหมายถึง “มนุษย์เป็นผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานขึ้น” แต่มนุษย์ต้องพึ่งพาเครื่องมือไม่มากก็น้อยในการสร้างงานเสมอ การตีความว่า มนุษย์สร้างงานโดยใช้ปัญญาประดิษฐ์เป็นเครื่องมือ (tool) ทำให้ผู้ป้อนคำสั่งเป็นผู้สร้างสรรค์ (author) ตามนิยามของกฎหมาย

ในส่วนของการคิดสร้างสรรค์ (creative) ผู้ป้อนคำสั่ง (prompt) ต้องใช้สติปัญญาในการเลือกโดยอิสระว่าจะใช้ปัญญาประดิษฐ์ใด เลือกใช้คำสั่งและเรียงลำดับคำสั่งอย่างไร จะเลือกกำหนดค่าและน้ำหนัก (value and weight) อย่างไร ตลอดจนจะต้องปรับแต่งในส่วนใดเพิ่มเติม รายละเอียดและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ผู้ป้อนคำสั่งได้กำหนดนั้นเป็นเงื่อนไขสำคัญในการก่อให้เกิดงาน ถือได้ว่าผู้ป้อนคำสั่งได้ผนวกความคิดสร้างสรรค์ (creative) ของตนเข้าไปในงานที่เกิดขึ้นแล้ว และงานนั้นเกิดขึ้นจากความคิดริเริ่ม (originality) ของผู้ป้อนคำสั่ง

แม้งานที่สร้างโดยปัญญาประดิษฐ์ (output) ไม่ว่าจะ เป็นภาพวาด บทความ หรือ รายงาน ฯลฯ จะมีลักษณะทางกายภาพ (physical) เหมือนกับงานที่สร้างขึ้นด้วยวิธีปกติ แต่การพิจารณาระดับการสร้างสรรค์จะไม่ได้พิจารณาที่ตัวงานที่เกิดขึ้น (output) แต่ต้องพิจารณาจาก บทบาทและความสำคัญของผู้ป้อนคำสั่งว่าถึงระดับที่มีการสร้างสรรค์ขึ้นแล้วหรือไม่ ซึ่งไม่มีเกณฑ์ที่แน่ชัด ศาลจึงต้องใช้ดุลพินิจเช่นเดียวกับการวินิจฉัยระดับการสร้างสรรค์ในงานที่สร้างขึ้นด้วยวิธีปกติ คำวินิจฉัยศาลในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนในคดี Tencent v. Yingxun Tech, 2019 และ คดี Li v. Liu, 2023 ดังได้กล่าวมาแล้วแสดงถึงแนวทางการพิจารณาได้เป็นอย่างดี

ผู้เขียนเห็นว่า งานที่เกิดจากปัญญาประดิษฐ์แท้จริงแล้วคืองานที่มนุษย์สร้างขึ้นโดยใช้ปัญญาประดิษฐ์เป็นเครื่องมือ เมื่อผู้ป้อนคำสั่งต้องใช้สติปัญญาเริ่มสร้างสรรค์งาน และกำกับผลสุดท้ายของงานผ่านคำสั่งและขั้นตอนที่ละเอียดซับซ้อน งานที่เกิดขึ้นจึงตรงตามหลักเกณฑ์ที่จะได้รับคุ้มครองตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนด

4.3 ปัญหาปัญญาประดิษฐ์สร้างงานตามแบบลักษณะ (Style) ที่เจาะจง

กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ให้ความคุ้มครองแบบลักษณะ (Style) เพราะมีลักษณะไม่ต่างจากแนวคิด (idea) เช่น ภาพวาดแบบอิมเพรสชันนิส (impressionism) หรือทำนองเพลงแบบฮิปฮอป (Hip-Hop) เป็นสิ่งที่ไม่อาจหวงกันได้ การใช้แบบลักษณะ (style) ของผู้อื่นสร้างงานโดยไม่ได้ทำซ้ำงานของผู้นั้นจึงไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น วินเซนต์ แวนโกะ (Vincent Van Gogh) จะมีแบบลักษณะ (style) ในการวาดภาพที่ใช้สีสดใส และป้ายสีหนา ทำให้เห็นชัดเจนถึงลักษณะ ทิศทางและรูปแบบของการปิดพู่กัน รวมถึงถ่ายทอดอารมณ์และความรู้สึกกดดัน (stress) ในขณะวาดภาพนั้น⁵² หรือภาพวาดของถวัลย์ ดัชนี ที่ใช้สีดำ และสะท้อนเรื่องราวทางศาสนา โดยใช้สัญลักษณ์ในการสื่อความหมาย กำหนดจุดสนใจอยู่กึ่งกลางของภาพ และใช้หลักดุลยภาพให้ภาพเหมือนกันทั้งสองด้าน⁵³ ดังนั้น บุคคลอื่นจึงใช้วิธีป้ายสีหนา หรือใช้รูปแบบการปิดพู่กันเหมือนของวินเซนต์ แวนโกะ หรือใช้สีดำเป็นสีหลักในการวาดเช่นเดียวกับถวัลย์ ดัชนี ได้ ไม่เป็นละเมิดลิขสิทธิ์

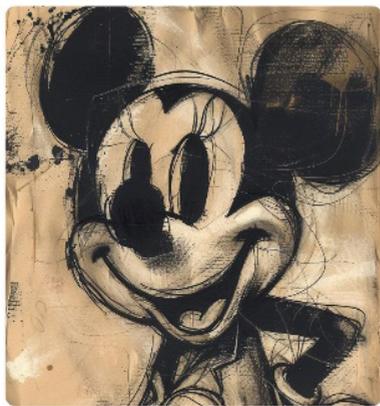
ผู้ป้อนคำสั่งสามารถสั่งให้ปัญญาประดิษฐ์วาดภาพโดยใช้แบบลักษณะ (style) ของศิลปินคนใดคนหนึ่งโดยเจาะจงได้ ภาพที่สร้างขึ้นอาจไม่ซ้ำกับภาพที่ศิลปินคนนั้นเคยวาดมาก่อน จึงไม่มีการทำซ้ำ เช่น ภาพวาดในแบบลักษณะ (style) ของแรมแบรนธ์ (Rembrandt) ในโครงการ The Next Rembrandt ที่ให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์สร้างภาพในแบบลักษณะ (style) ของแรมแบรนธ์แต่ไม่ซ้ำกับภาพที่แรมแบรนธ์ (Rembrandt) เคยวาดมาก่อนเลย⁵⁴ การที่ปัญญาประดิษฐ์ใช้แบบลักษณะ (style) ของศิลปินคนใดคนหนึ่งสร้างงานขึ้นได้ อาจเกิดจากข้อมูลที่ใช้ฝึกมีเฉพาะงานของศิลปินคนนั้น ข้อมูลที่ใช้ฝึกจึงมีความหลากหลายน้อย หรืออาจเกิดจากผู้ป้อนคำสั่งเจาะจงกำหนดน้ำหนัก (weight) ให้ใช้งานของศิลปินคนใดคนหนึ่งก็ได้

⁵²Artble, **Vincent Van Gogh Style and Technique** [Online], available URL: https://www.artble.com/artists/vincent_van_gogh/more_information/style_and_technique, 2024 (March, 20).

⁵³สุวัฒน์ แสงชาติ, “การสร้างงานจิตรกรรมไทยร่วมสมัยแนวเซอร์เรียลลิสม์: กรณีศึกษาผลงานจิตรกรรมของถวัลย์ ดัชนี,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะศิลปกรรมศาสตร์, มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, 2544), หน้า 110.

⁵⁴The Guardian, **New Rembrandt to be unveiled in Amsterdam** [Online], available URL: <https://www.theguardian.com/artanddesign/2016/apr/05/new-rembrandt-to-be-unveiled-in-amsterdam>, 2024 (March, 20).

การกำหนดค่าน้ำหนัก (weight) ที่ต่างกันจะทำให้การใช้งานของศิลปินคนใดคนหนึ่งเป็นแหล่งอ้างอิง (reference) จะให้ผลที่ต่างกัน เช่น ใน Midjourney การใช้คำสั่ง cref (character reference) หรือ sref (style reference) โดยให้น้ำหนัก 100 จะทำให้ Midjourney นำลักษณะโดดเด่นของต้นแบบมาใช้ แต่ถ้ากำหนดน้ำหนัก 0 จะนำมาเพียงลักษณะหน้าตามาใช้ในการสร้างภาพใหม่ และหากใช้ประกอบคำสั่ง (prompt) อื่น เช่น กำหนดฉากหลัง หรือท่าทางของตัวแบบที่ต้องการให้สร้าง ภาพที่ได้ก็จะเปลี่ยนไปตามคำสั่งแต่จะยังคงใช้แบบลักษณะ (style) ที่ใช้อ้างอิง⁵⁵ กรณีของ Stable Diffusion ก็ทำนองเดียวกันจะสามารถกำหนดค่าน้ำหนักได้ระหว่าง 0-1 ถ้ากำหนดใกล้ 0 จะแตกต่างจากต้นฉบับมาก ถ้าปรับใกล้ 1 จะเหมือนต้นฉบับมาก



Reference



--sv 1



--sv 2



--sv 3



--sv 4

ภาพ Mickey Mouse ที่ใช้เป็นแบบอ้างอิง (reference) เพื่อนำแบบลักษณะ (style) มาใช้สร้างภาพอื่น ๆ ด้านขวา ที่มา: <https://www.facebook.com/photo.php?fbid=122136694166122564&set=p.122136694166122564&type=3>

⁵⁵โปรดดูเพิ่มเติมใน Samithiwat Boonchai, สร้างตัวละครใน Midjourney ด้วยคำสั่ง cref [Online], available URL: <https://promptsnapshot.com/blog/midjourney-character-reference-cref/?fbclid=IwAR1dxtR9VXK7QA9LVHTHe4VIFh1m2j3dGj3u9N3NLH2kPTBSrWiJle5wWMLc>, 2567 (มีนาคม, 23).

ผู้เขียนเห็นด้วยว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองแบบลักษณะ (style) แต่ปัญญาประดิษฐ์สามารถสร้างงานที่คล้ายกับภาพวาดของวินเซนต์ แวนโกะ หรือการ์ตูนของอากิระ โทริยามะ (Agira Toriyama) ผู้วาดการ์ตูนเรื่องดราก้อนบอล (Dragon Ball) และดร.สลัมป์ (Dr.Slump) ด้วยวิธีกำหนดค่าน้ำหนัก ($cw=100$) ได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งอาจกระทบคุณค่าและมูลค่าภาพของวินเซนต์ แวนโกะ หรือการ์ตูนของอากิระ โทริยามะในระดับหนึ่ง กรณีจะต่างจากมนุษย์วาดภาพในแบบลักษณะ (style) ของวินเซนต์ แวนโกะ ซึ่งจะไม้อาจสร้างงานในปริมาณที่มากและในระยะเวลาอันสั้นได้เท่ากับปัญญาประดิษฐ์ ผลกระทบในสองกรณีนี้จึงต่างกัน

ส่วนกรณีงานที่สร้างขึ้นเหมือนงานมีลิขสิทธิ์มาก (substantially similar) เป็นไปได้ว่า ผู้ป้อนคำสั่งใช้คำสั่งเจาะจงงานของศิลปินคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ และกำหนดค่าน้ำหนักให้ใช้ภาพต้นแบบทั้งหมด กรณีนี้ควรสันนิษฐานไว้ก่อนว่างานนั้นสร้างโดยการทำซ้ำ เว้นแต่ผู้สร้างจะพิสูจน์เป็นอย่างอื่น มิฉะนั้นย่อมเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ ตามแนวคำวินิจฉัยศาลประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนในคดี Ultraman ดังได้กล่าวมาแล้ว

5. ข้อเสนอแนะ

5.1 ข้อเสนอภายใต้กรอบกฎหมายลิขสิทธิ์ว่าควรปรับตัวอย่างไรในสถานการณ์ที่ซับซ้อนนี้ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

5.1.1 ปัญหาการใช้งานมีลิขสิทธิ์เพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์ ผู้เขียนมีข้อเสนอเป็น 3 แนวทาง ได้แก่

ทางแรก ปรับเปลี่ยนการตีความ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 โดยถือว่ารายละเอียดที่กำหนดในมาตรา 32 วรรคสองเป็นเพียงตัวอย่าง จะทำให้ปรับใช้เงื่อนไขในมาตรา 32 วรรคแรกกับกรณีนี้ได้ ข้อดีของแนวทางนี้ คือ ไม่ต้องแก้ไขกฎหมาย ข้อด้อย คือนักกฎหมายบางส่วน หรือศาลอาจไม่เห็นด้วยและยังยึดถือแนวทางเดิมต่อไป ทำให้เกิดความไม่แน่นอน

ทางที่สอง แก้ไขมาตรา 32 วรรคสองให้ระบุอนุญาตให้ใช้ข้อมูลเพื่อ TDM ได้ ข้อดี คือ ข้อยกเว้นในกฎหมายชัดเจน ง่ายต่อการบังคับใช้ ไม่ต้องตรากฎหมายเฉพาะที่ยุ่งยาก ซับซ้อนกว่า ข้อด้อย คือ อาจต้องกำหนดรายละเอียดของการใช้ข้อมูล เช่น ระดับของการใช้ข้อมูล วิธีใช้ การเก็บรักษาข้อมูล ความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูล หรือสิทธิในการปฏิเสธของเจ้าของข้อมูล (Opt-out) ซึ่งไม่เหมาะที่จะบัญญัติในมาตรา 32 วรรคสอง โดยอาจต้องเขียนเป็นวรรคพิเศษ หรือหมวดพิเศษโดยเฉพาะ

ทางที่สาม ตีความว่า การใช้ข้อมูลมีลิขสิทธิ์เพื่อฝึกนี้ทำได้เพราะไม่ใช่สิทธิประเภทที่กฎหมายคุ้มครอง ข้อดี คือ ไม่ต้องปรับแก้กฎหมาย ข้อด้อย คือ นักกฎหมายบางส่วนหรือศาลอาจไม่เห็นด้วย และอาจเกิดความไม่แน่นอน

5.1.2 ปัญหาการคุ้มครองงานที่เกิดจากปัญญาประดิษฐ์ ประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรตีความในทางปฏิเสธการคุ้มครองงานที่เกิดจากปัญญาประดิษฐ์โดยสิ้นเชิง แต่ควรให้ความสำคัญกับบทบาทของผู้ป้อนคำสั่งให้ปัญญาประดิษฐ์ผลิตงานนั้นขึ้น ซึ่งเป็นแนวทางที่ได้รับการยอมรับมากขึ้นในปัจจุบัน ข้อดี คือ สอดรับกับพัฒนาของเทคโนโลยีใหม่ ข้อด้อย คือ เป็นภาระของศาลในการวินิจฉัยเป็นรายกรณี และอาจเกิดความไม่แน่นอน

5.2 ข้อเสนอแนะต่อผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการนำงานมีลิขสิทธิ์ไปใช้ฝึกฝนปัญญาประดิษฐ์

แม้ภายใต้หลักกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่ผู้พัฒนาปัญญาประดิษฐ์ทำได้โดยไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นรุนแรงแตกต่างจากกรณีการใช้งานเพื่อฝึกฝนบุคคลโดยทั่วไป อีกทั้ง เจ้าของงานมีลิขสิทธิ์ได้ก่อให้เกิดงานจำนวนมากที่นำมาใช้ฝึกฝนปัญญาประดิษฐ์ ดังนั้นจึงควรกำกับและวางหลักเกณฑ์การนำงานมีลิขสิทธิ์ไปใช้ฝึกปัญญาประดิษฐ์ เพื่อคุ้มครองสิทธิในทางเศรษฐกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์ เพื่อความโปร่งใส และเพื่อสร้างบรรยากาศที่ดีในการร่วมกันสร้างสรรค์งาน ป้อนคลังความรู้ของมนุษยชาติ กรณีนี้ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะทางกฎหมาย เป็น 3 แนวทาง⁵⁶ ดังนี้

5.2.1 ตรากฎหมายอนุญาตให้นำงานมีลิขสิทธิ์ไปใช้ฝึกฝนปัญญาประดิษฐ์ได้ โดยการใช้งานนั้นต้องไม่กระทบต่อประโยชน์ของเจ้าของงาน รวมทั้ง ต้องเปิดเผยและให้โอกาสเจ้าของงานที่จะปฏิเสธไม่ยินยอมให้นำงานของตนไปใช้ (Opt-out) และผู้พัฒนาปัญญาประดิษฐ์ต้องเจรจาให้ค่าตอบแทนแก่เจ้าของงาน วิธีนี้ยืดหยุ่นและเจ้าของงานควบคุมการใช้งานของตนได้ในระดับหนึ่ง แนวทางนี้สอดคล้องกับกฎหมายปัญญาประดิษฐ์ของสหภาพยุโรป แต่อาจมีปัญหาในการเจรจาค่าตอบแทน หรือติดตามผู้เป็นเจ้าของงาน

5.2.2 ตรากฎหมายบังคับ (compulsory) ให้ใช้งานมีลิขสิทธิ์เพื่อฝึกปัญญาประดิษฐ์ได้ โดยเจ้าของงานไม่มีสิทธิปฏิเสธ แต่ผู้พัฒนาปัญญาประดิษฐ์ต้องชำระค่าตอบแทนแก่เจ้าของงาน เทียบได้กับการใช้ลิขสิทธิ์ในพฤติการณ์พิเศษเมื่อเจ้าของงานปฏิเสธการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้งานหรือตกลงกันไม่ได้ ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 54 และ 55 ได้ วิธีนี้เน้นการส่งเสริมพัฒนาการเทคโนโลยีด้านปัญญาประดิษฐ์ของประเทศ จึงไม่อนุญาตให้เจ้าของงานปฏิเสธแต่ให้ได้รับค่าตอบแทน แนวทางนี้สอดคล้องกับกฎหมาย TDM แต่จะมีปัญหาการเจรจาค่าตอบแทน และการติดตามผู้เป็นเจ้าของงานเช่นกัน

⁵⁶ปัจจุบันมีมาตรการทางเทคโนโลยีในระบบปัญญาประดิษฐ์คัดกรองคำสั่งเพื่อป้องกันการสร้างงานบางประเภทได้ เช่น ภาพเปลือย หรืองานที่ระบุชื่อเฉพาะของศิลปินคนใดคนหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันอาจเสี่ยงการตรวจสอบได้ เช่น ใช้คำสั่งว่า style look like Vangoh เป็นต้น.

5.2.3 การก่อตั้งองค์กรจัดเก็บค่าใช้งานมีลิขสิทธิ์เป็นกรณีเฉพาะ เนื่องจากต้องใช้งานลิขสิทธิ์ที่หลากหลายและมีปริมาณมากในการฝึกฝนปัญญาประดิษฐ์ จึงยุ่งยากซับซ้อนในการเจรจาต่อรอง หรือการติดตามผู้เป็นเจ้าของงานอาจไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การก่อตั้งองค์กรหรือหน่วยงานกลางลักษณะทำนองเดียวกับองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ที่ใช้กันในปัจจุบัน แต่ควรมีองค์กรเดียวและบังคับให้ทุกกรณีต้องดำเนินการผ่านองค์กรนี้เท่านั้น อาจเป็นแนวทางที่ช่วยให้การบริหารจัดการมีประสิทธิภาพ และไม่ซ้ำซ้อน

ผู้เขียนเห็นว่า เงื่อนไขทางกฎหมายกรณีการใช้แบบลักษณ์ (style) นั้น ควรตราเป็นกฎหมายเฉพาะ (sui generis) ไม่ควรแก้ไขในกฎหมายลิขสิทธิ์เนื่องจากแบบลักษณ์ (style) เป็นสิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ให้ความคุ้มครอง

6. บทสรุป

เป็นธรรมชาติของเทคโนโลยีที่จะเกิดขึ้นและพัฒนาตลอดเวลาเพื่อแก้ปัญหาต่าง ๆ ให้กับมนุษย์ แม้เทคโนโลยีบางประเภทอาจถูกใช้ในทางก่อความเสียหายได้ กรณีปัญญาประดิษฐ์ก็เช่นกัน มีผู้กังวลว่า การพัฒนาปัญญาประดิษฐ์จะไปสู่จุดที่ปัญญาประดิษฐ์มีความสามารถเหนือมนุษย์ในทุกด้าน และอยู่เหนือการควบคุมของมนุษย์โดยสิ้นเชิง (technological singularity)⁵⁷ แต่ทุกอย่าง เป็นเสมือนดาบสองคม กฎหมายจึงควรเป็นเครื่องมือที่เอื้อและส่งเสริมพัฒนาการของเทคโนโลยี และวางมาตรการกำกับตามสมควรอย่างเหมาะสม โดยเฉพาะในขณะที่เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ ยังพัฒนาต่อเนื่องอย่างก้าวกระโดด การตรากฎหมายซึ่งมีธรรมชาติที่แท้จริง มีความยืดหยุ่นน้อย นอกจากจะไม่ได้แก้ไขปัญหาคาดคิด กลับอาจเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาเทคโนโลยีนั้นได้ การเลือก ใช้แนวทางอื่น (soft law) ไปพลาง เช่น แนวปฏิบัติ (guidelines) มาตรฐานทางจริยธรรม (ethics) หรือข้อตกลงระหว่างผู้มีส่วนได้เสียในแต่ละอุตสาหกรรมอาจเป็นทางเลือกที่เหมาะสมกว่า

⁵⁷ผู้สนใจปัญหานี้โปรดดูเพิ่มเติมใน Daniel D. Lee, *The Singularity: Artificial General Intelligence (AGI) and ChatGPT* (Traverse City, Michigan: Independently published, 2023). p.8.

บรรณานุกรม

- สมชาย รัตน์ชื่อสกุล. “การแปรรูปสัมบูรณ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์: ข้อพิจารณาจากคดีกุ๊กเกิ้ล.” **วารสารกฎหมายมหาวิทยาลัยหอการค้าไทย** 8, 1 (2559): 148-169.
- สมชาย รัตน์ชื่อสกุล. “ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช.” **วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2550.
- สุวัฒน์ แสงซัดติ. “การสร้างงานจิตรกรรมไทยร่วมสมัยแนวเซอร์เรียลลิสม์: กรณีศึกษาผลงานจิตรกรรมของถวัลย์ ดัชนี.” **วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะศิลปกรรมศาสตร์, มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ**, 2544.
- ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอนที่ 82 ก. ลงวันที่ 13 ตุลาคม 2561.
- Anyoha, Rockwell. **The History of Artificial Intelligence** [Online]. Available URL: <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/>, 2024 (March, 19).
- Artble. **Vincent Van Gogh Style and Technique** [Online]. Available URL: https://www.artble.com/artists/vincent_van_gogh/more_information/style_and_technique, 2024 (March, 20).
- Bo, ZHOU. **Artificial Intelligence and Copyright Protection --Judicial Practice in Chinese Courts** [Online]. Available URL: https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation_ip_ai/pdf/ms_china_1_en.pdf, 2024 (March, 8).
- Boonchai, Samithiwat. **สร้างตัวละครใน Midjourney ด้วยคำสั่ง cref** [Online]. Available URL: <https://promptsnapshot.com/blog/midjourney-character-reference-cref/?fbclid=IwAR1dxtR9VXK7QA9LVHTTheE4VlFh1m2j3dGj3u9N3NLH2kPTBSrWiJle5wMlc>, 2024 (มีนาคม, 23).
- Brownlee, Jason. **A Gentle Introduction to Generative Adversarial Networks (GANs)** [Online]. Available URL: <https://machinelearningmastery.com/what-are-generative-adversarial-networks-gans/>, 2024 (January, 3).
- Campus, Gianluca. **Artificial intelligence, machine learning and creativity in visual art: what are the protectability requirements** [Online]. Available URL: <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/09/05/artificial-intelligence-machine-learning-and-creativity-in-visual-art-what-are-the-protectability-requirements-part-1-the-italian-supreme-courts-floral-fractal-case/>, 2024 (February, 27).

- China Law Portal. **Tencent v. Yingxun Tech** [Online]. Available URL: <https://www.chinajusticeobserver.com/law/x/2019-yue-0305-min-chu-14010>, 2024 (March, 8).
- Dermawan, Artha. **Text and Data Mining Exceptions in the Development of Generative AI Models: What the EU Member States could Learn from the Japanese “Nonenjoyment” Purpose** [Online]. Available URL: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jwip.12285>, 2024 (February, 27).
- European Parliament. **EU AI Act: First Regulation on Artificial Intelligence** [Online]. Available URL: <https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>, 2024 (March, 18).
- European Patent Office. **EPO refuse DABUT patent application designating a machine inventor** [Online]. Available URL: <https://www.epo.org/en/news-events/news/epo-refuses-dabus-patent-applications-designating-machine-inventor>, 2024 (February, 27).
- Gellers, Joshua C. **Rights for Robots: Artificial Intelligence, Animal, and Environmental Law**. Routledge, 2021.
- Guardian. **New Rembrandt to be unveiled in Amsterdam** [Online]. Available URL: <https://www.theguardian.com/artanddesign/2016/apr/05/new-rembrandt-to-be-unveiled-in-amsterdam>, 2024 (March, 20).
- Guinness, Harry. **How Does ChatGPT Work?** [Online]. Available URL: <https://zapier.com/blog/how-does-chatgpt-work/>, 2023 (December, 26).
- Hughes, Justine. **Fair Use and its Politic – at Home and Abroad**. Ruth L. Okediji (Editor). **Copyright Law in An Age of Limitations and Exceptions**. New York: Cambridge University Press, 2017.
- IP Federation. **Text and Data Mining in UK (10 November 2023)** [Online]. Available URL: <https://www.ipfederation.com/download/text-data-mining-tdm-uk/>, 2024 (March, 7).
- Joachim von Braun, and others. **Robotics, AI, and Humanity: Science, Ethics, and Policy**. Springer, Switzerland, 2021.
- Lee, Daniel D. **The Singularity: Artificial General Intelligence (AGI) and ChatGPT** (Traverse City, Michigan: Independently published, 2023).

- Lin, Xu. Suzie Li, and Yu He. **Chinese Court Tackle the copyright issue in software generated report** [Online]. Available URL: <https://www.fieldfisher.com/en/services/intellectual-property/intellectual-property-blog/chinese-court-tackles-the-copyright-issues-in-soft>, 2024 (March, 9).
- Margoni, Thomas. **Computational Legal Methods: Text and Data Mining in Intellectual Property Research** [Online]. Available URL: <https://academic.oup.com/book/41122/chapter/350442803>, 2024 (March, 2).
- Montagnon, Rachel and Sungmin Cho. **UK Withdraw Plan to Broader Text and Data Mining (TDM) Copyright and Database Right Exception** [Online]. Available URL: <https://vlex.com/vid/uk-withdraws-plans-for-924279529>, 2024 (March, 7).
- Reed Smith. **Text and Data Mining in EU** [Online]. Available URL: <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/ai-in-entertainment-and-media/2024/02/text-and-data-mining-in-eu>, 2024 (May, 29).
- Satangmongkol, Kasidis. **เข้าใจการทำงานพื้นฐานของ Nuerons ใน Nueral Networks** [Online]. Available URL: <https://datarockie.com/blog/how-neurons-work/>, 2567 (March, 2).
- Savare, Matt. Bryan Sterba and David Cassidy. **The Copyright Conundrum – Protection for AI Works** [Online]. Available URL: <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/copyright-conundrum-protection-ai-works-2023-11-28/>, 2024 (January, 4).
- Seagull Song et al., **China’s First Case on AIGC Output Infringement-- Ultraman** [Online]. Available URL: <https://www.kwm.com/global/en/insights/latest-thinking/china-s-first-case-on-aigc-output-infringement-ltraman.html#:~:text=On%20February%208%2C%202024%2C%20Guangzhou,粤0192初113号>, 2024 (March, 21).
- Squire Patton Boggs. **Copyright protection in AI works: UK vs US** [Online]. Available URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a9b81aa1-7243-4f03-890c-7d29f5ccbdd7>, 2024 (March, 4).
- Tan, Bryan and Hagen Rooke. **Text and Data Mining in Singapore** [Online]. Available URL: <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/ai-in-entertainment-and-media/2024/02/text-and-data-mining-in-singapore?section=authors>, 2024 (March, 11).

- Techsauce team. **โมเดล Claude 3 ฉลาดที่สุดในตอนนี้ เก่งกว่า GPT-4 และพูดไทยได้ดีกว่า Gemini** [Online]. Available URL: <https://techsauce.co/tech-and-biz/get-to-know-claude-3--the-smartest-ai-model>, 2024 (April, 28).
- Trapova, Alina. “Copyright for AI-Generated Works: A Task for the Internal Market?.” **European Law Review** 48 (April 2023): 187.
- Tsiota, Iliana. **The Evolution of U.S. Originality in Copyright Law and a Comparison with the E.U.** [Online]. Available URL: https://repository.ihu.edu.gr/xmlui/bitstream/handle/11544/30177/i.tsiota_alam_18-04-2023.pdf?sequence=1, 2024 (January, 31).
- University of Birmingham. **Text and Data Mining (TDM)** [Online]. Available URL: <https://intranet.birmingham.ac.uk/as/libraryservices/library/copyright/text-and-data-mining/text-and-data-mining.aspx>, 2024 (March, 7).
- USPTO. **Inventorship Guidance for AI-Assist Inventions** [Online]. Available URL: <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/ai-inventorship-memo.pdf>, 2024 (February, 26).
- Walsh, Matt. **ChatGPT Statistics – The Key Facts and Figures** [Online]. Available URL: <https://www.stylefactoryproductions.com/blog/chatgpt-statistics>, 2024 (February, 27).
- Welborn, Aaron. **Tackling the Law of Text and Data Mining for Computational Research**[Online]. Available URL: <https://blogs.library.duke.edu/blog/2023/03/08/tackling-the-law-of-text-and-data-mining-for-computational-research/>, 2024 (March, 2).
- Winger, Aron. **Beijing Internet Court Release Translation of Li v. Liu Recognizing Copyright in Generative AI** [Online]. Available URL: <https://www.chinaiplawupdate.com/2024/01/beijing-internet-court-releases-translation-of-li-vs-liu-recognizing-copyright-in-generative-ai/>, 2024 (February, 26).
- WIPO. **Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI)** [Online]. Available URL: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_3_ge_20/wipo_ip_ai_3_ge_20_inf_5.docx, 2024 (March, 19).
- Zhang, Jiaying and Yuqian Wang. **Li v. Liu, 2023 (Translate), The George Washington University Center for Law and Technology** [Online]. Available URL: <https://cdn.patentlyo.com/media/2023/12/Li-v-Liu-Beijing-Internet-Court-20231127-with-English-Translation.pdf>, 2024 (March, 9).

การสู้รบทางไซเบอร์: Uncertainty ในกฎหมายระหว่างประเทศ
สู่ Uncharted ในกฎหมายไทย

รองศาสตราจารย์ ดร.วิณัฐฐา แสงสุข และคณะ

การสู้รบทางไซเบอร์: Uncertainty ในกฎหมายระหว่างประเทศ
สู่ Uncharted ในกฎหมายไทย
Cyber Warfare: Uncertainty in International Law
to Uncharted in Thai Law

รองศาสตราจารย์ ดร.วิณัฐฐา แสงสุข* และคณะ**
Associate Professor Dr.Winatta Saengsook et. al.

บทคัดย่อ

การสู้รบทางไซเบอร์ (Cyber Warfare) กลายเป็นอีกหนึ่งทางเลือกสำหรับความขัดแย้งในโลกยุคใหม่ นอกเหนือจากการรบแบบดั้งเดิม โดยสำหรับการสู้รบทางไซเบอร์ระหว่างรัฐกับรัฐนั้น กฎหมายระหว่างประเทศมีบทบัญญัติที่ครอบคลุมถึงวิธีการรบที่แปรเปลี่ยนไปเมื่อมีการใช้กำลัง

*อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนครศรีอยุธยา; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. (กฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.ด. สถาบันการศึกษานานาชาติ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: swinatta@aru.ac.th.

Lecturer in Law at Faculty of Humanities and Social Sciences, Phranakhon Si Ayutthaya Rajabhat University; LL.B. Ramkhamhaeng University; Barrister at Law at Thai Bar under The Royal Patronage; LL.M. in Business Law, Ramkhamhaeng University; LL.D. Ramkhamhaeng University.

** คณะผู้เขียนประกอบด้วยนางสาวณัฐธิดา วุ่นศิริ รองศาสตราจารย์พิมพ์ใจ รื่นเริง และผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทระ ลิมปศิริระ.

The Co-Authors are Nuttathida Voonsiri, Associate Professor Pimjai Ruenrerng, Assistant Professor Patthara Limsira.

คณะผู้เขียนขอขอบคุณ นายนรินทร์ฤทธิ์ เปรมอภิวัฒน์โนกุล ที่ปรึกษาด้านความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ อุทยานกสภาคความมั่นคงปลอดภัยระบบสารสนเทศ (TISA) ประธานกรรมการบริหาร บริษัท เอฟ恩 เพรเซียส จำกัด สำหรับคำแนะนำทางด้านความมั่นคงทางไซเบอร์.

The authors would like to express their appreciation to Narinrt Prem-apiwathanokul, A Chief Executive Officer, AFON Precious Co., Ltd., for his cybersecurity consulting.

วันที่รับบทความ (received) 19 มิถุนายน 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 7 กันยายน 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 18 กันยายน 2567.

(Use of Force) และการขัดกันทางอาวุธ (armed conflict) อย่างไรก็ตาม การพัฒนาอย่างต่อเนื่องในรูปแบบภัยคุกคามทางไซเบอร์ (Cyber Threat) ส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ กฎหมายในประเทศไทยเองก็ต้องมีการพัฒนากระบวนเกี่ยวกับผู้รับทางไซเบอร์เพื่อปกป้องโครงสร้างสำคัญ และความมั่นคงทางไซเบอร์ของประเทศเพื่อรับมือกับภัยคุกคามทางไซเบอร์ รวมถึงผู้รับทางไซเบอร์เพื่อรักษาผลประโยชน์ของประเทศชาติต่อไป ด้วยเหตุดังกล่าวบทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1) ศึกษากฎหมายระหว่างประเทศสามารถครอบคลุมถึงผู้รับทางไซเบอร์หรือไม่ 2) วิเคราะห์ว่าหน่วยงานทั้งภาครัฐ และเอกชนในประเทศไทยมีการเตรียมความพร้อมสำหรับการผู้รับทางไซเบอร์ภายใต้กรอบพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 และการดำเนินการของสำนักงานคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ (สมกช.) เป็นหน่วยงานรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติแล้วหรือไม่ และ 3) เพื่อให้ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมายไทย รวมถึงแนวปฏิบัติด้านความมั่นคงทางไซเบอร์

คำสำคัญ: กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ, ความมั่นคงทางไซเบอร์, การผู้รับทางไซเบอร์

Abstract

Cyber warfare offers an alternative to traditional warfare in modern conflicts. Although international law has some provisions that may provide some guidance on the use of force and armed conflicts, there are still ongoing development in cyber threats. This has resulted in ambiguity in the enforcement of international law. Additionally, regulations in Thailand must be developed related to cyber warfare to protect its critical infrastructure and cyber security to deal with cyber threats, including cyber warfare, in order to preserve national interests. For this reason, the purpose of this article is to study 1) whether cyber warfare can be governed by international law, 2) whether both government and private agencies in Thailand is prepared for cyber warfare under the framework of the Cyber Security Act 2019 and the operations of the Office of the Security as the government agency responsible under such Act and 3) to provide suggestions for Thai law and practices regarding cyber security.

Keywords: international humanitarian law, cyber security, cyber warfare

1. บทนำ

ยามที่นึกถึงการสงครามหรือการสู้รบ ย่อมจินตนาการได้ถึงการนำอาวุธสงครามยุทธโศภรณ์เข้าประหัตประหารกันและเป็นเรื่องง่ายที่จะสามารถมองเห็นความเสียหายของสิ่งปลูกสร้าง และการเสียชีวิตล้มตายของผู้คน จุดเปลี่ยนของเทคโนโลยีการทหารถูกพัฒนาถึงการกำเนิดของอาวุธนิวเคลียร์ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 หลังจากนั้น เทคโนโลยีก็เปลี่ยนไปอีกขั้นจนเข้ามาสู่ยุคที่เทคโนโลยีดิจิทัลก้าวล้ำหน้า และพัฒนาอย่างไม่มีจุดสิ้นสุด การทำสงครามจึงไม่ใช่การขนอาวุธมาสู้รบกันแบบดั้งเดิมอีกต่อไป¹ โดยอาวุธที่ถูกนำมาเป็นเครื่องมือสำคัญไม่ใช่อาวุธที่ใช้สำหรับการสังหารเป้าหมายโดยตรง แต่อาวุธที่ถูกนำมาเป็นเครื่องมือกลับเป็นเทคโนโลยีสารสนเทศและอินเทอร์เน็ตแทน เทคโนโลยีดิจิทัลต่างๆ เหล่านี้จึงเข้ามามีบทบาทในการต่อสู้กัน อีกทั้ง การป้องกันสงครามลักษณะเช่นนี้มีอาจทำได้ในวิธีการเหมือนกับการป้องกันสงครามนิวเคลียร์ ซึ่งสงครามลักษณะนี้ถูกเรียกว่า สงครามไซเบอร์ (Cyber War) เนื่องจากอาวุธที่ใช้ในสงครามไซเบอร์นี้มีวิธีการที่แตกต่างจากอาวุธแบบดั้งเดิม² สงครามไซเบอร์ คือ ความขัดแย้งระหว่างสองรัฐขึ้นไปที่ดำเนินการผ่านช่องทางไซเบอร์เป็นหลัก จึงเกี่ยวข้องกับการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ เครือข่าย และอินเทอร์เน็ตเพื่อโจมตีและป้องกันในทางระหว่างประเทศ ซึ่งโดยทั่วไปจะเกี่ยวข้องกับคำว่า สงคราม (War) ซึ่งโดยเนื้อแท้แล้วหมายถึงการกระทำขนาดใหญ่ โดยทั่วไป ในช่วงระยะเวลาที่ยืดเยื้อ และอาจรวมถึงวัตถุประสงค์ที่ต้องการใช้ความรุนแรงหรือจุดมุ่งหมายที่จะฆ่า ซึ่งสถานะสงครามจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีการประกาศสงครามเสียก่อน³

ในทางกลับกัน การสู้รบทางไซเบอร์ (Cyber Warfare) เป็นคำที่กว้างกว่าซึ่งหมายถึง การใช้วิธีดิจิทัล เทคนิค ยุทธวิธี และขั้นตอนที่อาจเกี่ยวข้องกับสงครามไซเบอร์ ซึ่งยังคงไม่ได้มีคำนิยาม

¹Jan Angstrom and Jerker J. Widen, *Contemporary Military Theory: The dynamics of war* (New York: Routledge, 2015), pp. 13-32; William W. Davis, George T. Duncan and Randolph M. Siverson, "The Dynamics of Warfare: 1816-1965," *American Journal of Political Science* 22, 4 (1978): 772-792.

²George Noel and Mark Reith, "Cyber Warfare Evolution and Role in Modern Conflict," *Journal of Information Warfare*, 20, 4 (2021): 30-44; Hans-Joachim Heintze and Pierre Thielbörger, Eds., *From Cold War to Cyber War: The Evolution of the International Law of Peace and Armed Conflict over the last 25 Years* (Switzerland: Springer Cham, 2016), pp. 1-18, 107 ff.

³Section III of the Hague Convention of 1907; Andrew Clapham, "Declarations of War and Neutrality," In *War*, (Oxford: Oxford University Press, 2021), pp. 41-79.

ที่เป็นที่ยุติ⁴ แต่คำนี้ไม่ได้หมายความถึงขนาด การยึดเชื้อ หรือความรุนแรง โดยการสู้รบ (Warfare) หมายถึง การกระทำอย่างหนึ่งของการทำสงคราม โดยการสู้รบเป็นส่วนหนึ่งของสงคราม แต่สงครามเป็นการแสดงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐหรือในกรณีสงครามกลางเมืองระหว่างกลุ่มคนสองกลุ่ม ดังนั้น ความหมายของการสู้รบ (Warfare) กับสงคราม (War) จึงมีความแตกต่างกัน⁵ ซึ่งการสู้รบจึงเป็นการกระทำที่คล้ายสงคราม (Warlike) จึงทำให้การสู้รบทางไซเบอร์จึงเป็นคำปลายเปิดมากกว่า และเป็นคำที่มีความหมายกว้างกว่า⁶

เนื่องมาจาก สงครามไซเบอร์จำเป็นจะต้องมีการประกาศสงครามก่อน แล้วจึงดำเนินการโจมตีทางไซเบอร์ ซึ่งอาจมีการปฏิบัติการทางทหารที่ใช้อาวุธอย่างแบบดั้งเดิมระหว่างรัฐที่ทำสงครามกัน โดยจนถึงขณะนี้ยังไม่มีการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นที่ดำเนินการครบตามหลักเกณฑ์ ซึ่งเป็นช่องว่างในทางกฎหมายในการที่จะต้องมีการพัฒนาการต่อไปในอนาคต⁷

ดังนั้น บทความฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาการโจมตีทางไซเบอร์ในรูปแบบต่าง ๆ พร้อมทั้งวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายของการโจมตีทางไซเบอร์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และการใช้กำลังตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ เป็นต้น เพื่อพิจารณาว่าการสู้รบทางไซเบอร์จะถือว่าเป็นสงครามตามกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่ รวมถึงพิจารณาแนวคิด และหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่อาจนำมาใช้เพื่อให้สามารถครอบคลุมการสู้รบทางไซเบอร์ และการใช้กำลังโดยวิธีการทางไซเบอร์ รวมถึงคู่มือทาลลินน์ด้วย สำหรับในส่วนของประเทศไทย ได้มีการเตรียมความพร้อมในเรื่องการสู้รบทางไซเบอร์ ภายใต้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 หรือไม่ เพียงใด โดยพิจารณาถึงคำนิยามที่เกี่ยวข้อง ขอบเขตการออกและใช้มาตรการสำหรับการสู้รบทางไซเบอร์ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ไม่รวมรวมถึงประเด็นของอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์

⁴Jeffrey Carr, *Inside Cyber Warfare: Mapping the cyber underworld*, 2nd ed. (Sebastopol: O'Reilly, 2011), pp. 1-2; Lianne J. M. Boer, *International Law As We Know It: Cyberwar Discourse and the Construction of Knowledge in International Legal Scholarship* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), pp. 1-25.

⁵ไพศาล นภสินธุ์วงศ์, “สงคราม และกฎการสงคราม War and Principles of War,” *วารสารนาวิกานุการ* 79 (กุมภาพันธ์-พฤษภาคม 2553): 76-93.

⁶Peter W. Singer and Allan Friedman, *Cybersecurity and Cyberwar: What everyone needs to know* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 13.

⁷Martin C. Libicki, “Appendix A: What Constitutes an Act of War in Cyberspace?,” In *Cyberdeterrence and Cyberwar* (Arlington, VA: RAND Corporation, 2009), pp. 179-182.

2. การโจมตีทางไซเบอร์

สนามรบไซเบอร์มาจากการโจมตีทางไซเบอร์ (Cyber Attack)⁸ ซึ่งหมายความถึง การดำเนินการทางไซเบอร์ ไม่ว่าจะเป็นเชิงรุกหรือเชิงป้องกัน ที่คาดว่าจะก่อให้เกิดการบาดเจ็บหรือเสียชีวิตต่อบุคคล หรือความเสียหายหรือมีผลทำให้ทรัพย์สินถูกทำลาย ทั้งในทางกายภาพ และในโลกดิจิทัล⁹ รวมไปถึงการโจมตีระหว่างรัฐบาลด้วยเพื่อทำลายเสถียรภาพทางการเมือง¹⁰ โดยคำดังกล่าวต่างจากอาชญากรรมทางไซเบอร์ (Cybercrime) ซึ่งหมายถึง การกระทำความผิดทางกฎหมายโดยใช้คอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดความเสียหายแก่คอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายอื่น ๆ หรือการให้เทคโนโลยีเพื่อช่วยเหลือ อำนาจความสะดวกหรือทำให้การกระทำความผิดนั้นมีผลเป็นวงกว้างยิ่งขึ้น ในกรณีที่มีการใช้เทคโนโลยีเข้าโจมตีหรือหลอกลวงมาจากต่างประเทศหรือเป็นคนต่างชาตก็ตามแต่ก็มีได้เข้าลักษณะเป็นสู้รบทางไซเบอร์ หากแต่เป็นการทำอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ เช่น การหลอกผ่านอีเมลว่าได้รับรางวัล การหลอกขายสินค้าแต่ไม่ส่งสินค้าให้ แก๊งคอลเซ็นเตอร์ หลอกโอนเงินหรือดูดเงินจากบัญชีธนาคาร เป็นต้น

โดยที่จุดมุ่งหมายหลักของการโจมตีของการสู้รบทางไซเบอร์ตันมี 5 ประการ คือ¹¹

1) การหยุดชะงักของระบบไฟฟ้า (Power Failures) เมื่อไฟฟ้าขัดข้องอาจเป็นอันตรายต่อเศรษฐกิจของประเทศและส่งผลกระทบต่อประชาชน

⁸เมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1988 ที่สหรัฐอเมริกา นายโรเบิร์ต มอร์ริส (Robert Morris) ปลอมัลแวร์ (Malware) ชื่อว่า หนอนมอร์ริส (Morris Worm) ได้สำเนาตัวเองและแพร่กระจายในอินเทอร์เน็ต ส่งผลให้คอมพิวเตอร์ประมาณ 3,000-4,000 เครื่องติดเชื้อ และถูกขัดขวางการทำงานให้ช้าลง สร้างความเสียหาย ประมาณ 98 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ถือเป็นกรณีโจมตีทางไซเบอร์เกิดขึ้นครั้งแรกในโลกอินเทอร์เน็ต. See, *United States v. Morris* (1991), 928 F.2d 504, 505 (2d Cir. 1991); Peter J. Denning, *The Internet Worm* (Mountain View: NASA Ames Research Center, 1989), pp. 1-2.

⁹International Committee of the Red Cross, **What limits does the law of war impose on cyber attacks?** [Online], available URL: <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/faq/130628-cyber-warfare-q-and-a-eng.html>, 2013 (June, 28).

¹⁰Valeriano Brandon and Ryan C. Maness, “The Dynamics of Cyber Conflict Between Rival Antagonists,” In *Cyber War versus Cyber Realities: Cyber Conflict in the International System* (Oxford: Oxford University Press, 2015), pp. 78-108.

¹¹Oliver Buxton, **Cyber Warfare: Types, Examples, and How to Stay Safe** [Online], available URL <https://www.avast.com/c-cyber-warfare>, 2023 (July, 14).

2) การละเมิดความปลอดภัยทางไซเบอร์ (Cybersecurity Breaches) มักเป็นการโจมตีด้วยการแฮ็ก อาจทำให้ระบบซอฟต์แวร์เสียหายหรือรบกวนระบบเครือข่ายรัฐบาลที่ไม่ได้มีการป้องกัน

3) ข้อมูลรั่วไหล (Data Leaks) โดยการละเมิดข้อมูลขนาดใหญ่อาจส่งผลกระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคลที่สามารถระบุตัวตนได้ เช่น เวชระเบียนหรือรายละเอียดทางธนาคาร เป็นต้น

4) การก่อวินาศกรรมทางทหารหรือทางอุตสาหกรรม (Military or Industrial Sabotage) เป็นการโจมตีโดยตรงต่อความมั่นคงของชาติหรือโครงสร้างพื้นฐานทางเศรษฐกิจของประเทศทำให้ความสามารถทางทหารหรืออุตสาหกรรมลดลง

5) การหยุดชะงักของการสื่อสาร (Communications Disruption) ซึ่งกระทบต่อโทรศัพท์ โทรศัพท์มือถือ อีเมล หรือการสื่อสารดิจิทัลอื่น ๆ ที่อาจถูกปิด สกัดกั้น หรือดัดแปลงแก้ไขข้อมูลได้

โดยการโจมตีทางไซเบอร์นั้นไม่มีการดำเนินการที่เหมือนกัน และรูปแบบการโจมตีที่อาจเกิดขึ้นมีมากมายไม่มีที่สิ้นสุด แต่ท่ามกลางรูปแบบของการโจมตีทางไซเบอร์ที่หลากหลายนั้น การดำเนินการสู้รบทางไซเบอร์มักจะอยู่ในวิธีการโจมตีอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้¹²

1) มัลแวร์ (Malware) หรือซอฟต์แวร์ที่เป็นอันตรายจะปลอมตัวเป็นไฟล์แนบอีเมลหรือโปรแกรมที่เชื่อถือได้ เช่น เอกสารหรือไฟล์เดสก์ทอปที่เข้ารหัส เพื่อแสวงหาประโยชน์จากไวรัสและอนุญาตให้แฮกเกอร์เข้าสู่เครือข่ายคอมพิวเตอร์ การโจมตีทางไซเบอร์ประเภทนี้มักจะทำให้ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศทั้งเครือข่ายต้องหยุดชะงัก ตัวอย่างของมัลแวร์ ได้แก่

(1) ไวรัส (Virus) จะแทรกตัวเข้าไปในโปรแกรมหรือไฟล์และสามารถแพร่กระจายไปยังเครื่องอื่น ๆ ได้โดยแนบตัวเองไปกับโปรแกรมหรือไฟล์ให้มีสภาพเป็นพาหะในการแพร่กระจายไปยังเครื่องอื่นๆ โดยไวรัสจะทำงานก็ต่อเมื่อผู้ใช้เปิดโปรแกรมหรือไฟล์ที่ติดไวรัสนั้น ไวรัสจะติดต่อดังกล่าวไปยังโปรแกรมหรือไฟล์อื่น ๆ ในระบบคอมพิวเตอร์ ทำให้เกิดความเสียหายต่อระบบ

(2) โทรจัน (Trojan) จะแฝงตัวมาในรูปแบบของโปรแกรมที่ดูน่าเชื่อถือและหลอกผู้ใช้ว่าเป็นโปรแกรมที่ปลอดภัย เมื่อผู้ใช้เปิดโปรแกรมหรือติดตั้ง โทรจันจะเปิดช่องทางให้ผู้โจมตีเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์นำมาสู่ความเสียหายในภายหลัง คล้ายกับกลยุทธ์การรบด้วยม้าโทรจัน (Trojan Horse) ในเรื่องสงครามโทรจันที่เมืองทรอย (Troy)

(3) หนอนคอมพิวเตอร์ (Worm) สามารถแพร่กระจายตัวเองไปยังคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์เครื่องอื่น ๆ ผ่านทางระบบเครือข่ายได้ เช่น อีเมล การแชร์ไฟล์ โดยไม่ต้องอาศัยไฟล์อื่น เวิร์มสามารถขโมยข้อมูล หรือทำลายระบบเครือข่ายได้

¹²ไมโครซอฟท์, การโจมตีทางไซเบอร์คืออะไร [Online], available URL: <https://www.microsoft.com/th-th/security/business/security-101/what-is-a-cyberattack>, (ม.ป.ป.).

(4) แรนซัมแวร์ (Ransomware) จะทำการเข้ารหัส หรือล็อกไฟล์ ไม่ให้ผู้ใช้สามารถเปิดไฟล์ หรือคอมพิวเตอร์ได้ จากนั้นก็จะส่งข้อความหาผู้ใช้หรือองค์กร เพื่อเรียกค่าไถ่ (Ransom) แลกกับการถอดรหัสเพื่อปลดล็อกข้อมูลหรือกู้ข้อมูลคืนมา มักพบเจอบ่อยในระดับองค์กร หรือหน่วยงานรัฐบาล

(5) สพายแวร์ (Spyware) ติดตั้งบนระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้เพื่อแอบดูพฤติกรรม และบันทึกการใช้งานของผู้ใช้ และอาจขโมยข้อมูลส่วนบุคคล เช่น บัญชีชื่อผู้ใช้งาน รหัสผ่าน หรือ ข้อมูลทางการเงิน เป็นต้น

(6) แบคดอร์ (Backdoor) คือ การเปิดช่องทางให้ผู้อื่นเข้ามาใช้งานเครื่องคอมพิวเตอร์ของเราโดยไม่รู้ตัว

(7) รุกคิท (Rootkit) คือ การเปิดช่องทางให้ผู้อื่นเข้ามาติดตั้งโปรแกรมเพิ่มเติมเพื่อควบคุมเครื่อง พร้อมได้สิทธิ์ของผู้ดูแลระบบ (Root)

2) การโจมตีโดยปฏิเสธการให้บริการ (Denial-of-Service: DoS) เป็นการโจมตีเพื่อทำให้ระบบคอมพิวเตอร์ เครือข่าย หรือบริการไม่สามารถใช้งานได้ โดยการส่งข้อมูลจำนวนมากไปยังระบบเป้าหมาย วิธีการทำงานของ DoS จะมี 3 ขั้นตอน คือ

(1) โจมตีระบบด้วยข้อมูล ผู้โจมตีจะส่งข้อมูลจำนวนมากไปยังระบบเป้าหมาย ทำให้ระบบโอเวอร์โหลดและหยุดทำงาน

(2) โจมตีช่องโหว่ของระบบ ผู้โจมตีจะใช้ประโยชน์จากช่องโหว่ของระบบเพื่อทำให้ระบบหยุดทำงาน และ

(3) การโจมตีโดยปฏิเสธการให้บริการแบบกระจาย (Distributed Denial-of-Service: DDoS) เป็นการโจมตีแบบ DoS โดยการที่แฮกเกอร์จะทำการส่งคำขอเข้าถึงข้อมูล (Traffic) จากอุปกรณ์จำนวนมาก และหลากหลายแหล่งที่มา ไปยังเว็บไซต์ที่ต้องการโจมตีพร้อม ๆ กัน ซึ่งยากต่อการป้องกัน ส่งผลให้เว็บไซต์นั้นมีปริมาณคำขอเข้าถึงข้อมูลมากเกินไปที่ระบบเครือข่ายจะสามารถรองรับได้ ทำให้เว็บไซต์ไม่สามารถใช้งานได้ โดยวิธีนี้นั้นได้เคยถูกนำมาใช้โดยประเทศเอสโตเนีย อันเนื่องมาจากเหตุความขัดแย้งทางเชื้อชาติอย่างรุนแรงภายในประเทศส่งผลให้บริการทางการเงินในประเทศเอสโตเนีย ณ ขณะนั้นไม่สามารถใช้งานได้¹³

¹³Silpa, สงครามไซเบอร์ครั้งแรก ๆ ของโลก และการก้าวข้ามนิยาม IO สู่ภัยจากรัฐชาติ... [Online], available URL: https://www.silpa-mag.com/history/article_46065, 2564 (พฤศจิกายน, 11); Vsm365, รูปแบบการโจมตีทาง Cyber ที่คุณควรรู้จัก [Online], available URL: <https://www.vsm365.com/th/articles/Types-of-cyber-attacks-you-should-know, 2567> (พฤษภาคม, 9).

โดยตัวอย่างการโจมตีแบบ DoS ได้แก่

- การโจมตีแบบ SYN flood ผู้โจมตีจะส่ง SYN packet จำนวนมหาศาลไปยังระบบเป้าหมาย ทำให้ระบบโอเวอร์โหลดและหยุดทำงาน

- การโจมตีแบบ Ping of Death ผู้โจมตีจะส่ง ICMP packet ขนาดใหญ่ไปยังระบบเป้าหมาย ทำให้ระบบหยุดทำงาน

- การโจมตีแบบ HTTP flood ผู้โจมตีจะส่ง HTTP request จำนวนมหาศาลไปยังเว็บไซต์เป้าหมาย ทำให้เว็บไซต์หยุดทำงาน

3) ฟิชซิง (Phishing) คือ ภัยคุกคามที่ใช้เทคนิคทางวิศวกรรมสังคม (Social engineering) ด้วยการหลอกลวง ล่อหลอกผู้อื่น ใช้หลักการพื้นฐานทางจิตวิทยาให้เหยื่อเปิดเผยข้อมูล ตัวอย่างเช่น ผู้โจมตีส่งอีเมลที่ดูน่าเชื่อถือในนามของบริษัทที่มีชื่อเสียงให้ผู้ใช้งานกดคลิกลิงก์ และเข้าไปกรอกข้อมูลบัตรเครดิต หรือข้อมูลละเอียดอ่อนอื่น ๆ ในหน้าเพจที่ทำปลอมขึ้นมาอย่างแนบเนียน หรือให้ผู้ใช้งานดาวน์โหลดไฟล์ที่แนบมากับอีเมลแล้วติดตั้งมัลแวร์ประเภทต่าง ๆ ในคอมพิวเตอร์ขององค์กร เพื่อเข้าถึงข้อมูลบนเครือข่ายส่วนตัวหรือของธุรกิจ

4) การโจมตีผ่าน Structured Query Language (SQL) ซึ่งเป็นภาษามาตรฐานในการเข้าถึงฐานข้อมูล โดยมี 2 รูปแบบ¹⁴ คือ

(1) SQL injection คือ การใช้ช่องโหว่ด้านความปลอดภัยของเว็บแอปพลิเคชัน (Web Application) ที่ทำให้แฮกเกอร์สามารถแอบหาข้อมูล สืบค้นเว็บแอปพลิเคชันโดยทำกับฐานข้อมูล มักจะช่วยให้อาชญากรไซเบอร์ดูข้อมูลที่เราไม่สามารถค้นได้ และเป็นข้อมูลส่วนตัวของผู้อื่น อาชญากรไซเบอร์ยังสามารถแก้ไขหรือลบข้อมูลนี้ได้อีกด้วย

(2) NoSQL injection คือ การใช้ข้อบกพร่องของความปลอดภัยของเว็บแอปพลิเคชันที่ใช้ฐานข้อมูล โดยส่วนมากช่องโหว่ของ NoSQL injection นั้น เกิดเมื่อเว็บแอปพลิเคชันได้รับการป้อนข้อมูล (Input) ของ ผู้ใช้งานโดยตรงมา process โดยที่ไม่มีการตรวจสอบหรือกรอง Input ต่าง ๆ นั้นเอง

แม้ว่าการโจมตี SQL ของทั้งสองอย่างจะคล้ายคลึงกัน แต่ข้อแตกต่างหลักที่เห็นได้ชัดระหว่าง NoSQL และ SQL นั้น คือ วากยสัมพันธ์ (Syntax) และ ไวยากรณ์ (Grammar) ของการ

¹⁴Supawee Foitong, **NoSQL injection 101** [Online], available URL: <https://datafarm-cybersecurity.medium.com/nosql-injection-101-e453d9856545>, 2023 (March, 29); Kaori Takase, **SQLi : SQL Injection คืออะไร อธิบายช่องโหว่และการป้องกัน SQL Injection** [Online], available URL: <https://kixoxq59.medium.com/sqli-sql-injection-คืออะไร-อธิบายช่องโหว่และการป้องกัน-sql-injection-173113d91cdc>, 2021 (June, 9).

กรองข้อมูลที่ต้องการจากฐานข้อมูลที่มีข้อมูลจำนวนมาก (Query) ซึ่ง NoSQL ไม่มีวากยสัมพันธ์และไวยากรณ์ที่เป็นกลางหรือแบบสำเร็จซึ่งรูปแบบของการกรองข้อมูลที่ต้องการจากฐานข้อมูลที่มีข้อมูลจำนวนมากนั้นขึ้นอยู่กับชนิดของฐานข้อมูลที่ใช้และภาษาที่ใช้เขียนของตัวเว็บ (Application Programming Interface: API) นั้น ซึ่งหมายความว่า การกรองข้อมูลที่ต้องการจากฐานข้อมูลที่มีข้อมูลจำนวนมากจะมีความหลากหลายไม่ได้ขึ้นอยู่กับฐานข้อมูลอย่างเดียว แต่ขึ้นอยู่กับภาษาที่ใช้เขียนด้วย เช่น Python PHP Node.js เป็นต้น หรือตัวของเฟรมเวิร์ก (framework) เช่น สปริงเฟรมเวิร์ก Spring Framework เป็นต้น

5) การเขียนสคริปต์ข้ามไซต์ (Cross Site Scripting: XSS) เกิดขึ้นเมื่ออาชญากรไซเบอร์ใช้จับตาดูเว็บไซต์ต่าง ๆ ที่มีจุดบกพร่องของระบบรักษาความปลอดภัย โดยแฮกเกอร์จะทำการส่งโค้ดคำสั่งเข้าไปในหน้าเว็บของผู้ใช้งานผ่านทางอีเมล เว็บบอร์ด เป็นต้น โดยหลอกให้ผู้ใช้กรอกข้อมูลสำคัญ เช่น ชื่อผู้ใช้งานและรหัสผ่าน เป็นต้น แล้วส่งกลับมาให้แฮกเกอร์ เกิดการเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลให้กับอาชญากรรายดังกล่าว เมื่อแฮกเกอร์ได้ข้อมูลนั้นก็ทำการสวมรอยด้วยการใช้ข้อมูลของผู้ใช้ล็อกอินเข้าไปยังเว็บไซต์ต่าง ๆ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ใช้งานเป็นอย่างมาก

6) บอทเน็ต (Botnet) มาจากคำว่า Robot และ Network ใช้เรียกเครือข่ายเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ถูกแฮกเกอร์ควบคุมเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่าง เช่น นำไปใช้โจมตีเครือข่ายคอมพิวเตอร์อื่นสาเหตุที่กลายเป็นบอทเน็ต ส่วนมากมักเกิดจากการติดมัลแวร์ที่ปล่อยไปตามช่องทางต่าง ๆ เช่น อีเมล เว็บไซต์ รวมถึงโซเชียลมีเดีย เมื่อเปิดช่องทางให้แฮกเกอร์สามารถควบคุม หรือนำไปสร้างการจราจร (Traffic) ได้จากระยะไกล เช่น มัลแวร์ประเภท RAT (Remote Access Trojan) โดยเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ถูกควบคุมจะเรียกว่า Zombie

7) โจมตีแบบดักกลางทาง (Man-in-the-middle attack) คือ การที่บุคคลภายนอกปลอมเป็นคนกลางเข้ามาแทรกสัญญาณในระหว่างที่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลในเน็ตเวิร์ค การโจมตีในรูปแบบนี้มักถูกใช้เพื่อขโมยข้อมูลเกี่ยวกับการเงิน และข้อมูลละเอียดอ่อนอื่น ๆ

8) ภัยคุกคามจากภายใน (Insider threat) เป็นภัยที่มาจากบุคคลภายในองค์กรที่ตั้งใจมุ่งประสงค์ร้ายต่อระบบความปลอดภัยขององค์กร โดยใช้อำนาจหน้าที่ หรือสวมรอยอำนาจหน้าที่เพื่อเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ และทำให้ระบบการป้องกันภัยคุกคามอ่อนแอลง

9) การโจมตีของภัยคุกคามขั้นสูง (Advanced Persistent Threat: APT)¹⁵ เป็นชุดของการโจมตีทางไซเบอร์ที่มีเป้าหมาย ซับซ้อน และยาวนาน เพื่อเข้าถึงระบบใช้เทคนิคการสอดแนม

¹⁵Amit Sharma and others, “Advanced Persistent Threats (APT): Evolution, anatomy, attribution and countermeasures,” *Journal of Ambient Intelligence and Humanized Computing* 14, 7 (2023): 9355-9381.

การค้นหาช่องโหว่ภายในระบบเพื่อเข้าถึงข้อมูลสำคัญ และการขโมยข้อมูลจากองค์กรหรือรัฐบาล ซึ่งแตกต่างจากการโจมตีทางไซเบอร์แบบดั้งเดิมที่มักมุ่งเน้นไปที่การสร้างความเสียหายแบบชั่วคราว หรือการปล้นทรัพย์สินทางไซเบอร์ นอกจากนี้ การโจมตีนี้ในบางกรณียังได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาล¹⁶ โดยกลุ่ม APT ภาครัฐที่มักมุ่งเป้าหมายไปยังการเมือง เศรษฐกิจ หรือความมั่นคงของรัฐบาล องค์กรธุรกิจ หรือบุคคลสำคัญในต่างประเทศ

โดยที่รูปแบบการโจมตีทางไซเบอร์ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นตัวอย่างเบื้องต้นเท่านั้น เนื่องจากทุกวันความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยียังไม่ถึงขีดจำกัด จึงอาจจะเกิดรูปแบบการโจมตีทางไซเบอร์ที่มีความสลับซับซ้อนเพิ่มมากขึ้นกว่านี้ที่ต่อยอดมาจากรูปแบบต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น

3. หลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศฉบับเดียวที่มีเนื้อหาครอบคลุมในการกำกับการสู้รบทางไซเบอร์¹⁷ แม้จะมีความพยายามในทางวิชาการในการผลักดันให้มีตราสารเป็นการเฉพาะขึ้นมา ก็ตาม¹⁸ ดังนั้น กฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ในปัจจุบันที่นำมาปรับใช้กับการสู้รบทางไซเบอร์ได้ คือ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แม้ว่าผู้ร่างมีเจตนาที่จะปรับใช้กับการขัดกันทางอาวุธแบบดั้งเดิม และคงมิได้คาดหวังว่าจะมาปรับใช้ควบคุมการสู้รบทางไซเบอร์กับคู่มือทาลลินน์ (Tallinn Manuals) จัดทำโดยศูนย์ความเป็นเลิศเพื่อความร่วมมือด้านความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ของเนโท (NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence: CCDCOE) เมืองทาลลินน์ ประเทศเอสโตเนีย อย่างไรก็ตาม คู่มือทาลลินน์นั้น ไม่ได้มีสภาพบังคับเช่นเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้ง คู่มือดังกล่าวยังอยู่ในระหว่างการปรับปรุง จึงยังมีความไม่ชัดเจนในทางปฏิบัติ

3.1 กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International Humanitarian Law: IHL) ที่เรียกกันในอีกชื่อว่า กฎหมายการขัดกันทางอาวุธ (Law of Armed Conflict) หรือ กฎหมาย

¹⁶Timo Steffens, *Attribution of Advanced Persistent Threats: How to Identify the Actors Behind Cyber-Espionage* (Heidelberg: Springer Vieweg Berlin, 2020), pp. 3-21.

¹⁷Daniel B. Garrie, "Cyberwarfare, What Are the Rules?," *Journal of Law & Cyber Warfare* 1 (2012): 1-7.

¹⁸Mette Eilstrup-Sangiovanni, "Why the World Needs an International Cyberwar Convention," *Philosophy & Technology* 31, 3 (2018): 379-407.

ภาคสงคราม (Law of War) คือ กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับเกี่ยวกับวิธีการทำสงคราม และการปฏิบัติต่อพลรบและพลเรือนอย่างมีมนุษยธรรมในระหว่างการทำสงคราม (*Jus in bello*)¹⁹ ซึ่งถือว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีสถานะภาพเป็นกฎหมายพิเศษ (*lex specialis*)²⁰ และกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Human Rights Law) เป็นกฎหมายที่ใช้ในทุกสถานการณ์ โดยกฎหมายทั้งสองกลุ่มนี้มีการทับซ้อนกันอยู่บ้างตามแนวคำวินิจฉัยต่าง ๆ ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice)²¹ โดยความสัมพันธ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่างก็มีวัตถุประสงค์ร่วมกันในการเคารพและปกป้อง (Respect and Protect) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) และปัจเจกชน (Individual)²²

โดยการขัดกันทางอาวุธนั้นแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ การขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (International Armed Conflict) และการขัดกันทางอาวุธ ที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Non-International Armed Conflict)²³ โดยมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ 5 หลัก²⁴ ได้แก่

¹⁹International Committee of the Red Cross, **What are jus ad bellum and jus in bello?** [Online], available URL: <https://www.icrc.org/en/document/what-are-jus-ad-bellum-and-jus-bello-0%E0%BB%BF>, 2015 (January, 22).

²⁰Cordula Droege, “The Interplay between International Humanitarian law and International Human Rights Law in Situation of Armed Conflict,” **Israel Law Review** 40, 2 (2007): 310-355.

²¹E.g. Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, para. 25; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, para. 106; Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, paras. 216-221.

²²Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, and Sandesh Sivakumaran, **International Human Rights Law**, 3rd ed., (Oxford: Oxford University Press, 2018), p. 503.

²³Office of the High Commissioner of United Nations Human Rights, **International legal Protection of Human Rights in Armed Conflict** [Online], available URL: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict.pdf, 2011 (May, 12).

²⁴Redcross, **Introduction to International Humanitarian Law** [Online], available URL: <https://www.redcross.org.uk/about-us/what-we-do/protecting-people-in-armed-conflict/international-humanitarian-law>, (n.d.).

1) หลักการแบ่งแยกพลรบกับพลเรือน (Principle of Distinction) ห้ามผู้มีส่วนร่วมโจมตีพลเรือนในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ โดยมีการแยกแยะระหว่างพลเรือนกับทหาร

2) หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) ห้ามผู้มีส่วนร่วมทำการโจมตีซึ่งคาดว่าจะทำให้เกิดการสูญเสียชีวิต ความสูญเสีย ความเสียหายต่อวัตถุพลเรือน แก่พลเรือนในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ เพื่อความได้เปรียบทางการทหารโดยตรง และเป็นรูปธรรม

3) หลักการเตือนภัยก่อนการโจมตี (Precaution) ให้ผู้มีส่วนร่วมดำเนินการเพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดความเสียหาย และความสูญเสียแก่พลเรือนในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธ

4) หลักความจำเป็นทางทหาร (Military Necessity) ผู้มีส่วนร่วมในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธจะสามารถใช้อาวุธเท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และให้ใช้อาวุธเพื่อให้บรรลุ “วัตถุประสงค์ทางการทหารที่มีการรองรับทางกฎหมาย (Legitimate Military Purpose)” โดยมีผลกระทบต่อชีวิตและทรัพย์สินของพลเรือนน้อยที่สุด

5) หลักมนุษยธรรม (Humanity) ห้ามให้มีการสูญเสีย และ/หรือความเสียหายเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางการทหารที่มีการรองรับทางกฎหมาย (Legitimate Military Purpose)

ในบริบทของการปฏิบัติการทางไซเบอร์ แนวคิดของการโจมตีทางไซเบอร์ จึงหมายถึงปฏิบัติการทางไซเบอร์ที่สามารถคาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผลว่าจะส่งผลให้ความเสียหาย ทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมถึงมีการปิดใช้งาน หรือการทำลายวัตถุ เช่น โครงสร้างพื้นฐาน และข้อมูลที่น่าจะเป็นไปได้ หรือการบาดเจ็บหรือเสียชีวิตของบุคคล แต่จะไม่รวมถึงการดำเนินการทางไซเบอร์ที่มุ่งเป้าไปที่การเข้าถึงเฉพาะข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยเมื่อนำหลักพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาพิจารณา อาจพิจารณาได้ว่า พลเรือนจะต้องไม่ถูกโจมตีหรือวัตถุพลเรือนคือวัตถุทั้งหมดที่ไม่ใช่วัตถุประสงค์ทางการทหาร ซึ่งรวมถึงโครงสร้างพื้นฐานของพลเรือน บริการสาธารณะ บริษัท ทรัพย์สินส่วนตัว และข้อมูลพลเรือนเพื่อหลีกเลี่ยงหรือลดผลกระทบที่ปฏิบัติการอาจมีต่อพลเรือน ตัวอย่างเช่น หากมีการตั้งเป้าที่จะขัดขวางบริการไฟฟ้าหรือรถไฟที่กองกำลังทหารใช้ ต้องพิจารณาหลีกเลี่ยงหรือลดผลกระทบที่การปฏิบัติงานเช่นนั้นอาจมีต่อพลเรือนให้เหลือน้อยที่สุด รวมถึงผลกระทบจากเหตุที่ไม่ได้ตั้งใจก่อนที่จะดำเนินการด้วย อีกทั้ง ยังเป็นการเพื่อลดผลกระทบที่ปฏิบัติการอาจมีต่อพลเรือน และหยุดการโจมตีหากความเสียหายต่อพลเรือนที่จะมีความเสี่ยงที่มากเกินไปหากสามารถเข้าถึงระบบปฏิบัติการได้

3.1.1 อาวุธทางไซเบอร์

ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแล้ว ไม่ได้มีนิยามของอาวุธบัญญัติเอาไว้ แต่ความหมายโดยทั่วไปจึงหมายถึง รายการอุปกรณ์ใด ๆ ที่รัฐหรือกลุ่มติดอาวุธจัดทำให้กับกองทัพ หรือสมาชิกของตน เพื่อใช้ในการขัดกันด้วยอาวุธ พวกเขาสามารถดำเนินการอย่างรุนแรงต่อศัตรู และใช้งานภายในขอบเขตที่สมเหตุสมผลโดยความจำเป็นทางทหารและกฎเกณฑ์ของกฎหมาย

มนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีหลักการและกฎพื้นฐานที่ควบคุม การเลือกอาวุธ และห้ามหรือจำกัดการใช้อาวุธบางชนิด หรือมีเป็นตราสารเฉพาะ²⁵ เช่น ลูกปืนที่มี น้ำหนักน้อยกว่า 400 กรัม²⁶ กระสุนที่ขยายหรือแผ่ในร่างกายมนุษย์²⁷ ยาพิษและอาวุธอาบยาพิษ²⁸ อาวุธเคมี²⁹ อาวุธชีวภาพ³⁰ อาวุธที่เศษชิ้นส่วนไม่สามารถตรวจจับในร่างกายได้ด้วยรังสีเอกซ์³¹ อาวุธ เพลิง³² อาวุธเลเซอร์ที่ทำให้ตาบอด³³ ฟันระเบิดสังหารบุคคล³⁴ เศษซากระเบิดจากสงคราม³⁵ และ ระเบิดลูกปราย³⁶ เป็นต้น

²⁵International Committee of the Red Cross, **Weapons** [Online], available URL: <https://www.icrc.org/en/document/weapons>, 2011 (November, 30).

²⁶1868 Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight (Declaration of Saint Petersburg).

²⁷1899 Declaration concerning the prohibition of the use of bullets which can easily expand or change their form inside the human body such as bullets with a hard covering which does not completely cover the core, or containing indentations.

²⁸1907 Convention respecting the Laws and Customs of War on Land.

²⁹1925 Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare (Geneva Protocol 1925); 1993 Convention on the prohibition of chemical weapons.

³⁰1925 Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare (Geneva Protocol 1925); 1972 Convention on the prohibition of biological weapons.

³¹1980 Protocol I on Non-Detectable Fragments to the Convention on Certain Conventional Weapons.

³²1980 Protocol III on Incendiary Weapons to the Convention on Certain Conventional Weapons.

³³1995 Protocol IV on Blinding Laser Weapons to the Convention on Certain Conventional Weapons.

³⁴1997 Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction (Ottawa Treaty).

³⁵1995 Protocol V on Explosive Remnants of War to the Convention on Certain Conventional Weapons.

³⁶2008 Convention on Cluster Munitions.

นอกจากนี้ ความหมายของอาวุธทางไซเบอร์ที่ยังไม่มีนิยามในทางกฎหมายระหว่างประเทศ หากแต่ความหมายโดยทั่วไป คือ ซอฟต์แวร์ที่เป็นอันตราย (Malicious Software Entities) นำไปใช้เพื่อก่อให้เกิดอันตรายต่อเครือข่ายและระบบคอมพิวเตอร์ของฝ่ายตรงข้าม ซอฟต์แวร์เหล่านี้คุกคามต่อการทำงานของระบบดิจิทัลที่ทำให้เกิดวงจรการสื่อสารและการแลกเปลี่ยนทั่วโลก โดยอาจส่งผลกระทบต่ออย่างมีนัยสำคัญต่อระเบียบทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง³⁷ ดังนั้น ความหมายของอาวุธทางไซเบอร์แตกต่างไปจากอาวุธอย่างดั้งเดิม

ในการพิจารณาว่าการใช้อาวุธทางไซเบอร์ (Cyberweapons) ในสงครามนั้น ยังไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวเป็นการเฉพาะ จึงให้พิจารณาจากหลักเกณฑ์การใช้อาวุธอย่างดั้งเดิม โดยต้องมีการคำนึงว่า

1) อาวุธนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ มีกฎหมายห้ามการใช้อาวุธดังกล่าวหรือไม่ โดยอนุสัญญาว่าด้วยการห้ามหรือการจำกัดการใช้อาวุธตามแบบฉบับบางประเภทซึ่งอาจถือว่าเป็นอันตรายมากเกินไปหรือมีผลกระทบตามอำเภอใจ ค.ศ. 1980 (1980 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects: CCW)³⁸ มีหลักการทั่วไปอันเป็นแนวทางปฏิบัติในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ (1) ห้ามการใช้อาวุธที่ไม่จำกัดผลลัพธ์ (use of weapons that are indiscriminate) และ (2) ห้ามการใช้อาวุธที่ทำให้เกิดความเสียหายเกินขนาดหรือความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็น (use of weapons of a nature to cause unnecessary suffering or superfluous injury)³⁹ นอกจากนี้ ยังมีได้มีการจำแนกอาวุธต้องห้ามออกเป็นประเภทต่าง ๆ เป็นการเฉพาะ⁴⁰ เช่น อาวุธใดก็ตามที่มีผลเบื้องต้นทำให้บุคคลได้รับบาดเจ็บจากสะเก็ดระเบิดซึ่งหากอยู่ในร่างกายจะไม่สามารถตรวจพบได้ด้วยการเอ็กซเรย์ อาวุธเพลิงอาวุธแสงเลเซอร์ ที่ออกแบบมาโดยเฉพาะเพื่อทำให้ตาบอดถาวร (blinding laser weapons) เป็นต้น

³⁷Tim Stevens, “Cyberweapons: power and the governance of the invisible,” *International Politics* 55, 3-4 (2018): 482-502.

³⁸United Nations, *Treaty Series*, vol. 1342, p. 137.

³⁹International Committee of the Red Cross, **1980 Convention on Certain Conventional Weapons** [Online], available URL: <https://www.icrc.org/en/document/1980-convention-certain-conventional-weapons#.VKkpP2SG-rY>, 2021 (May, 21).

⁴⁰1980 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I); 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II).

2) การใช้อาวุธนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น หากใช้อาวุธนอกเหนือจากอาวุธต้องห้ามถูกนำไปใช้ในเหตุการณ์ที่ได้รับการกำหนดว่าชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 36 ของพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 (1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)) กำหนดให้รัฐภาคีพิจารณา วิธีการหรือปัจจัยใหม่ในการทำสงครามว่าเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัตินั้น ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในประเด็นดังกล่าว เนื่องจากขึ้นอยู่กับการตีความของแต่ละรัฐภาคี อย่างไรก็ตาม การตีความดังกล่าวมีหลักควรพิจารณาว่าอาวุธ วิธีการหรือปัจจัยดังกล่าว (1) ต้องห้ามหรือถูกจำกัดตามพิธีสารหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศใดเป็นการเฉพาะหรือไม่ (2) ต้องห้ามตามพิธีสาร อนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีสถานะผูกพันรัฐภาคีหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศใดตามหลักกฎหมายมนุษยธรรมหรือไม่ และ (3) ขัดต่อหลักมนุษยธรรม (Principle of Humanity) หรือข้อกำหนดแห่งมโนธรรมของสาธารณะโดยรวม (the dictates of public conscience) หรือไม่ นอกจากนี้ รัฐภาคีควรพิจารณาการใช้โดยปกติหรือที่คาดหมายได้จากอาวุธ วิธีการหรือปัจจัยนั้น และบริบทในการใช้อาวุธ วิธีการหรือปัจจัยดังกล่าวประกอบด้วย⁴¹

การใช้อาวุธทางไซเบอร์ครั้งแรก ๆ ที่ปรากฏเป็นข่าวใหญ่ คือ ในปี ค.ศ. 2010 ชื่อว่า สตักซ์เน็ต (Stuxnet)⁴² ถูกปล่อยโดยสหรัฐอเมริกาและอิสราเอล⁴³ ซึ่งเป็นหนอนคอมพิวเตอร์เพื่อโจมตีโรงงานนิวเคลียร์ของอิหร่าน จึงทำให้สตักซ์เน็ตถือเป็นอาวุธทางไซเบอร์หลักตัวแรก ๆ ที่ถูกนำมาโจมตีและเชื่อว่าอิหร่านได้ใช้อาวุธทางไซเบอร์เพื่อตอบโต้ไปยังสถาบันการเงินชั้นนำของสหรัฐอเมริกา รวมถึงตลาดหลักทรัพย์นิวยอร์ก (New York Stock Exchange)⁴⁴

⁴¹Vincent Boulanin, **Implementing Article 36 Weapon Reviews in the Light of Increasing Autonomy in Weapon System** [Online], available URL: <https://www.sipri.org/sites/default/files/files/insight/SIPRIInsight1501.pdf>, 2015 (November, 2).

⁴²Kim Zetter, **Countdown to Zero Day: Stuxnet and the Launch of the World's First Digital Weapon** (New York: Crown Publishers, 2014), pp. 52-68.

⁴³David E. Sanger, **Obama Order Sped Up Wave of Cyberattacks Against Iran** [Online], available URL: <https://www.nytimes.com/2012/06/01/world/middleeast/obama-ordered-wave-of-cyberattacks-against-iran.html>, 2012 (June, 1).

⁴⁴Sue Halpern, **How Cyber Weapons Are Changing the Landscape of Modern Warfare** [Online], available URL: <https://www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/how-cyber-weapons-are-changing-the-landscape-of-modern-warfare>, 2019 (July, 18); Saeid Reza Ameli, Hassan Hosseini, and Farnaz Noori, "Militarization of Cyberspace, Changing Aspects of War in the 21st Century: The Case of Stuxnet Against Iran," *Iranian Review of Foreign Affairs* 10, 29 (2019): 99-136.

จากพลวัตรของอาวุธทางไซเบอร์ที่แตกต่างไปอย่างมากจากอาวุธตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีอยู่ จึงมีข้อเสนอทางวิชาการถึงความจำเป็นที่จะต้องสร้างกฎหมายเฉพาะขึ้นมากำกับอาวุธทางไซเบอร์ โดยกฎหมายที่มีอยู่ไม่ทันสมัยต่อการปรับใช้กับอาวุธทางไซเบอร์⁴⁵ ซึ่งบทบาทของสังคมระหว่างประเทศจึงต้องมาร่วมกันสร้างหลักกฎหมาย มีใช้ต้องรอคอยให้มหาอำนาจเป็นผู้กำหนดกติกาเพียงฝ่ายเดียว⁴⁶ ซึ่งเป็นแนวทางปกติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่จะมีพัฒนาเป็นตราสารเฉพาะสำหรับอาวุธแต่ละชนิด

3.1.2 การใช้กำลัง

ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศสมาชิกทั้งปวงจักต้องละเว้นการคุกคามหรือการใช้กำลัง⁴⁷ ซึ่งเป็นหลักการอันเป็นพื้นฐานของกฎบัตรสหประชาชาติ⁴⁸ โดยคำว่า การใช้กำลัง (Use of force) โดยทั่วไป หมายความว่าถึง การใช้กำลังทางกายภาพ อย่างไรก็ตาม การตีความถ้อยคำดังกล่าวนั้นอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัยในกรณีที่มีผลบังคับใช้มาเป็นเวลานานแล้ว⁴⁹ เนื่องจากการโจมตีทางไซเบอร์นั้น อาจไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายทางกายภาพมาก จึงต้องมีหลักการพิจารณาโดยคำนึงถึงผลที่เกิดขึ้นจากการโจมตีทางไซเบอร์อาจทำให้เกิดความเสียหายทางกายภาพหรือกระทบต่อความมั่นคงของประเทศนั้น ๆ⁵⁰

⁴⁵Nicholas Tsagourias and Giacomo Biggio, “The regulation of cyber weapons,” In: Eric P.J. Myjer and Thilo Marauhn eds., **Research Handbook on International Arms Control Law** (United Kingdom: Edward Elgar, 2022), pp. 440-455; Dennis Broeders and others, “Revisiting Past Cyber Operations in Light of New Cyber Norms and Interpretations of International Law: Inching towards lines in the sand?,” **Journal of Cyber Policy** 7, 1 (2022): 97-135; Jonathan F. Lancelot, “Cyber-Diplomacy: Cyberwarfare and the rules of engagement,” **Journal of Cyber Security Technology** 4, 4 (2020): 240-254.

⁴⁶Lucas Kello, “Cyber Legalism: Why it fails and what to do,” **Journal of Cybersecurity** 7, 1 (2021). 1-9.

⁴⁷Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, paras. 47-48.

⁴⁸Charter of United Nations, Article 2(4).

⁴⁹Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213.

⁵⁰Marco Roscini, **Cyber Operations and the Use of Force in International Law** (Oxford: Oxford University Press 2014), p. 55.

ทั้งนี้ ยังมีความเห็นที่หลากหลายของนานาชาติในเรื่องดังกล่าวว่าจะถือว่าการโจมตีทางไซเบอร์ที่ไม่มีผลในทางกายภาพเลยจะถือเป็นการใช้กำลังตามกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่ โดยรัฐภาคีหลายประเทศเห็นควรให้มีการขยายขอบเขตของการใช้คำว่า “การใช้กำลัง” ให้ครอบคลุมถึงการโจมตีทางไซเบอร์ โดยในมุมมองของรัฐภาคีนั้นสามารถแบ่งออกเป็น 2 แนวคิด ดังนี้

1) กลุ่มแรกมีแนวคิดว่า ควรมีการประเมินนั้นถือว่าการโจมตีทางไซเบอร์จะเป็นการใช้กำลังหรือไม่จากผลลัพธ์ (Effect-based Approach) กล่าวคือ การกระทำนั้นก่อให้เกิดหรือน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพต่อทรัพย์สิน การสูญเสียชีวิต หรือการบาดเจ็บของบุคคล⁵¹ ซึ่งเป็นการประเมินที่เป็นรูปธรรมที่สุดและถูกบรรจุไว้ในคู่มือทาลลินน์ด้วย⁵² ในการพิจารณาว่าการกระทำโดยรัฐนั้นเป็นการใช้กำลังหรือไม่นั้น ให้พิจารณาปัจจัย 7 ประการ⁵³ ดังต่อไปนี้

(1) ความรุนแรง โดยหากมีการก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพ ให้ถือว่าเป็นการใช้กำลัง

(2) ความฉับพลัน โดยหากการกระทำของรัฐนั้นทำให้เกิดผลทันที ให้ถือว่าเป็นการใช้กำลัง

(3) ผลโดยตรงจากการกระทำ โดยหากผลลัพธ์เป็นผลที่ชัดเจนจากการกระทำโดยรัฐ ให้ถือว่าเป็นการใช้กำลัง

(4) การเข้าถึง โดยหากการกระทำของรัฐเข้าถึงหรือล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น ให้ถือว่าเป็นการใช้กำลัง

(5) การประเมินความเสียหาย โดยหากมีความเสียหายจากการกระทำของรัฐ ให้ถือว่าเป็นการใช้กำลัง

(6) ความต้องห้ามตามกฎหมาย โดยหากการกระทำดังกล่าวนั้นมีกฎหมายใดห้ามไว้ ให้ถือว่าเป็นการใช้กำลัง และ

(7) การรับผิดชอบ โดยหากรัฐภาคีมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าว ให้ถือว่าเป็นการใช้กำลัง

นอกจากการประเมินโจมตีทางไซเบอร์จากผลลัพธ์แล้วนั้น ในการพิจารณาถึงการโจมตีทางไซเบอร์นั้น ยังมีหลักการสำหรับการประเมินโจมตีทางไซเบอร์จากเป้าหมาย (Target-based Approach) ซึ่งให้ถือว่ามีการใช้กำลังเมื่อมีการมุ่งเป้าไปยังโครงสร้างสำคัญของประเทศ และ

⁵¹Ibid., p. 53.

⁵²Huseyin Kuru, “Prohibition of Use of Force and Cyber Operations as Force,” *Journal of Learning and Teaching in Digital Age* 2, 2 (2017): 49-53.

⁵³Ibid., p. 53.

การประเมินโจมตีทางไซเบอร์จากวิธีการ (Instrument-based Approach) ซึ่งให้ถือว่ามี การใช้กำลังเมื่อการโจมตีทางไซเบอร์มีความคล้ายคลึงกับอาวุธแบบดั้งเดิม อย่างไรก็ตาม แนวคิดทั้งสอง ยังขาดความชัดเจนในทางปฏิบัติ เมื่อเทียบกับแนวคิดการประเมินโจมตีทางไซเบอร์จากผลลัพธ์⁵⁴ โดยแนวคิดนี้เป็นแนวคิดที่ได้รับความนิยมมากที่สุดในหมู่ประเทศต่าง ๆ⁵⁵ เช่น ประเทศแคนาดา ถือว่าการกระทำทางไซเบอร์ที่อาจเทียบได้กับการคุกคามหรือการใช้กำลังโดยมีขนาดและผลกระทบ ที่เทียบเคียงได้กับผลจากสถานการณ์อื่น ๆ เป็นการใช้กำลัง⁵⁶ และสหราชอาณาจักรถือว่าการกระทำใดเป็นการใช้กำลังเมื่อการกระทำนั้นมีหรือจะมีผลเหมือนหรือคล้ายคลึงกันกับการกระทำ โดยทางกายภาพ⁵⁷ เป็นต้น

2) กลุ่มที่สองมีแนวคิดว่าการโจมตีทางไซเบอร์ที่ถือเป็นการใช้กำลังหากเข้า องค์ประกอบตามที่แต่ละรัฐภาคีกำหนดโดยไม่จำเป็นต้องมีความเสียหายทางกายภาพเพียงประการเดียว เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์นำความเสียหายทางด้านอื่นนอกเหนือจากการเสียหายทางกายภาพ มาพิจารณาด้วย เช่น ความเสียหายทางเศรษฐกิจและความเสียหายทางการเงิน เป็นต้น⁵⁸ และ ประเทศนอร์เวย์ถือว่าการกระทำที่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการของโครงสร้างของรัฐหรือ โทรคมนาคมก็อาจเป็นการใช้กำลังได้เช่นกัน⁵⁹

⁵⁴Ibid., p. 48.

⁵⁵Marco Roscini, op. cit., pp. 46-47.

⁵⁶Government of Canada, **International Law applicable in cyberspace** [Online], available URL: https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/peace_security-paix_securite/cyberspace_law-cyberespace_droit.aspx?lang=eng, 2022 (April, 22).

⁵⁷Commonwealth & Development Office, **Application of international law to states' conduct in cyberspace: UK statement** [Online], available URL: <https://www.gov.uk/government/publications/application-of-international-law-to-states-conduct-in-cyberspace-uk-statement/application-of-international-law-to-states-conduct-in-cyberspace-uk-statement>, 2021 (June, 3).

⁵⁸Dutch Ministry of Foreign Affairs, **Letter to the parliament on the international legal order in cyberspace** [Online], available URL: <https://www.government.nl/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace>, 2019 (July, 5).

⁵⁹United Nations, **Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States** [Online], available URL: https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/UN-Official-compendium-of-national-contributions-on-how-international-law-applies-to-use-of-ICT-by-States_A-76-136-EN.pdf, 2021 (July, 13).

เมื่อการโจมตีทางไซเบอร์ครอบคลุมถึงเทคนิค เป้าหมาย และผลที่ตามมา ซึ่งส่งผลต่อเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งผลพวงของจากผู้รับทางไซเบอร์จำเป็นต้องมีกลยุทธ์เพื่อบรรเทาอันตรายที่เกิดจากการโจมตีดังกล่าว โดยเน้นความสำคัญของการรวบรวมข้อมูลเชิงลึกจากกลยุทธ์เหล่านี้ และชัดเจนว่าภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต⁶⁰

3.1.3 การป้องกันตนเอง

การใช้กำลังที่ชอบด้วยกฎหมายที่สอดคล้องกับเป้าหมายของสหประชาชาติ⁶¹ มี 2 ประการ คือ การใช้สิทธิป้องกันตนเอง (Self-Defense) ตามข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ กับการใช้มาตรการรักษาสันติภาพร่วมกันภายใต้หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ โดยประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการสู้รบทางไซเบอร์ที่รัฐสามารถใช้สิทธิของตนตอบโต้ได้นั้น น่าจะเหมาะกับการปรับใช้สิทธิป้องกันตนเองตามข้อ 51 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งถือว่าเป็นหลักการที่ตกผลึกมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁶²

โดยการที่จะก่อให้เกิดสิทธิป้องกันตนเองได้นั้น รัฐต้องถูกการโจมตีด้วยอาวุธ (Armed Attack) กล่าวคือ มีการโจมตีด้วยอาวุธข้ามแดนระหว่างประเทศ และกลุ่มผู้ใช้อาวุธโจมตีรัฐอื่นอย่างรุนแรงเทียบเท่ากับการโจมตีด้วยอาวุธโดยกลุ่มทหารปกติ คือ ขนาดและผลของการโจมตีรุนแรงมากกว่าขนาดหรือลักษณะที่เป็นเพียงการพิพาทเล็กน้อยตามแนวชายแดนเท่านั้น จึงหมายความว่าสิทธิในการป้องกันตนเองเกิดขึ้นหลังจากที่มีการโจมตีด้วยกำลังอาวุธบังเกิด (Occurs) ขึ้นแล้ว ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏในกรณีพิพาทคาโรไลน์ (Caroline)⁶³ แต่การช่วยเหลือผู้ก่อความไม่สงบโดยการสนับสนุนอาวุธหรือการสนับสนุนรูปแบบอื่นๆ อาจเป็นการข่มขู่คุกคามอันตรายหรือการใช้กำลัง (Threat or Use of Force) หรืออาจก่อให้เกิดการเข้าแทรกแซงของรัฐอื่น แต่ไม่ใช่การโจมตีด้วยอาวุธ แม้ว่าจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการใช้กำลังป้องกัน

⁶⁰Ridge A. Atrews, “Cyberwarfare: Threats, Security, Attacks, and Impact,” *Journal of Information Warfare* 19, 4 (2020): 17-28.

⁶¹Charter of United Nations, Article 2(4).

⁶²Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

⁶³Craig Forcese, *Destroying the Caroline: The Frontier Raid that Reshaped the Right to War* (Toronto: Irwin Law, 2018); Michael Wood, “The Caroline Incident-1837,” In: Tom Ruys, Olivier Corten, Alexandra Hofer eds., *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach* (Oxford: Oxford University Press, 2018), pp. 5-14; Edward Jr. Collins and Martin A. Rogoff, “The Caroline Incident of 1837, the McLeod Affair of 1840-1841, and the Development of International Law,” *American Review of Canadian Studies* 20, 1 (1990): 81-107.

ตนเอง แต่รัฐที่กระทำการดังกล่าวก็จะถือว่าละเมิดต่อการที่รัฐภาคีต้องละเว้นที่จะไม่ใช้การข่มขู่ คุกคามอันตรายหรือการใช้กำลังตามมาตรา 2(4) ของกฎบัตรสหประชาชาติ

โดยที่หลักการของการป้องกันตนเองที่สำคัญมี 2 ประการ⁶⁴ คือ

1) หลักการได้สัดส่วน (Proportionality) ไม่มีการระบุว่ามีมาตรการตอบสนองต่อการป้องกันตนเองที่เหมาะสมต่อการป้องกันตนเองอย่างแน่ชัดว่าเป็นเช่นไร โดยที่การได้สัดส่วนไม่ได้หมายความว่ารัฐต้องกระทำเหมือนกัน แต่เป็นการกระทำเพื่อให้ยุติการโจมตี และป้องกันมิให้มีการโจมตีต่อรัฐ ดังนั้น จึงต้องมีการพิจารณาตามแต่ละกรณี

2) ความจำเป็น (Necessary) การป้องกันตนเองจะกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และต้องมีการพิสูจน์ให้สามารถเห็นได้ด้วยว่ากระทำการเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น⁶⁵

จากเหตุความไม่สงบในโลกท่ามกลางการก่อการร้าย จึงมีการใช้กำลังการโจมตีโดยกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ (Non-State Actor) แต่ทว่าสิทธิของรัฐที่จะใช้การป้องกันตนเองได้นั้น ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติบังคับใช้เฉพาะระหว่างรัฐเท่านั้น จุดเปลี่ยนจึงเกิดขึ้นหลังจากเหตุการณ์ 9/11 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจึงเรียกประชุมด่วน และออกมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1368 (2001) Threats to international peace and security caused by terrorist acts (12 September 2001) ให้สิทธิป้องกันตนเองต่อการก่อการร้ายและภัยคุกคามต่อสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศ ผลจากมตินี้จึงสะท้อนว่า สหประชาชาติให้รัฐภาคีสามารถใช้สิทธิป้องกันตนเองตามมาตรา 51 ได้ โดยไม่จำเป็นต้องจำกัดแต่เพียงเฉพาะการกระทำที่มาจากรัฐเท่านั้น โดยจะต้องเป็นการก่อการร้ายที่มีแหล่งกำเนิดมาจากนอกรัฐ⁶⁶

การใช้สิทธิป้องกันตนเองตามกฎบัตรสหประชาชาติ ในทางทฤษฎีรัฐที่ใช้สิทธิจะต้องรายงานให้คณะมนตรีความมั่นคงรับทราบ และรัฐนั้นก็ควรจะหยุดการกระทำ แต่ทว่าในทางปฏิบัติ รัฐก็มักจะอ้างว่าการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงไม่เพียงพอ รัฐนั้นจึงยังคงต้องดำเนินการใช้สิทธิป้องกันตนเองต่อไป รวมไปถึงรัฐก็ถือว่าการรายงานให้คณะมนตรีความมั่นคงทราบนั้นไม่ใช่องค์ประกอบของการป้องกันตนเองตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแต่อย่างใด⁶⁷

⁶⁴Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168.

⁶⁵Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 161.

⁶⁶Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136.

⁶⁷Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

การใช้รัฐถูกการโจมตีทางไซเบอร์แล้วจึงใช้สิทธิของตนตอบโต้ด้วยการป้องกันตนเองนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะมากมายเกินกว่าที่จะเยียวยาให้กลับคืนมาได้หรือไม่ ซึ่งหากเทียบกับอันตรายจากการใช้อาวุธนิวเคลียร์เพื่อป้องกันตนเองแล้วก็ยังคงไม่มีความชัดเจนในกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน ถึงการใช้อาวุธนิวเคลียร์เพื่อป้องกันตนเองที่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁸ การสู้รบทางไซเบอร์ที่รัฐจะต้องยอมให้ถูกโจมตีก่อนจึงจะสามารถใช้สิทธิในการป้องกันตนเองจะทันต่อการหยุดยั้งหายนะทางไซเบอร์ได้หรือไม่

3.1.4 อาชญากรรมสงคราม

ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court: ICC) เป็นศาลระหว่างประเทศถาวรที่จัดตั้งขึ้นตามธรรมนูญกรุงโรมของศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court) ค.ศ. 1998 เพื่อตรวจสอบ ดำเนินคดี และพิจารณาคดีบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมร้ายแรงที่สุดที่ประชาคมระหว่างประเทศกังวล⁶⁹ โดยที่ศาลมีเขตอำนาจใน 5 ฐานความผิด ได้แก่ อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)⁷⁰ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes Against Humanity)⁷¹ อาชญากรรมสงคราม (War Crimes)⁷² อาชญากรรมการรุกราน (Crime of Aggression)⁷³ และความผิดต่อกระบวนการยุติธรรม (Offences against the Administration of Justice)⁷⁴

อาชญากรรมสงคราม รวมถึงการละเมิดอนุสัญญาเจนีวาอย่างร้ายแรง การละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีอย่างร้ายแรงอื่น ๆ ที่บังคับใช้ในการสู้รบระหว่างประเทศ และในความขัดแย้งที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศที่ระบุไว้ในธรรมนูญกรุงโรม เมื่อมีการกระทำโดยเป็นส่วนหนึ่งของแผน หรือนโยบายหรือในวงกว้าง ดังนั้น เมื่อมีการก่ออาชญากรรมตามแผนการหรือนโยบายหรือเป็นส่วนหนึ่งของอาชญากรรมขนาดใหญ่ โดยหากกิจกรรมทางไซเบอร์เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าว จึงจะถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม⁷⁵

⁶⁸Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226.

⁶⁹Rome Statute of the International Criminal Court, Preamble.

⁷⁰Ibid., Article 6.

⁷¹Ibid., Article 7.

⁷²Ibid., Article 8.

⁷³Ibid., Article 8 bis.

⁷⁴Ibid., Article 70.

⁷⁵Victor Tsilonis, “Cyber Warfare: International Criminal Law in the Digital Era,” In **The**

3.2 คู่มือทาลินน์

ปี ค.ศ. 2007 ช่วงปลายเดือนเมษายนถึงพฤษภาคม ประเทศเอสโตเนียตัดสินใจย้ายรูปปั้นทหารโซเวียตนิรนามออกไปจากที่ตั้งเดิมซึ่งอยู่ใจกลางกรุงทาลลินน์ เมืองหลวงของประเทศเอสโตเนีย โดยรูปปั้นนี้เป็นอนุสรณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ที่รำลึกถึงทหารโซเวียต การย้ายรูปปั้นนี้นำมาซึ่งความโกรธเคืองในหมู่ประชากรเชื้อสายรัสเซียที่อาศัยอยู่ในเอสโตเนียนำมาสู่การประท้วงที่กรุงทาลลินน์ จนเกิดเป็นจลาจล ต่อมาเหตุการณ์นี้ถูกเรียกว่า คี้นบรอนซ์ (Pronksiöö) เนื่องจากรูปปั้นดังกล่าวมีชื่อเรียกอย่างไม่เป็นทางการว่ารูปปั้นทหารบรอนซ์ นอกจากนี้ การย้ายรูปปั้นทหารบรอนซ์ยังทำให้รัสเซียไม่พอใจ ในช่วงเวลาเดียวกันนี้ ประเทศเอสโตเนียเผชิญกับการโจมตีทางไซเบอร์ต่อเนื่องนาน 3 สัปดาห์ เว็บไซต์ของหน่วยงานภาครัฐ และเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งธนาคาร ถูกโจมตีส่งผลให้การให้บริการภาครัฐของเอสโตเนียซึ่งพึ่งพาการทำงานบนพื้นที่ไซเบอร์ไม่สามารถดำเนินการได้ ความเสียหายทางธุรกิจก็เกิดขึ้นเนื่องจากต้องระงับการทำธุรกรรมทางการเงิน ซึ่งรูปแบบของการโจมตีทางไซเบอร์นี้เป็นการโจมตีแบบ DoS⁷⁶

จากเหตุการณ์ข้างต้น ศูนย์ความเป็นเลิศด้านการป้องกันทางไซเบอร์ของสหกรณ์ของนาโต (NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence: CCDCOE) จึงจัดตั้งคณะทำงานผู้เชี่ยวชาญระหว่างประเทศ (International Group of Experts: IGE) ขึ้นมาทำความเข้าใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับไซเบอร์⁷⁷ โดยขอบเขตอำนาจหน้าที่นั้น ผลงานของคณะทำงานจะไม่มีผลผูกมัดทางกฎหมาย ซึ่งผลงานที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง

Jurisdiction of the International Criminal Court (Switzerland: Springer Cham, 2024), pp. 315-339; Sarah Zarmsky, “Is International Criminal Law Ready to Accommodate Online Harm?: Challenges and Opportunities,” **Journal of International Criminal Justice** 22, 1 (2024): 169-184; Simon McKenzie, “Cyber Operations against Civilian Data: Revisiting War Crimes against Protected Objects and Property in the Rome Statute,” **Journal of International Criminal Justice** 19, 5 (November 2021): 1165-1192.

⁷⁶Mark Landler and John Markoff, **Digital Fears Emerge After Data Siege in Estonia** [Online], available URL: <https://www.nytimes.com/2007/05/29/technology/29estonia.html>, 2007 (May, 29); Stephen Herzog, “Revisiting the Estonian Cyber Attacks: Digital Threats and Multinational Responses,” **Journal of Strategic Security** 4, 2 (2011): 49-60.

⁷⁷Matthew Hoisington, **Regulating Cyber Operations Through International Law: In, Out or Against the Box?** In: Ludovica Glorioso and Mariarosaria Taddeo eds., **Ethics and Policies for Cyber Operations: A NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence Initiative** (Switzerland: Springer Cham, 2016), pp. 87-98.

คือ คู่มือทาลลินน์ (Tallinn Manual) ซึ่งเป็นผลงานทางวิชาการที่มีการพัฒนามากที่สุดที่พยายามจะจัดระเบียบหลักการต่าง ๆ ทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยหลักการแล้วคู่มือนี้จะเน้นที่กิจกรรมทางไซเบอร์ในความขัดแย้งทางอาวุธในบริบทของกฎหมาย⁷⁸ สะท้อนถึงกฎหมายที่มีผลผูกพัน (*lex lata*) ที่ใช้กับการปฏิบัติงานทางไซเบอร์และหลีกเลี่ยงการแสดงกฎหมายที่ยังไม่มีผลผูกพัน (*lex ferenda*) โดยฉบับปัจจุบัน คือ คู่มือทาลลินน์ 2.0 ว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้กับการปฏิบัติการทางไซเบอร์ (The Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations) ฉบับปี ค.ศ. 2017⁷⁹ โดยมีเนื้อหาเพิ่มจากคู่มือทาลลินน์ฉบับปี ค.ศ. 2013⁸⁰ คือ จากเดิมที่เน้นการปฏิบัติการต่อภัยคุกคามที่มีผลกระทบร้ายแรง ซึ่งอาจนำไปสู่การละเมิดการใช้กำลังทหารตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงสิทธิของแต่ละประเทศในการป้องกันตนเอง ฉบับใหม่เพิ่มบทวิเคราะห์ทางกฎหมายในการใช้อำนาจรัฐจัดการกับภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่มีโดยทั่วไป รวมทั้งการใช้กำลังทหารจัดการ/รับมือเท่าที่จำเป็น จึงมีการอธิบายทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับไซเบอร์ทั้งในยามสงบและสงคราม เนื้อหาของคู่มือทาลลินน์ 2.0 จึงมีความครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ ทางกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนี้ อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) การตรวจสอบ (Due Diligence) เขตอำนาจรัฐ (Jurisdiction) กฎหมายความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (Law of International Responsibility) การดำเนินการทางไซเบอร์ที่ไม่ได้รับการควบคุมโดยตรง (Cyber Operations Not Per Se Regulated) กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Human Rights Law) กฎหมายการทูตและกงสุล (Diplomatic and Consular Law) กฎหมายทะเล (Law of the Sea) กฎหมายอากาศ (Air Law) กฎหมายอวกาศ (Space Law) กฎหมายโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (International Telecommunications Law) การระงับข้อพิพาทอย่างสันติ (Peaceful Settlement of Disputes) และการห้ามการแทรกแซง (Prohibition of Intervention)

แต่อย่างไรก็ตาม คู่มือทาลลินน์ 3.0 อยู่ในระหว่างดำเนินการ ซึ่งเปิดรับฟังข้อคิดเห็นและพยายามที่จะแก้ไขเนื้อหาที่มีอยู่เพื่อตอบสนองต่อการพัฒนาใหม่ ๆ รวมทั้งแนะนำการอภิปรายในหัวข้อใหม่ ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมของรัฐในพื้นที่ไซเบอร์ รวมถึงกระบวนการปรับปรุงเกี่ยวกับ

⁷⁸Eric Talbot Jensen, “The Tallinn Manual 2.0: Highlights and Insights,” *Georgetown Journal of International Law* 48, 3 (Spring 2017): 735-778.

⁷⁹Michael N. Schmitt ed., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2nd Ed., (New York: Cambridge University Press, 2017).

⁸⁰Michael N. Schmitt ed., *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, (New York: Cambridge University Press, 2013).

ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายระหว่างประเทศที่หลากหลาย⁸¹ จึงสะท้อนให้เห็นได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันที่ใช้ในการกำกับปฏิบัติการทางไซเบอร์นั้นยังคงไม่ยุติ มีพลวัตในการพัฒนาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้ก้าวหน้าขึ้นอย่างต่อเนื่องและรวดเร็ว

4. การโจมตีทางไซเบอร์ในประเทศไทย

ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2561 - 2566 จากที่ปรากฏเป็นข่าวว่าการโจมตีทางไซเบอร์ที่เกิดขึ้นกับองค์กรภาครัฐและเอกชนของไทยมีเหตุการณ์ที่สำคัญ 9 ครั้ง⁸²

ครั้งที่ 1 เดือนเมษายน พ.ศ. 2561 ฐานข้อมูลลูกค้า TrueMove H ที่ลงทะเบียนข้ามผ่านช่องทาง iTrueMart หลุดบนคลาวด์เก็บข้อมูล Amazon Web Service S3 ทำให้บุคคลภายนอกสามารถเข้าถึงข้อมูลลูกค้ารายบุคคลได้ประมาณ 10 ล้านราย

ครั้งที่ 2 เดือนกันยายน พ.ศ. 2563 คอมพิวเตอร์ของโรงพยาบาลสระบุรีถูกโจมตีทางไซเบอร์ด้วยมัลแวร์เรียกค่าไถ่ ส่งผลให้ทางโรงพยาบาลไม่สามารถดึงข้อมูลคนไข้เพื่อทำการรักษาได้ เป็นการโจมตีทางไซเบอร์ที่สร้างผลกระทบต่อการทำงานของโรงพยาบาลสระบุรีอย่างมาก แม้ที่ผ่านมาทางโรงพยาบาลสระบุรีมีการแบ็กอัปข้อมูลไว้ตลอดเวลา แต่ไวรัสได้เจาะเข้าไปในฐานข้อมูลในช่วงนั้นพอดี

ครั้งที่ 3 เดือนมกราคม พ.ศ. 2564 เมื่อบริษัทในกลุ่ม Jasmine International ซึ่งเป็นบริษัทแม่ของ 3BB ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และช่อง MONO ออกประกาศชี้แจงข้อมูลกรณีแฮกเกอร์โจรกรรมข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้า พร้อมเรียกร้องให้ชำระค่าไถ่กว่า 550,000 เหรียญดอลลาร์สหรัฐ เพื่อแลกเปลี่ยนกับข้อมูลดังกล่าว แต่ Jasmine หลีกเลี่ยงการชำระค่าไถ่ แฮกเกอร์จึงได้ตอบด้วยการแฮกข้อมูลเพิ่มเติม โดยหลังเกิดเหตุ Jasmine ได้เปิดหน้าเว็บไซต์ให้ลูกค้า 3BB และช่อง MONO ตรวจสอบได้ด้วยตัวเอง อีกทั้งยืนยันว่า ข้อมูลส่วนบุคคลที่รั่วไหลไม่เกี่ยวกับข้อมูลทางการเงินหรือบัตรเครดิต พร้อมจะเร่งเพิ่มมาตรการป้องกันการโจมตีทางไซเบอร์ให้หนาแน่นมากยิ่งขึ้น

ครั้งที่ 4 เดือนสิงหาคม พ.ศ. 2564 สายการบิน Bangkok Airways ได้ออกประกาศว่าถูกโจมตีทางไซเบอร์ด้วย Lockbit Ransomware ทำให้ระบบสารสนเทศของบริษัทฯ อาจถูกเข้าถึงจากผู้ไม่หวังดี ซึ่งหลังเกิดเหตุทางบริษัทฯ ได้ดำเนินการสืบสวนเพื่อระบุว่ามิข้อมูลส่วนไหนบน Database ที่ได้รับความเสียหาย รวมถึงผู้โดยสารที่ได้รับผลกระทบ พร้อมกันนี้ได้เร่งปรับปรุงการป้องกันการโจมตีทางไซเบอร์ให้มีความรัดกุมมากยิ่งขึ้นกว่าเดิมด้วย

⁸¹The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, **The Tallinn Manual** [Online], available URL: <https://ccdcoe.org/research/tallinn-manual>, 2012 (September, 20).

⁸²Sosecure, **สรุป 9 เหตุการณ์การโจมตีทางไซเบอร์ครั้งใหญ่ในไทย** [Online], available URL: <https://www.sosecure.co.th/2024/04/29/cyber-attack, 2567> (เมษายน, 29).

ครั้งที่ 5 เดือนกันยายน พ.ศ. 2564 หลังสถาบันโรคไตภูมิราชนครินทร์ตรวจพบว่า ระบบข้อมูลของโรงพยาบาลถูกล็อก และมีความพยายามเจาะข้อมูลส่วนตัว เช่น ข้อมูลการฟอกไตของ คนไข้ ผลเอกซเรย์ และประวัติการรักษาของคนไข้ เป็นต้น โดยคาดว่าผู้ก่อเหตุเจาะระบบด้วยวิธีการ ควบคุมระยะไกลจากภายนอกโรงพยาบาล

ครั้งที่ 6 เดือนกันยายน พ.ศ. 2564 ผู้ใช้ THJAX ประกาศขายข้อมูลส่วนบุคคลโดยอ้างว่า มาจากเว็บไซต์ CP Freshmart จากนั้นไม่นานทาง CP Freshmart ออกแถลงการณ์ยืนยันว่าข้อมูล ลูกค้าถูกแฮกจริง แต่ยืนยันว่าข้อมูลที่หลุดออกไปมีเพียงชื่อ-นามสกุล ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ และ อีเมล แต่ไม่มีข้อมูลบัตรเครดิตหรือข้อมูลด้านการเงิน ทั้งนี้ได้ชี้แจงเพิ่มเติมว่า การโจมตีทางไซเบอร์ ครั้งนี้ไม่มีผลกระทบต่อการค้าเงินธุรกิจและระบบความปลอดภัยด้านอื่น ๆ พร้อมขอให้ลูกค้าระมัดระวัง การหลอกลวงทางโทรศัพท์ และการหลอกลวงทางอีเมล (Phishing) ที่อาจเกิดขึ้นได้จากการนำข้อมูล ไปใช้ต่อ และย้ำว่าไม่มีนโยบายติดต่อลูกค้าเพื่อขอข้อมูลทางการเงิน

ครั้งที่ 7 เดือนตุลาคม พ.ศ. 2564 เซ็นทรัล เรสตอรองส์ กรุ๊ป (Central Restaurant Group: CRG) ได้ออกหนังสือยืนยันว่ามีแฮกเกอร์ได้เข้าโจมตีระบบสารสนเทศของเซ็นทรัล เรสตอรองส์ กรุ๊ป จริง โดยการโจมตีทางไซเบอร์ครั้งนี้แฮกเกอร์ได้ข้อมูลบางส่วนของลูกค้าไป แต่ข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับการ ซื้อสินค้า ข้อมูลบัตรเครดิต และธุรกรรมทางการเงินยังอยู่ในสถานะที่ปลอดภัย

ครั้งที่ 8 เดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2565 ระบบการคัดเลือกกลางบุคคลเข้าศึกษาในสถาบัน อุดมศึกษา (Thai University Central Admission System: TCAS) ยืนยันว่ามีข้อมูลส่วนตัว บางส่วนของนักเรียนปี 2564 ที่ยื่นเพื่อรับการคัดเลือกเข้าศึกษาต่อ รอบ 3 Admission 1 รั่วไหลจาก เว็บไซต์ mytcas.com จำนวนกว่า 23,000 รายการ โดยข้อมูลชื่อ-นามสกุล เลขประจำตัวประชาชน โปรแกรมที่สมัครและรอบที่สมัครถูกวางขายในเว็บไซต์

ครั้งที่ 9 เดือนมีนาคม พ.ศ. 2566 แฮกเกอร์ชื่อ 9Near ประกาศขายข้อมูลบนเว็บไซต์แห่งหนึ่ง ระบุว่า เป็นข้อมูลและรายชื่อคนไทย 55 ล้านคน โดยมีรายละเอียดตั้งแต่ชื่อและนามสกุล ที่อยู่ วันเกิด เลขบัตรประชาชน เบอร์โทรศัพท์ที่เป็นเบอร์ใช้งานจริงและลงทะเบียนไว้กับหน่วยงานรัฐ ถือเป็นข่าว การโจมตีทางไซเบอร์ที่สร้างผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของประชาชนไม่น้อยเลยทีเดียว

จากข่าวการโจมตีสถาบันการเงิน ภาคธุรกิจต่าง ๆ หรือหน่วยงาน ภาครัฐในข้างต้น จะเห็น ได้ว่าประเทศไทยเป็นหนึ่งในเป้าหมายการโจมตีทางไซเบอร์ในรูปแบบของมัลแวร์เรียกค่าไถ่ และ การโจรกรรมข้อมูล ซึ่งหลังเกิดเหตุหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่างเร่งปรับปรุงมาตรการป้องกันการโจมตี ทางไซเบอร์ เพื่อให้พร้อมรับมือและป้องกันตนเองจากภัยที่อาจเกิดขึ้น เพื่อไม่ให้ตกเป็นเหยื่อของ มิจฉาชีพซ้ำสอง ทั้งนี้ แม้เหตุการณ์ทั้ง 9 นั้น จะไม่มีเหตุการณ์ใดที่ถือได้ว่าเป็นผู้รับทางไซเบอร์ และเป็นเพียงแค่โจมตีทางไซเบอร์เท่านั้น เหตุการณ์ดังกล่าวเป็นตัวอย่งให้เห็นถึงความเสียหาย เศรษฐกิจ ความเชื่อมั่นต่อระบบการป้องกันและมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ของประเทศไทย

เมื่อพิจารณารูปแบบการโจมตีทางไซเบอร์ที่เกิดขึ้นแล้ว เห็นว่ามักมาในรูปแบบของการใช้มัลแวร์เรียกค่าไถ่ และการโจรกรรมข้อมูลโดยการเจาะระบบข้อมูลหรือวิธีการอื่นใดด้วยมิชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลเป็นไปตามองค์ประกอบภายใต้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 มาตรา 60 วรรคสอง (2) และ/หรือมาตรา 60 วรรคสอง (3)(ข) เนื่องจากเป็นภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่มุ่งเพื่อโจมตีโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศของประเทศและความสงบเรียบร้อยของประชาชนเสียหาย เช่น โรงพยาบาลหรือสถานพยาบาล บริษัทด้านโทรคมนาคมหรือหน่วยงานรัฐอื่น ๆ เป็นต้น ซึ่งยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีการโจมตีทางไซเบอร์เนื่องจากการโจมตีไปยังโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศทั้ง 8 ด้าน การโจมตีดังกล่าวจึงเป็นเพียงแค่การโจมตีทางไซเบอร์ นอกจากนี้ เหตุการณ์ดังกล่าวยังอาจทับซ้อนกับความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 อีกด้วย โดยในปัจจุบันนั้น ประเทศไทยยังไม่มีแนวทางของคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติที่วางความเห็นอย่างชัดเจนตามหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562

5. กองบัญชาการไซเบอร์ (Cyber Command)

จากสถานการณ์ความรุนแรงของภัยคุกคาม และการโจมตีทางไซเบอร์ นับวันจะทวีความเข้มข้นและความรุนแรงเพิ่มขึ้นตามลำดับและส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ทั้งด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคมจิตวิทยา และการทหาร หลายประเทศได้มีความตระหนัก และมีการตื่นตัวในการเตรียมความพร้อมเพื่อรับมือกับภัยคุกคาม และการโจมตีดังกล่าวโดยเริ่มปรับหลักนิยมทางทหารใหม่ ด้วยการเพิ่มสมรรถภูมิการรบที่ 5 คือ ไซเบอร์โดเมน ให้เทียบเท่ากับสมรรถภูมิรบที่มีอยู่เดิม คือ บก ทะเล อากาศ และอวกาศ ดังนั้น การกำหนดให้ไซเบอร์เป็นอีกหนึ่งสมรรถภูมิแห่งการสู้รบนั้น เพื่อที่จะได้จัดตั้งกองกำลังที่รับผิดชอบในการรบในสมรรถภูมินี้

5.1 สหรัฐอเมริกา

ก่อตั้งกองบัญชาการไซเบอร์ของสหรัฐอเมริกา (United States Cyber Command: USCYBERCOM)⁸³ เป็นศูนย์บัญชาการรวบรวมที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการปฏิบัติการทางทหารในไซเบอร์โดเมนทั้งหมด มีสถานะเป็นกองบัญชาการรวบรวมระดับรอง (Sub-unified command) ขึ้นตรงกับกองบัญชาการด้านยุทธศาสตร์ (US STRATCOM) หน่วยบัญชาการไซเบอร์ตั้งอยู่ในฐานทัพฟอร์ทหิวด

⁸³U.S. Cyber Command, **Our History** [Online], available URL: <https://www.cybercom.mil/About/History>. (n.d.)

(Fort Meade) ณ มลรัฐแมริแลนด์ (Maryland) หน้าที่หลักของกองบัญชาการไซเบอร์นี้ คือ การปกป้องระบบเครือข่ายที่ทหารเป็นผู้รับผิดชอบ ในขณะที่ระบบเครือข่ายของรัฐบาลฝ่ายพลเรือนนั้น จะเป็นหน้าที่ของกระทรวงความมั่นคงแห่งมาตุภูมิของสหรัฐอเมริกา (United States Department of Homeland Security) ซึ่งสหรัฐอเมริกาเป็นหนึ่งในตัวอย่างของประเทศที่มีความพร้อมและโดดเด่น ในการก่อตั้งกองทัพไซเบอร์

5.2 สหราชอาณาจักร

ก่อตั้งกองกำลังไซเบอร์แห่งชาติ (National Cyber Force: NCF)⁸⁴ ภายใต้การควบคุม โดยหน่วยงานข่าวกรองของสหราชอาณาจักร (Government Communications Headquarters: GCHQ) กับกระทรวงกลาโหม กองกำลังไซเบอร์แห่งชาติตั้งอยู่ที่หมู่บ้านแซมเลสเบอรี (Samblesbury) ในเซาธ์ ธิเบิล (South Ribblesdale) แลงคาเชียร์ (Lancashire) มีจุดมุ่งหมายเพื่อรวมกิจกรรมทางไซเบอร์ ที่อันตรายต่อสหราชอาณาจักร ซึ่งไม่ได้มีหน้าที่เพียงปฏิบัติงานด้านข่าวสารเท่านั้น แต่ยังทำหน้าที่ ต่อต้านภัยคุกคามจากผู้ก่อการร้าย รวมถึงป้องกันประเทศจากศัตรูในเงามืดด้วย สำหรับภารกิจสำคัญที่ NCF จะเข้าร่วม คือ เจาะเข้าแนวป้องกันทางอากาศของศัตรูเพื่อปกป้องการปฏิบัติงานของกองทัพอากาศ ของสหราชอาณาจักร (Royal Air Force: RAF) ในการขัดขวาง และทำลายระบบการสื่อสารที่อาจ เป็นภัยคุกคามความมั่นคงแห่งสหราชอาณาจักร รวมถึงสนับสนุนงานภาคสนามทางไซเบอร์ด้วย⁸⁵ ซึ่งมีข้อสังเกตการปฏิบัติการของกองกำลังไซเบอร์ถือเป็นความลับระดับประเทศ จึงทำให้รายชื่อของบุคลากร และรายละเอียดโครงสร้าง รวมถึงรายละเอียดของการทำงานของ NCF ไม่ค่อยเปิดเผยต่อสาธารณะ⁸⁶ ซึ่งอาจจะเป็นประเพณีของหน่วยงานด้านความลับ และความมั่นคงที่ชื่อของเอ็ม (M)⁸⁷ ก็ยังคงเป็นความลับ

⁸⁴National Cyber Force, **National Cyber Force Explainer** [Online], available URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61b9f526d3bf7f05522e302e/Force_Explainer_20211213_FINAL__1_.pdf, 2021 (December, 13).

⁸⁵National Cyber Force, **The National Cyber Force: Responsible Cyber Power in Practice** [Online], available URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/642a8886f62000c17dabe/Responsible_Cyber_Power_in_Practice.pdf, 2023 (April, 3).

⁸⁶Emma Woollacott, **UK's National Cyber Force Reveals How It Works** [Online], available URL: <https://www.forbes.com/sites/emmawoollacott/2023/04/04/uks-national-cyber-force-reveals-how-it-works/?sh=5eafcb6b29f5>, 2023 (April, 4).

⁸⁷“เอ็ม” เป็นรหัสเรียกตำแหน่งหัวหน้าหน่วยงานสืบราชการลับของสหราชอาณาจักรในนิยายชุดเจมส์ บอนด์ (James Bond) ประพันธ์โดยไอแวน แลนแคสเตอร์ เฟลมมิง (Ian Lancaster Fleming).

5.3 ประเทศไทย

จากเดิมที่กองทัพแต่ละภาคส่วนก็จะมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงทางไซเบอร์ แต่กลับสร้างความเคลือบแคลงใจให้แก่สังคม เนื่องจากความพยายามต่าง ๆ ของกองทัพมักจะถูกตั้งคำถามจากสังคม ไม่ว่าจะเป็นการพยายามจะผลักดันระบบอินเทอร์เน็ตในรูปแบบของเกตเวย์แห่งชาติ ซึ่งก็คือ Single Gateway เช่นเดียวกับประเทศจีนและเกาหลีเหนือ⁸⁸ หรือการมีปฏิบัติการข่าวสาร (Information Operation: IO)⁸⁹ ในสื่อสังคมออนไลน์ จนกลายเป็นประเด็นทางการเมืองแทนความมั่นคงไปแทน⁹⁰ และบดบังความตั้งใจในการดำเนินการจัดการกับภัยคุกคามทางไซเบอร์ของกองทัพไทย ซึ่งเป็นปัจจัยที่สำคัญต่อการดำเนินงานด้านความมั่นคงทางไซเบอร์ของกองทัพในอนาคต

จากการที่กองทัพไทยได้จัดส่งเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องไปศึกษาดูงานหน่วยงานด้านไซเบอร์ของมิตรประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนาขีดความสามารถด้านไซเบอร์ของกองทัพไทย มุ่งสู่การเป็นศูนย์ความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์เพื่อความเป็นเลิศ (Cyber Security Academy) เพื่อการพัฒนาบุคลากรทางไซเบอร์ของประเทศโดยร่วมมือกับทุกกระทรวง ทบวง กรม สถาบันการศึกษา ภาครัฐกิจ เอกชน และหน่วยงานความมั่นคง โดยพัฒนาการล่าสุดกองทัพไทยมีนโยบายในการดำเนินงานด้านความมั่นคงทางไซเบอร์มีดังนี้⁹¹

⁸⁸สาวตรี สุขศรี, นโยบาย Single Internet Gateway เพื่อรัฐ เพื่อประชาชน หรือเพื่อใคร? [Online], available URL: <https://prachatai.com/journal/2015/10/61774>, 2558 (ตุลาคม, 6).

⁸⁹กองบรรณาธิการ, “การปฏิบัติการข่าวสารในยุคแห่งสงครามสารสนเทศ,” วารสารสถาบันวิชาการป้องกันประเทศ 7, 1 (2559): 9-15; ศูนย์ศึกษายุทธศาสตร์ สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ, เอกสารศึกษาเฉพาะกรณี “การสื่อสารทางยุทธศาสตร์ (Strategic Communication : SC) และการปฏิบัติการข่าวสาร (Information Operations : IO) ของกองทัพไทย : แนวทางการดำเนินงานในอนาคต (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ศึกษายุทธศาสตร์ สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ, 2559).

⁹⁰บีบีซี, ไอโอ : คณะก้าวหน้าเปิดโปงข้อมูลเครือข่ายปฏิบัติการข่าวสารกองทัพ ด้านเอกชนแฉลงได้ชี้ข้อมูลบิดเบือน [Online], available URL: <https://www.bbc.com/thai/thailand-55145803>, 2563 (ธันวาคม, 1); สปริงนิวส์, IO #ทหารมีไว้ทำไม ที่มาและเรื่องราว ปฏิบัติการข่าวสารสร้างสรรค์!? [Online], available URL: <https://www.springnews.co.th/news/hot-issue/847064>, 2567 (มกราคม, 19).

⁹¹กรุงเทพธุรกิจ, ‘สุทิน’ สั่งทุกเหล่าทัพตั้ง ‘กองบัญชาการไซเบอร์’ ด้านภัยคุกคามใหม่ [Online], available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/politics/1128462>, 2567 (มิถุนายน, 15); ไทยรัฐออนไลน์, “กองทัพ” รุกตั้งหน่วยไซเบอร์ทหาร รับภัยคุกคาม เริ่มผลิตนักรบ 1 ต.ค.นี้ [Online], available URL: <https://www.thairath.co.th/news/local/bangkok/2787536>, 2567 (พฤษภาคม, 22); ประชาไทย, ก.กลาโหม เตรียมตั้งกองบัญชาการสงครามไซเบอร์ [Online], available URL: <https://prachatai.com/journal/2024/05/109345>, 2567 (พฤษภาคม, 25).

5.3.1 จัดตั้งหน่วยบัญชาการไซเบอร์ทหารมีเป้าหมายหลักให้เป็นศูนย์ความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์และเพื่อการพัฒนาบุคลากรทางไซเบอร์ของประเทศไทย และปรับโครงสร้างหน่วยไซเบอร์ภายใต้หน่วยปฏิบัติการดิจิทัล กองทัพบกเพิ่มกองสงครามอิเล็กทรอนิกส์ กองทัพเรือเพิ่มศูนย์ไซเบอร์กองทัพเรือ กองทัพอากาศปรับย้ายกองสงครามเครือข่ายไปอยู่ภายใต้ศูนย์ไซเบอร์กองทัพอากาศ และปรับศูนย์ไซเบอร์กองทัพอากาศไปอยู่ภายใต้กรมเทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสารทหารอากาศ เพื่อรองรับและแก้ไขปัญหาภัยคุกคามทางไซเบอร์ทั้งในระดับกองทัพ และในระดับประเทศ หากเกิดเหตุการณ์สำคัญ กองทัพก็จะมีความสามารถในการเตรียมการจัดทีมรับผิดชอบระบบสาธารณูปโภคสำคัญของประเทศได้

5.3.2 ก่อตั้งโรงเรียนดิจิทัลโรงเรียนไซเบอร์ทหารเพื่อเป็นหน่วยสายวิชาการด้านไซเบอร์ และเป็นแหล่งผลิตบุคลากรด้านไซเบอร์ให้แก่กองทัพ และหน่วยงานภายนอก โดยจะร่วมมือกับทุกหน่วยงานราชการ สถาบันการศึกษา และเอกชน รวมทั้งหน่วยงานความมั่นคงต่าง ๆ ของประเทศไทยมีเป้าหมาย เพื่อผลิตบุคลากรที่มีความชำนาญในด้านนี้ปีละประมาณ 300-500 นาย

5.3.3 การตั้งสถาบันป้องกันและตอบโต้สถานการณ์วิกฤตนานาชาติ (International Crisis Prevention and Response Academy: ICPR) พร้อมรับมือปัญหาก่อการร้าย ก่อเหตุร้ายในประเทศ และการแก้ไขวิกฤตการณ์ระดับชาติ โดยยกระดับเป็นศูนย์ปฏิบัติการพิเศษร่วม (Joint Special Operations Command: JSOC)

หากเกิดสถานการณ์วิกฤตทางการเมืองในอนาคต หน่วยงานทางทหารที่กำลังจะตั้งขึ้นใหม่นั้น ต้องพึงระวังการกำหนดบทบาทที่ต้องดำเนินการเพื่อความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ตลอดจนการป้องกันและตอบโต้สถานการณ์วิกฤตของชาติให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งหน่วยงานดังกล่าวด้วย

6. กฎหมายเกี่ยวกับการสู้รบทางไซเบอร์ในประเทศไทย

พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อกำหนดนโยบาย มาตรการ แนวทางการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์สำหรับหน่วยงานภาครัฐและเอกชนที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศในการป้องกัน รับมือ และลดความเสี่ยงจากภัยคุกคามทางไซเบอร์มิให้มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยในประเทศ รวมทั้งให้สำนักงานคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ (สมกช.) เป็นหน่วยงานรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติดังกล่าว และประสานการปฏิบัติงานร่วมกัน และรับมือภัยทางไซเบอร์อย่างมีประสิทธิภาพ⁹² แต่ความพร้อมในการรับมือภัยคุกคามที่เข้ามา

⁹²กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม. เกี่ยวกับ สมกช. กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม [Online], available URL: <https://www.mdes.go.th/mission/detail/2481>, (ม.ป.ป.).

ในเขตแดนแห่งความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ หรือการตอบโต้หรือตอบสนองต่อ “ภัยคุกคามทางไซเบอร์” หรือ การกระทำหรือการดำเนินการใด ๆ โดยมีขอบ โดยใช้คอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมไม่พึงประสงค์โดยมุ่งหมายให้เกิดการประทุษร้ายต่อระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลอื่นที่เกี่ยวข้อง และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือส่งผลกระทบต่อการทำงานของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลอื่นที่เกี่ยวข้องในลักษณะเป็นเชิงสงครามนั้น⁹³ ยังขาดความชัดเจนในทางมาตรการตามกฎหมายและการกำหนดขั้นตอนดำเนินการทั้งทางภาครัฐ และเอกชนดังนี้

6.1 ขอบเขตของพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562

ตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 นั้น “ภัยคุกคามทางไซเบอร์” หมายความว่า การกระทำหรือการดำเนินการใด ๆ โดยมีขอบ โดยใช้คอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมไม่พึงประสงค์โดยมุ่งหมายให้เกิดการประทุษร้ายต่อระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลอื่นที่เกี่ยวข้อง และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือส่งผลกระทบต่อการทำงานของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือ ข้อมูลอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ หากพิจารณาถึงภัยคุกคามทางไซเบอร์ตาม NIST Cybersecurity Framework (NIST CSF)⁹⁴ โดยในปัจจุบัน คือ NIST CSF 2.0⁹⁵ นั้น หมายถึง

⁹³พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562, มาตรา 3.

⁹⁴เป็นกรอบทำงานด้านความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ที่ถูกกำหนดโดยสถาบันมาตรฐานและเทคโนโลยีแห่งชาติ (The National Institute of Standards and Technology: NIST) ภายใต้กระทรวงพาณิชย์ของสหรัฐอเมริกา เป็นหนึ่งในกรอบทำงานด้านความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ซึ่งเป็นที่นิยมใช้อย่างมากในปัจจุบัน จึงไม่เพียงแต่องค์กรในสหรัฐ แต่เป็นที่แพร่หลายไปยังทุกภูมิภาคทั่วโลก รวมไปถึงประเทศไทย มาใช้เป็นแนวทางและกรอบการอ้างอิงในการสร้างความปลอดภัยให้กับระบบการทำงานของหน่วยงานต่าง ๆ ที่จำเป็นของรัฐและเอกชนที่มีระบบการทำงานพื้นฐานอยู่บนเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อรับมือกับภัยคุกคามไซเบอร์ กรอบทำงานนี้นำเสนอหลักการและแนวทางปฏิบัติที่ดีที่สุดของการบริหารจัดการความเสี่ยง เพื่อยกระดับความมั่นคงปลอดภัยขององค์กรทุกระดับ รวมไปถึงช่วยให้องค์กรสามารถวางแผนป้องกัน ตรวจสอบ และตอบสนองต่อภัยคุกคามได้อย่างรวดเร็ว และเป็นระบบ. Dietmar P. F. Möller, “NIST Cybersecurity Framework and MITRE Cybersecurity Criteria,” In **Guide to Cybersecurity in Digital Transformation. Advances in Information Security** (Switzerland: Springer, Cham, 2023), pp. 231-271; Marion Toussaint, Sylvère Kréma and Hervé Panetto, “Industry 4.0 Data Security: A cybersecurity frameworks review,” **Journal of Industrial Information Integration** 39 (March 2024): 100-604.

⁹⁵The National Institute of Standards and Technology, **The NIST Cybersecurity Framework (CSF) 2.0** [Online], available URL: <https://doi.org/10.6028/NIST.CSWP.29>, 2024 (February, 26).

พฤติกรรมหรือสถานการณ์ที่อาจทำให้เกิดผลในด้านลบต่อการดำเนินงานขององค์กร (รวมถึงภารกิจหน้าที่ ภาพลักษณ์ หรือชื่อเสียง) ทรัพย์สิน บุคคลขององค์กรนั้น หรือ องค์กรอื่น หรือของชาติผ่านทางระบบข้อมูลสารสนเทศที่มีการเข้าถึง ทำลายเปิดเผย หรือดัดแปลงข้อมูล และ/หรือการปฏิเสธการให้บริการ⁹⁶ จะเห็นได้ว่านิยามตามพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 นั้นไม่ได้ระบุถึง “พฤติกรรมหรือสถานการณ์ที่อาจทำให้เกิดผลในด้านลบทางไซเบอร์” แต่กลับกล่าวถึงการกระทำโดยมีจุดมุ่งหมาย ซึ่งอาจทำให้เกิดความสับสนต่อเมื่อมีการบังคับใช้และตีความกฎหมายในมาตราที่เกี่ยวข้องได้ นอกจากนี้ ขอบเขตตามพระราชบัญญัติดังกล่าวอาจมีกรณีที่น่าจะทับซ้อนกับกรณีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ว่างจะเป็นคำนิยามของคำว่า “ภัยคุกคามทางไซเบอร์” ซึ่งอาจรวมถึงกรณีการใช้มัลแวร์หรือไวรัสที่สร้างความเสียหายแก่ระบบคอมพิวเตอร์เกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะ⁹⁷ กล่าวคือ แม้จะมีการกล่าวถึงบริบทของความมั่นคงในพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 แต่การไม่ได้กล่าวถึงความมั่นคงของชาติอย่างชัดเจนอาจทำให้เกิดความสับสนได้เช่นกัน

พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 ได้กำหนดภัยคุกคามทางไซเบอร์นั้นแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

⁹⁶Any circumstance or event with the potential to adversely impact organizational operations (including mission, functions, image, or reputation), organizational assets, individuals, other organizations, or the Nation through an information system via unauthorized access, destruction, disclosure, or modification of information, and/or denial of service.

U.S. Department of Commerce and National Institute of Standards and Technology, “NIST Special Publication 800-30 Rev. 1 : Guide for Conducting Risk Assessments [Online], available URL: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-30r1.pdf>, 2012 (September, 20).

⁹⁷พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560, มาตรา 12 วรรคแรก ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 หรือมาตรา 11 เป็นการกระทำต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท และ มาตรา 13 ผู้ใดจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือมาตรา 11 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.

(1) ภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับไม่ร้ายแรง หมายถึง ภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่ส่งผลให้ระบบคอมพิวเตอร์ของหน่วยงานโครงสร้างพื้นฐานสำคัญของประเทศ หรือการให้บริการของรัฐด้วยประสิทธิภาพลง⁹⁸

(2) ภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับร้ายแรง หมายถึง ภัยคุกคามที่มีลักษณะการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญของการโจมตีระบบคอมพิวเตอร์ คอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยมุ่งหมายเพื่อโจมตีโครงสร้างพื้นฐานสำคัญของประเทศโดยมีผลทำให้ระบบคอมพิวเตอร์หรือโครงสร้างสำคัญทางสารสนเทศที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการของโครงสร้างพื้นฐานสำคัญของประเทศ ความมั่นคงของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การป้องกันประเทศ เศรษฐกิจ การสาธารณสุข ความปลอดภัยสาธารณะ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนเสียหาย จนไม่สามารถทำงานหรือให้บริการได้⁹⁹

(3) ภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับวิกฤติ หมายถึง ภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับวิกฤติ ที่มีลักษณะ ดังต่อไปนี้ (ก) เป็นภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่เกิดจากการโจมตีระบบคอมพิวเตอร์ คอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ในระดับที่สูงขึ้นกว่าภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับร้ายแรง โดยส่งผลกระทบต่อโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศของประเทศที่เป็นวงกว้างล้มเหลวทั้งระบบ จนรัฐไม่สามารถควบคุมการทำงานส่วนกลางของระบบคอมพิวเตอร์ของรัฐได้ หรือการใช้มาตรการเยียวยา ตามปกติในการแก้ไขปัญหาภัยคุกคามไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้และมีความเสี่ยงที่จะลุกลามไปยังโครงสร้างพื้นฐานสำคัญอื่น ๆ ของประเทศ ซึ่งอาจมีผลทำให้บุคคลจำนวนมากเสียชีวิตหรือระบบคอมพิวเตอร์ คอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์จำนวนมากถูกทำลายเป็นวงกว้างในระดับประเทศ¹⁰⁰ (ข) เป็นภัยคุกคามทางไซเบอร์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขันหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือ การสงคราม ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เอกอัครราชทูตและบรรณาธิการแห่งอาณาเขต ผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกัน หรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกเฉินและร้ายแรง¹⁰¹

⁹⁸เรื่องเดียวกัน, มาตรา 60 วรรคสอง (1).

⁹⁹เรื่องเดียวกัน, มาตรา 60 วรรคสอง (2).

¹⁰⁰เรื่องเดียวกัน, มาตรา 60 วรรคสอง (3)(ก).

¹⁰¹เรื่องเดียวกัน, มาตรา 60 วรรคสอง (3)(ข).

จากบทบัญญัติดังกล่าว สังเกตได้ว่า ความร้ายแรงของภัยคุกคามตั้งแต่มาตรา 60 วรรคสอง (1) จนถึง มาตรา 60 วรรคสอง (3)(ก) นั้นแปรเปลี่ยนไปตามความเสียหายของโครงสร้างพื้นฐานสำคัญของประเทศหรือโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศของประเทศซึ่งมีลักษณะของการประเมินภัยคุกคามทางไซเบอร์จากเป้าหมาย ซึ่งตามประกาศคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ เรื่อง นโยบายและแผนปฏิบัติการว่าด้วยการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ (พ.ศ. 2565 - 2570) “โครงสร้างพื้นฐานสำคัญ” หมายรวมถึง บรรดาหน่วยงาน หรือองค์กร หรือส่วนงานหนึ่งส่วนงานใด ของหน่วยงานหรือองค์กรซึ่งธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ของหน่วยงาน หรือองค์กร หรือส่วนงานของหน่วยงาน หรือองค์กรนั้นมีผลเกี่ยวเนื่องสำคัญต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของประเทศหรือต่อสาธารณชน¹⁰² ในขณะที่ “โครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ” หมายถึง คอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ของหน่วยงานรัฐหรือเอกชนที่ใช้ในกิจการของตน ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความปลอดภัยเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างอันเป็นประโยชน์สาธารณะ¹⁰³ ซึ่งพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 กำหนดให้หน่วยงานด้านความมั่นคงของรัฐ ด้านบริการภาครัฐที่สำคัญ ด้านการเงินการธนาคาร ด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและโทรคมนาคม ด้านการขนส่งและโลจิสติกส์ ด้านพลังงาน และสาธารณสุข ปลอดภัย ด้านสาธารณสุข และด้านอื่น ๆ ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเพิ่มเติม เป็นโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ¹⁰⁴ จึงอาจกล่าวได้ว่า หากพื้นฐานสำคัญของประเทศหรือโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศเสียหายจนไม่สามารถทำงานหรือให้บริการได้นั้นย่อมมีผลต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของประเทศหรือต่อสาธารณชน ในขณะที่ มาตรา 60 วรรคสอง (3)(ข) กล่าวถึงลักษณะผลกระทบจากการโจมตีทางไซเบอร์โดยไม่ได้คำนึงถึงโครงสร้างพื้นฐานสำคัญของประเทศหรือโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศของประเทศซึ่งมีลักษณะของการประเมินภัยคุกคามทางไซเบอร์จากผลลัพธ์ จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีความสอดคล้องกันทางหลักการ อีกทั้ง การนำโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศมากำหนดความร้ายแรงของภัยคุกคามอาจทำให้ขาดความชัดเจนในทางปฏิบัติ เนื่องจากความรุนแรงของภัยคุกคามทางไซเบอร์ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าองค์ใดถูกโจมตี หากแต่เป็นผลกระทบที่ตามมา นอกจากนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า มาตรา 60 วรรคสอง (2) และ มาตรา 60 วรรคสอง (3)(ข) มีถ้อยคำในทำนองเดียวกัน เช่น ถ้อยคำว่า

¹⁰²ประกาศคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ เรื่อง นโยบายและแผนปฏิบัติการว่าด้วยการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ (พ.ศ. 2565 - 2570) เล่ม 139 ตอนพิเศษ 288 ง ราชกิจจานุเบกษา 9 ธันวาคม 2565.

¹⁰³พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562, มาตรา 3.

¹⁰⁴เรื่องเดียวกัน, มาตรา 49 (1) - (8).

“ความมั่นคงของรัฐ” และ “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” เป็นต้น จึงอาจเกิดความไม่ชัดเจนเมื่อบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวว่าในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศนั้น ให้ใช้มาตราใดและจะถือได้ว่ากรณีตามมาตรา 60 วรรคสอง (2) นั้น เป็นภัยคุกคามในระดับวิกฤติด้วยหรือไม่

6.2 การออกและใช้มาตรการเพื่อรักษาความมั่นคงทางไซเบอร์

ในส่วนของการปรับใช้มาตรการเพื่อรักษาความมั่นคงทางไซเบอร์นั้น มีข้อสังเกตว่ามีการนำถ้อยคำและหลักการจากพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาใช้กับพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 นี้ด้วย ดังจะเห็นจากการแบ่งประเภทของภัยคุกคามทางไซเบอร์ ซึ่งมีระดับไม่ร้ายแรง ระดับร้ายแรงเช่นเดียวกันกับพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 อย่างไรก็ตาม การนิยามของพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 จะมุ่งเน้นความเสียหายที่เกิดต่อระบบคอมพิวเตอร์ของโครงสร้างพื้นฐานสำคัญหรือโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศของประเทศ อีกทั้ง มีการเพิ่มภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับวิกฤติเข้ามาด้วย ในขณะที่การนิยามของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 จะเน้นไปที่ลักษณะความเสียหาย¹⁰⁵ ในส่วนภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับวิกฤติตามมาตรา 60 (3)(ข) นั้น มีถ้อยคำที่คล้ายคลึงกับคำนิยามของคำว่า “สถานการณ์ฉุกเฉิน” พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548¹⁰⁶ ซึ่งสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นมีหลายรูปแบบ และนำมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดจากภัยพิบัติสาธารณะในบางกรณี เช่น การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19)¹⁰⁷ กล่าวคือ กรณีตามมาตรา 60(3) นั้น

¹⁰⁵พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548, มาตรา 11.

¹⁰⁶“สถานการณ์ฉุกเฉิน” หมายถึง สถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขัน หรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือการสงคราม ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต ผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวมหรือการป้องกันหรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกเฉินและร้ายแรง.

¹⁰⁷เป็นช่วงเวลาที่มีการก่อภัยในทางไซเบอร์เพิ่มมากขึ้น. Harjinder Singh Lallie and others, “Cyber Security in the Age of COVID-19: A timeline and analysis of cyber-crime and cyber-attacks during the pandemic,” *Computers & Security* 105 (2021): 102-248.

สามารถปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 อีกทั้งยังให้อำนาจนายกรัฐมนตรี หน่วยงานราชการ และเจ้าหน้าที่รัฐโดยไม่ต้องผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาตามกฎหมายว่าด้วยสภาความมั่นคงแห่งชาติ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องได้ แม้การใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เพื่อลดขั้นตอนทางราชการในช่วงต้นของวิกฤตจะเป็นการอำนวยความสะดวกแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม จากประกาศคณะกรรมการที่มีการออกแนวปฏิบัตินั้นมีการมอบหมายให้หน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐร่วมกันออกแนวทางเพื่อจัดทำมาตรการเองโดยไม่ได้คำนึงความพร้อมทางด้านทรัพยากรของแต่ละหน่วยงาน จึงอาจนำมาสู่ความล่าช้าในการออกมาตรการ ตลอดจนความไม่เป็นเอกภาพของมาตรการรักษาความมั่นคงทางไซเบอร์

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 มาตรา 53 และ 54 ได้กำหนดมาตรการให้หน่วยงานภาครัฐได้ดำเนินการ คือ กำหนดให้หน่วยงานควบคุมหรือกำกับดูแล (Regulator) จะต้องตรวจสอบ (Audit) โดยจะกระทำด้วยตนเองหรือโดยหน่วยงานอื่นก็ได้ มาตรฐานขั้นต่ำเรื่องความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ของหน่วยงานโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศภายใต้การกำกับควบคุมดูแลของตน ซึ่งจะต้องไม่น้อยกว่าประมวลแนวทางปฏิบัติและกรอบมาตรฐานฯ ที่สำนักงานฯ กำหนดอีกทั้ง “ต้องมีการประเมินความเสี่ยงด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์โดยผู้ตรวจประเมินด้านความมั่นคงปลอดภัยสารสนเทศ และต้องจัดให้มีการตรวจสอบด้านความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ ไม่ว่าจะเป็นผู้ตรวจสอบภายในหรือโดยผู้ตรวจสอบอิสระภายนอกก็ได้”¹⁰⁸ ทั้งนี้ หน่วยงานอาจใช้หลักการประเมินความเสี่ยงด้านไซเบอร์และการตรวจสอบ ซึ่งเป็นที่ยอมรับในอุตสาหกรรม (Best Practices) อาทิ ISO/IEC 27001, ISO 19011, NIST SP 800-30 และ NIST SP 800-53A เป็นต้น โดยในขณะนี้ยังไม่ได้มีการออกตรวจอย่างจริงจังหรือการลงโทษทางอาญา¹⁰⁹ ซึ่งแม้จะมีแนวปฏิบัติที่คณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติประกาศนั้นมีลักษณะเป็นแนวปฏิบัติพื้นฐาน (Security Control Baselines) ซึ่งระบุถึงหลักเกณฑ์การพิจารณา ลักษณะของภัยคุกคามทางไซเบอร์ทั้ง 4 ปัจจัย ได้แก่ 1) ลักษณะผลกระทบที่เกิดขึ้นต่ออุปกรณ์หรือระบบงาน 2) ลักษณะผลกระทบต่อข้อมูลในระบบ 3) แนวโน้มในการกู้คืนระบบ และ 4) ลักษณะ

¹⁰⁸สำนักงานคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ (สกมช.), *กรณีศึกษาจากการดำเนินการตามพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 สำหรับหน่วยงานโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ หน่วยงานควบคุมหรือกำกับดูแล และหน่วยงานของรัฐ* [Online], available URL: <https://cc.ubru.ac.th/backend/file-download/02-10-20231537966296.pdf>, 2566 (กันยายน, 13).

¹⁰⁹กองทัพบก, EP. 3 *หน่วยงานรัฐพร้อมหรือไม่? ที่จะรับมือกับภัยคุกคามครั้งนี้!* [Online], available URL: <https://rta.mi.th/ep-3-หน่วยงานรัฐพร้อมหรือไม่>, 2566 (พฤศจิกายน, 18).

ผลกระทบต่อลูกค้าหรือผู้ใช้บริการ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดหน่วยงานโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศไว้ทั้งสิ้น 8 ประเภท โดยกฎหมายฉบับนี้เปิดช่องให้บัญญัติหน่วยงานในลักษณะอื่นนอกเหนือจากประเภท 1-7 อาจเข้าข่ายเป็นโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ ซึ่งแต่ละประเภทจะกำหนดหน่วยงานกำกับดูแลและตรวจการดำเนินการตามมาตรการและออกมาตรการตรงกับลักษณะของภารกิจและบริการหน่วยงาน เช่น ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยดูแลมาตรการทางไซเบอร์ของหน่วยงานด้านการเงินการธนาคาร เป็นต้น โดยมีสำนักงานคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ (สกมช.) ดูแลมาตรการทางไซเบอร์ในภาพรวม¹¹⁰

7. ข้อเสนอแนะ

ในปัจจุบันมีภัยคุกคามข้อมูลของประชาชนในรูปแบบใหม่ที่หลากหลาย จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายที่รับมือภัยคุกคามความมั่นคงทางไซเบอร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสู้รบทางไซเบอร์ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 นั้น มีความครอบคลุมอย่างครบถ้วนและสามารถนำไปใช้ปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ผู้เขียนขอเสนอแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวดังนี้

1) กฎหมายฉบับนี้ถูกบังคับใช้กับหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานเอกชนซึ่งมีภารกิจหรือให้บริการโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศรวมทั้งสิ้น 8 กลุ่ม ได้แก่ ด้านความมั่นคงของรัฐ ด้านบริการภาครัฐที่สำคัญ ด้านการเงินการธนาคาร ด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและโทรคมนาคม ด้านการขนส่งและโลจิสติกส์ ด้านพลังงาน และสาธารณสุข ภาค ด้านสาธารณสุข และด้านอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการฯ ประกาศกำหนดเพิ่มเติม เพื่อป้องกันภัยคุกคามทางไซเบอร์ตามมาตรา 60 ซึ่งสามารถครอบคลุมถึงการโจมตีในไซเบอร์ที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย รวมถึงการสู้รบทางไซเบอร์ แต่ว่าการบัญญัตินิยามศัพท์ทางกฎหมายในระดับสากลก็ยังคงไม่มีคำนิยามที่ตลกผลึก และเป็นที่ยอมรับอย่างชัดเจน ดังนั้น หากการที่นิยามคำศัพท์ตามแต่เฉพาะในกฎหมายฉบับนี้อาจนำไปสู่ข้อจำกัด จึงควรเปิดกว้างให้สามารถตีความ พัฒนา หรือปรับเปลี่ยนได้ เพื่อให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของนวัตกรรมที่พัฒนาอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยี

2) การรับมือกับภัยคุกคามทางไซเบอร์นั้น เป็นความรับผิดชอบและความพร้อมหน่วยงานควบคุมหรือกำกับดูแลหน่วยงานโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ เช่น ในกรณีของการบริการโอนเงินผ่านแอปพลิเคชันธนาคาร ธนาคารแห่งประเทศไทยมีมาตรการสำหรับการดูแลบริการดังกล่าว อีกทั้ง ยังมีการลงพื้นที่ตรวจการดำเนินการของธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น จึงอาจมีข้อห่วงกังวลว่า

¹¹⁰เรื่องเดิม.

ในกรณีที่หน่วยงานควบคุมหรือกำกับดูแลหน่วยงานโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศไม่ได้มีมาตรการป้องกันภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่เป็นรูปธรรมและไม่ได้มีทรัพยากรบุคคลในการออกตรวจการดำเนินการตามมาตรการนั้น หน่วยงานดังกล่าวจะต้องดำเนินการอย่างไร และควรมีการลงรายละเอียดให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องว่าต้องมีการกำหนดมาตรการ หรือส่งเสริมกิจกรรมลักษณะใด เพื่อรักษาความมั่นคงทางไซเบอร์ในเชิงเทคนิคเพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องนำไปปฏิบัติตามได้อย่างเป็นรูปธรรม และมีเอกภาพหรือไม่ จึงนำมาสู่คำถามว่าแนวปฏิบัติพื้นฐานหรือมาตรการดังกล่าวจะใช้บังคับกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับระบบบริการสาธารณะหรือโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศอย่างไร รับมือกับสถานการณ์สงครามที่เกิดจากการโจมตีทางไซเบอร์ได้หรือไม่ มีมาตรการที่ชัดเจน มีการเตรียมความพร้อมในแต่ละด้านแล้วหรือไม่ เพราะธนาคารพาณิชย์มีธนาคารแห่งประเทศไทยกำกับดูแลหรือธนาคารที่เป็นต่างประเทศก็จะอยู่ภายใต้การกำกับของกฎหมายต่างประเทศ รวมไปถึงธนาคารยังต้องมีมาตรการต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับมาตรฐานของรัฐปลายทางของธุรกรรมอีกด้วย ซึ่งไม่น่าเป็นห่วงเท่ากับหน่วยงานของภาครัฐและภาคเอกชนที่ขาดความพร้อม และจะเป็นเป้าหมายของการโจมตี ภาครัฐจึงต้องเข้ามากำกับดูแลตั้งแต่ต้นตามบทบาทหน้าที่ เพราะหากเกิดสถานการณ์เช่นนี้แล้ว ความเสียหายอาจมีผลรุนแรงและแก้ไขได้ยาก

3) แนวปฏิบัติพื้นฐาน (Security Control Baselines) ไม่ได้แบ่งมาตรการตามระดับองค์กรอย่างเป็นรูปธรรม ให้แต่ละประเภทมีหน่วยงานควบคุม จึงอาจทำให้เกิดคำถามว่าในกรณีหน่วยงานภาครัฐเป็นผู้รับผิดชอบระบบสาธารณสุข หรือ ระบบสาธารณสุขปกโรค เช่น กระทรวงสาธารณสุขจะต้องดำเนินการ มาตรการความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ที่โรงพยาบาลระดับจังหวัดต้องดำเนินการอย่างไร มาตรการความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ที่ระดับโรงพยาบาลประจำตำบลต้องดำเนินการอย่างไร และมาตรการความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ที่โรงพยาบาลของแต่ละหน่วยสังกัดอื่น ๆ ที่มีใช้กระทรวงสาธารณสุขต้องดำเนินการอย่างไร ซึ่งแต่ละหน่วยงานย่อมต้องพิจารณาให้ชัดเจนถึงระดับของมาตรการความมั่นคงทางไซเบอร์ที่อาจไม่สามารถใช้ระดับมาตรการเดียวกันได้ รวมไปถึงงบประมาณและการมีผู้เชี่ยวชาญในด้านความมั่นคงปลอดภัยทางระบบไซเบอร์มาดูแลอย่างจริงจัง เป็นต้น

4) จากแนวคิดสากลดั้งเดิมของการป้องกันตนเองที่จะต้องถูกโจมตีก่อน แต่ประเทศกำลังพัฒนาอย่างไทยไม่ได้เป็นผู้นำในการคิดค้นทางด้านเทคโนโลยี แต่เป็นเพียงผู้ใช้เทคโนโลยีเท่านั้น การที่จะต้องรอคอยให้ถูกกระทำก่อนแล้วจึงตอบโต้ได้ อาจส่งผลให้ความเสียหายจากการสู้รบทางไซเบอร์มากเกินกว่าที่ประเทศไทยจะแบกรับเอาไว้ได้ ดังนั้น เพื่อความอยู่รอดของรัฐ (State survival) อันเป็นหลักการที่สำคัญที่สุด ในการป้องกันตนเองจากกรณีการสู้รบทางไซเบอร์นั้น ประเทศไทยจึงควรผลักดันแนวทางการปฏิบัติของไทยในการอ้างสิทธิในการป้องกันตนเองล่วงหน้าโดยที่ไม่จำเป็นต้องรอให้มีการถูกโจมตีทางไซเบอร์ก่อน และพัฒนาให้เป็นกฎหมายโดยที่ใช้อำนาจอธิปไตยของตน

ในการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่เคารพในอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น ๆ ด้วย เพื่อไม่ให้เป็นการแทรกแซงรัฐอื่น ซึ่งประเทศไทยก็เป็นผู้นำในการพัฒนาหลักการป้องกันตนเองจากกรณีการสู้รบทางไซเบอร์นี้ให้กลายมาเป็นหลักการหรือหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในอนาคตก็ได้

5) การดำเนินการต่าง ๆ ของกองบัญชาการไซเบอร์ของทหารนั้น จะสร้างความเชื่อมั่นให้ประชาชนได้อย่างไรว่าดำเนินการเพื่อให้กิจกรรมทางไซเบอร์มิใช่เพื่อผลประโยชน์ทางการเมือง การสร้างความโปร่งใสที่ต้องสมดุลกับการรักษาความลับ และทำที่สุดแล้วกองทัพไทยจึงต้องปลอดจากการเมือง

8. บทสรุป

จากการพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่าการโจมตีทางไซเบอร์นั้นมีบางลักษณะที่ยังยึดโยงกับสงครามรูปแบบดั้งเดิม กล่าวคือ ต้องถูกโจมตีก่อน จึงจะสามารถใช้สิทธิการป้องกันตนเองได้และต้องมีการประกาศสงครามก่อนนั้น กฎหมายระหว่างประเทศและคู่มือทาลลินด์ซึ่งยังอยู่ในระหว่างการปรับปรุงเนื้อหาซึ่งขาดความชัดเจนต่อความหมายและขอบเขตของการสู้รบทางไซเบอร์ อาวุธทางไซเบอร์ และการใช้กำลังที่ใช้วิธีทางไซเบอร์เมื่อเทียบกับการสู้รบแบบดั้งเดิม ถึงแม้จะยังคงสามารถใช้กฎหมายที่เทียบเคียงต่อไปได้ แต่จากการสู้รบที่เปลี่ยนไป เห็นควรมีการปรับปรุงให้ทันสมัยเพื่อให้มีกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ หลายประเทศยังมีความเห็นที่หลากหลายเกี่ยวกับขอบเขตและผลกระทบจากการสู้รบทางไซเบอร์ และมีบางประเทศที่เห็นควรให้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาเป็นการเฉพาะด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่เพื่อรับมือกับรูปแบบภัยคุกคามที่เปลี่ยนไป

จากการพิจารณาถึงกฎหมายภายในของประเทศไทย กล่าวคือ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ พ.ศ. 2562 นั้นทำให้เข้าใจได้ว่า ประเทศไทยนั้นได้ตระหนักถึงภัยคุกคามทางไซเบอร์ ตลอดจนจนถึงความสำคัญของระบบและเสถียรภาพของความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ อย่างไรก็ตาม อาจยังมีข้อห่วงกังวลในส่วนของข้อกำหนดนิยามและขอบเขตของภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่ยังมีถ้อยคำที่ทับซ้อนกับกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นต้น และใช้ถ้อยคำที่สับสนจึงเกิดความไม่ชัดเจนว่า เมื่อเกิดการโจมตีทางไซเบอร์หรือการสู้รบทางไซเบอร์นั้นจะต้องนำบทบัญญัติในกฎหมายใดและมาตราใดมาปรับใช้ นอกจากนี้ ควรมีการลงรายละเอียดการดำเนินการทางด้านความมั่นคงทางไซเบอร์ว่าจะสามารถพัฒนาได้อย่างเป็นรูปธรรมให้รับมือกับภัยคุกคามทางไซเบอร์ได้อย่างทันทั่วทั้งที่ ทั้งในภาพรวม และในแต่ละด้านได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเพียงใด และกฎหมายที่บัญญัตินั้นจะมีบทบาท และถูกนำไปบังคับใช้กับหน่วยงาน

ต่าง ๆ ทั้งในภาครัฐและภาคเอกชนได้มากขึ้นเพียงใด ทั้งนี้ หน่วยงานควบคุมหรือกำกับดูแล (Regulator) พึ่งต้องตรวจสอบ กำกับ และสนับสนุนการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาการรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ให้กับผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐและเอกชน พร้อมทั้งพิจารณาด้วยว่าการจะมีระบบและมาตรการความมั่นคงปลอดภัยทางไซเบอร์ที่เสถียรและมีประสิทธิภาพนั้น นอกเหนือไปจากหลักการสำคัญในด้านกฎหมายและด้านไซเบอร์แล้ว ต้องคำนึงถึงปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ เช่น ทรัพยากรบุคคล องค์กรความรู้ รวมถึงลักษณะภารกิจหรือการบริการ และการดำเนินของแต่ละหน่วยงาน เป็นต้น

บรรณานุกรม

- กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม. เกี่ยวกับ สกมช. กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม [Online]. Available URL: <https://www.mdes.go.th/mission/detail/2481>, (ม.ป.ป.).
- กรุงเทพธุรกิจ. ‘สุทิน’ สั่งทุกเหล่าทัพตั้ง ‘กองบัญชาการไซเบอร์’ ด้านภัยคุกคามใหม่ [Online]. Available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/politics/1128462>, 2567 (มิถุนายน, 15)
- กองทัพบก. EP. 3 หน่วยงานรัฐพร้อมหรือไม่? ที่จะรับมือกับภัยคุกคามครั้งนี้! [Online]. Available URL: <https://rta.mi.th/ep-3-หน่วยงานรัฐพร้อมหรือไม่>, 2566 (พฤศจิกายน, 18).
- กองบรรณาธิการ. “การปฏิบัติการข่าวสารในยุคแห่งสงครามสารสนเทศ.” วารสารสถาบันวิชาการป้องกันประเทศ 7, 1 (2559): 9-15.
- ไทยรัฐ ออนไลน์. “กองทัพ” รุกตั้งหน่วยไซเบอร์ทหาร รับภัยคุกคาม เริ่มผลิตนักรบ 1 ต.ค.นี้ [Online]. Available URL: <https://www.thairath.co.th/news/localbangkok/2787536>, 2567 (พฤษภาคม, 22).
- บีบีซี. ไอโอ : คณะก้าวหน้าเปิดโปงข้อมูลเครือข่ายปฏิบัติการข่าวสารกองทัพ ด้านเอกชน แฉลงใต้ชี้ข้อมูลบิดเบือน [Online]. Available URL: <https://www.bbc.com/thai/thailand-55145803>, 2563 (ธันวาคม, 1).
- ประชาไทย. ก.กลาโหม เตรียมตั้งกองบัญชาการสงครามไซเบอร์ [Online]. Available URL: <https://prachatai.com/journal/2024/05/109345>, 2567 (พฤษภาคม, 25).
- ไพศาล นภสินธุ์วงศ์. “สงครามและกฎการสงคราม War and Principles of War.” วารสารนวกาธิปัตย์สาร 79 (กุมภาพันธ์-พฤษภาคม 2553): 76-93.
- ไมโครซอฟ. การโจมตีทางไซเบอร์คืออะไร [Online]. Available URL: <https://www.microsoft.com/th-th/security/business/security-101/what-is-a-cyberattack>, (ม.ป.ป.).
- ศูนย์ศึกษายุทธศาสตร์ สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ. เอกสารศึกษาเฉพาะกรณีการสื่อสารทางยุทธศาสตร์ (Strategic Communication : SC) และการปฏิบัติการข่าวสาร (Information Operations : IO) ของกองทัพไทย : แนวทางการดำเนินงานในอนาคต. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ศึกษายุทธศาสตร์ สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ, 2559.
- สปริงนิวส์. IO #ทหารมีไว้ทำไม ที่มาและเรื่องราว ปฏิบัติการข่าวสารสร้างสรรค์!? [Online]. Available URL: <https://www.springnews.co.th/news/hot-issue/847064>, 2567 (มกราคม, 19).

- สาวตรี สุขศรี. **นโยบาย Single Internet Gateway เพื่อรัฐ เพื่อประชาชน หรือเพื่อใคร?** [Online]. Available URL: <https://prachatai.com/journal/2015/10/61774>, 2558 (ตุลาคม, 6).
- สำนักงานคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ (สกมช.). **กรณีศึกษาจากการดำเนินการตามพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 สำหรับหน่วยงานโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ หน่วยงานควบคุมหรือกำกับดูแล และหน่วยงานของรัฐ** [Online]. Available URL: <https://cc.ubru.ac.th/backend/file-download/02-10-20231537966296.pdf>, 2566 (กันยายน, 13).
- Ameli, Saeid Reza. Hassan Hosseini and Farnaz Noori. “Militarization of Cyberspace, Changing Aspects of War in the 21st Century: The Case of Stuxnet Against Iran.” **Iranian Review of Foreign Affairs** 10, 29 (2019): 99-136.
- Angstrom, Jan. and Jerker J. Widen. **Contemporary Military Theory: The dynamics of war**. New York: Routledge, 2015.
- Atreus, Ridge A. “Cyberwarfare: Threats, Security, Attacks, and Impact.” **Journal of Information Warfare** 19, 4 (2020): 17-28.
- Boer, Lianne J. M. **International Law As We Know It: Cyberwar Discourse and the Construction of Knowledge in International Legal Scholarship**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Boulanin, Vincent. **Implementing Article 36 Weapon Reviews in the Light of Increasing Autonomy in Weapon System** [Online]. Available URL: <https://www.sipri.org/sites/default/files/files/insight/SIPRIInsight1501.pdf>, 2015 (November, 2).
- Brandon, Valeriano and Ryan C. Maness. “The Dynamics of Cyber Conflict Between Rival Antagonists.” In **Cyber War versus Cyber Realities: Cyber Conflict in the International System**. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Broeders, Dennis and others. “Revisiting Past Cyber Operations in Light of New Cyber Norms and Interpretations of International Law: Inching towards lines in the sand?.” **Journal of Cyber Policy** 7, 1 (2022): 97-135.
- Buxton, Oliver. **Cyber Warfare: Types, Examples, and How to Stay Safe** [Online]. available URL <https://www.avast.com/c-cyber-warfare>, 2023 (July, 14).
- Carr, Jeffrey. **Inside Cyber Warfare: Mapping the cyber underworld**. 2nd ed. Sebastopol: O’Reilly, 2011.

- Clapham, Andrew. "Declarations of War and Neutrality." In **War**. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Collins, Edward Jr., and Martin A. Rogoff. "The Caroline Incident of 1837, the McLeod Affair of 1840–1841. And the Development of International Law." **American Review of Canadian Studies** 20, 1 (1990): 81-107.
- Commonwealth & Development Office. **Application of international law to states' conduct in cyberspace: UK statement** [Online]. Available URL: <https://www.gov.uk/government/publications/application-of-international-law-to-states-conduct-in-cyberspace-uk-statement/application-of-international-law-to-states-conduct-in-cyberspace-uk-statement>, 2021 (June, 3).
- Davis, William W. George T. Duncan and Randolph M. Siverson. "The Dynamics of Warfare: 1816-1965." **American Journal of Political Science** 22, 4 (1978): 772–792.
- Denning, Peter J. **The Internet Worm**. Mountain View: NASA Ames Research Center, 1989.
- Droege, Cordula. "The Interplay between International Humanitarian law and International Human Rights Law in Situation of Armed Conflict." **Israel Law Review** 40, 2 (2007): 310-355.
- Dutch Ministry of Foreign Affairs. **Letter to the parliament on the international legal order in cyberspace** [Online]. Available URL: <https://www.government.nl/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace>, 2019 (July, 5).
- Eilstrup-Sangiovanni, Mette. "Why the World Needs an International Cyberwar Convention." **Philosophy & Technology** 31, 3 (2018): 379-407.
- Foitong, Supawee. **NoSQL injection 101** [Online]. Available URL: <https://datafarm-cybersecurity.medium.com/nosql-injection-101-e453d9856545>, 2023 (March, 29).
- Forcese, Craig. **Destroying the Caroline: The Frontier Raid that Reshaped the Right to War**. Toronto: Irwin Law, 2018.

Garrie, Daniel B. “Cyberwarfare, What Are the Rules?.” **Journal of Law & Cyber Warfare** 1 (2012): 1-7.

Government of Canada. **International Law applicable in cyberspace** [Online]. Available URL: https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/peace_security-paix_securite/cyberspace_law-cyberespace_droit.aspx?lang=eng, 2022 (April, 22).

Halpern, Sue. **How Cyber Weapons Are Changing the Landscape of Modern Warfare** [Online]. Available URL: <https://www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/how-cyber-weapons-are-changing-the-landscape-of-modern-warfare>, 2019 (July, 18).

Heintze, Hans-Joachim and Pierre Thielbörger. Eds. **From Cold War to Cyber War: The Evolution of the International Law of Peace and Armed Conflict over the last 25 Years**. Switzerland: Springer Cham, 2016.

Herzog, Stephen. “Revisiting the Estonian Cyber Attacks: Digital Threats and Multinational Responses.” **Journal of Strategic Security** 4, 2 (2011): 49-60.

Hoisington, Matthew. **Regulating Cyber Operations Through International Law: In Out or Against the Box?** In: Ludovica Glorioso and Mariarosaria Taddeo eds., **Ethics and Policies for Cyber Operations: A NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence Initiative**. Switzerland: Springer Cham, 2016.

International Committee of the Red Cross. **What limits does the law of war impose on cyber attacks?** [Online]. Available URL: <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/faq/130628-cyber-warfare-q-and-a-eng.html>, 2013 (June, 28).

_____. **1980 Convention on Certain Conventional Weapons** [Online]. Available URL: <https://www.icrc.org/en/document/1980-convention-certain-conventional-weapons#.VKkpP2SG-rY>, 2021 (May, 21).

_____. **Weapons** [Online]. Available URL: <https://www.icrc.org/en/document/weapons>, 2011 (November, 30).

_____. **What are jus ad bellum and jus in bello?** [Online]. Available URL: <https://www.icrc.org/en/document/what-are-jus-ad-bellum-and-jus-bello-0%EF%BB%BF>, 2015 (January, 22).

- Jensen, Eric Talbot. “The Tallinn Manual 2.0: Highlights and Insights.” **Georgetown Journal of International Law** 48, 3 (Spring 2017): 735-778.
- Kello, Lucas. “Cyber Legalism: Why it fails and what to do.” **Journal of Cybersecurity** 7, 1 (2021). 1-9.
- Kuru, Huseyin. “Prohibition of Use of Force and Cyber Operations as Force.” **Journal of Learning and Teaching in Digital Age** 2, 2 (2017): 49-53.
- Lallie, Harjinder and others. “Cyber Security in the Age of COVID-19: A timeline and analysis of cyber-crime and cyber-attacks during the pandemic.” **Computers & Security** 105, (2021): 102-248.
- Lancelot, Jonathan F. “Cyber-Diplomacy: Cyberwarfare and the rules of engagement.” **Journal of Cyber Security Technology** 4, 4 (2020): 240-254.
- Landler, Mark and John Markoff. **Digital Fears Emerge After Data Siege in Estonia** [Online]. Available URL: <https://www.nytimes.com/2007/05/29/technology/29estonia.html>, 2007 (May, 29).
- Libicki, Martin C. “Appendix A: What Constitutes an Act of War in Cyberspace?.” In **Cyberdeterrence and Cyberwar**. Arlington, VA: RAND Corporation, 2009.
- McKenzie, Simon. “Cyber Operations against Civilian Data: Revisiting War Crimes against Protected Objects and Property in the Rome Statute.” **Journal of International Criminal Justice** 19, 5 (November 2021): 1165-1192.
- Moeckli, Daniel, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran. **International Human Rights Law**. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Möller, Dietmar. “P. F. NIST Cybersecurity Framework and MITRE Cybersecurity Criteria.” In **Guide to Cybersecurity in Digital Transformation. Advances in Information Security**. Switzerland: Springer, Cham, 2023.
- National Cyber Force. **National Cyber Force Explainer** [Online]. Available URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61b9f526d3bf7f05522e302e/Force_Explainer_20211213_FINAL__1_.pdf, 2021 (December, 13).

- _____. **The National Cyber Force: Responsible Cyber Power in Practice** [Online]. Available URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/642a8886f6be62000c17dabe/Responsible_Cyber_Power_in_Practice.pdf, 2023 (April, 3).
- Noel, George and Mark Reith. "Cyber Warfare Evolution and Role in Modern Conflict." **Journal of Information Warfare** 20, 4 (2021): 30-44.
- Office of the High Commissioner of United Nations Human Rights. **International legal Protection of Human Rights in Armed Conflict** [Online]. Available URL: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict.pdf, 2011 (May, 12).
- Redcross. **Introduction to International Humanitarian Law** [Online]. Available URL: <https://www.redcross.org.uk/about-us/what-we-do/protecting-people-in-armed-conflict/international-humanitarian-law>, (n.d.).
- Roscini, Marco. **Cyber Operations and the Use of Force in International Law**. Oxford: Oxford University Press 2014.
- Sanger, David E. **Obama Order Sped Up Wave of Cyberattacks Against Iran** [Online]. Available URL: <https://www.nytimes.com/2012/06/01/world/middleeast/obama-ordered-wave-of-cyberattacks-against-iran.html>, 2012 (June, 1).
- Schmitt Michael N. ed. **Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations**. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2017.
- _____. **Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare**. New York: Cambridge University Press, 2013.
- Sharma, Amit and others. "Advanced Persistent Threats (APT): Evolution, anatomy, attribution and countermeasures." **Journal of Ambient Intelligence and Humanized Computing** 14, 7 (2023): 9355-9381.
- Silpa. **สงครามไซเบอร์ครั้งแรก ๆ ของโลก และการก้าวข้ามนิยาม IO สู่ภัยจากรัฐชาติ...** [Online]. Available URL: https://www.silpa-mag.com/history/article_46065,2564 (พฤศจิกายน, 11).
- Singer, Peter W., and Allan Friedman. **Cybersecurity and Cyberwar: What everyone needs to know**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

- Sosecure. **สรุป 9 เหตุการณ์การโจมตีทางไซเบอร์ครั้งใหญ่ในไทย** [Online]. Available URL: <https://www.sosecure.co.th/2024/04/29/cyber-attack>, 2567 (เมษายน, 29).
- Steffens, Timo. **Attribution of Advanced Persistent Threats: How to Identify the Actors Behind Cyber-Espionage**. Heidelberg: Springer Vieweg Berlin, 2020.
- Stevens, Tim. “Cyberweapons: power and the governance of the invisible.” **International Politics** 55, 3-4 (2018): 482–502.
- Takase, Kaori. **SQLi : SQL Injection คืออะไร อธิบายช่องโหว่และการป้องกัน SQL Injection** [Online]. Available URL: <https://kixoxq59.medium.com/sqli-sql-injection-คืออะไร-อธิบายช่องโหว่และการป้องกัน-sql-injection-173113d91cdc>, 2021 (June, 9).
- The National Institute of Standards and Technology. **The NIST Cybersecurity Framework (CSF) 2.0** [Online]. Available URL: <https://doi.org/10.6028/NIST.CSWP.29>, 2024 (February, 26).
- The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence. **The Tallinn Manual** [Online]. Available URL: <https://ccdcoe.org/research/tallinn-manual>, 2012 (September, 20).
- Toussaint, Marion. Sylvère Krifa, and Hervé Panetto. “Industry 4.0 Data Security: A cybersecurity frameworks review.” **Journal of Industrial Information Integration** 39 (March 2024): 100-604.
- Tsagourias, Nicholas and Giacomo Biggio. “The regulation of cyber weapons.” In Eric P.J. Myjer and Thilo Marauhn eds., **Research Handbook on International Arms Control Law**. United Kingdom: Edward Elgar, 2022.
- Tsilonis, Victor. “Cyber Warfare: International Criminal Law in the Digital Era.” In **The Jurisdiction of the International Criminal Court**. Switzerland: Springer Cham, 2024.
- U.S. Cyber Command. **Our History** [Online]. Available URL: <https://www.cybercom.mil/About/History>. (n.d.)
- U.S. Department of Commerce and National Instituted of Standards and Technology. **“NIST Special Publication 800-30 Rev. 1 : Guide for Conducting Risk Assessments** [Online]. Available URL: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-30r1.pdf>, 2012 (September, 20).

United Nations. **Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States** [Online]. Available URL: https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/UN_-Official-compendium-of-national-contributions-on-how-international-law-applies-to-use-of-ICT-by-States_A-76-136-EN.pdf, 2021 (July, 13).

Vsm365. **รูปแบบการโจมตีทาง Cyber ที่คุณควรรู้จัก** [Online]. Available URL: <https://www.vsm365.com/th/articles/Types-of-cyber-attacks-you-should-know>, 2567 (พฤษภาคม, 9).

Wood, Michael. “The Caroline Incident-1837.” In Tom Ruys, Olivier Corten, Alexandra Hofer eds. **The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

Woollacott, Emma. **UK’s National Cyber Force Reveals How It Works** [Online]. Available URL: <https://www.forbes.com/sites/emmawoollacott/2023/04/04/uks-national-cyber-force-reveals-how-it-works/?sh=5eafcb6b29f5>., 2023 (April, 4).

Zarmsky, Sarah. “Is International Criminal Law Ready to Accommodate Online Harm?: Challenges and Opportunities.” **Journal of International Criminal Justice** 22, 1 (2024): 169-184.

Zetter, Kim. **Countdown to Zero Day: Stuxnet and the Launch of the World’s First Digital Weapon**. New York: Crown Publishers, 2014.

ปัญหาที่ไม่ใช่ปัญหาในนิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมาย
ธรรมชาติของนักบุญโทมัส อไควนัส:
การตีความใหม่ซึ่งนิติปรัชญา
ของนักบุญโทมัส อไควนัส

ดร.วรพจน์ สืบประเสริฐกุล

ปัญหาที่ไม่ใช่ปัญหาในนิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญ
โทมัส อไควนัส: การตีความใหม่ซึ่งนิติปรัชญาของนักบุญโทมัส อไควนัส
The Unproblematic Problem of Saint Thomas Aquinas's
Legal Philosophy of Natural Law: A Reinterpretation of
Saint Thomas Aquinas's Legal Philosophy

ดร.วรพจน์ สืบประเสริฐกุล*
Dr.Worapoj Suebprasertkul

บทคัดย่อ

ใน Summa Theologica นักบุญโทมัส อไควนัส กล่าวว่า ในกรณีที่กฎหมายบ้านเมืองขัดหรือแย้งกฎหมายธรรมชาติ หากเป็นกฎหมายบ้านเมืองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อความจำเป็นของบ้านเมือง กฎหมายบ้านเมืองเช่นว่านั้นหาได้สันนิษฐานสถานะของความเป็นกฎหมายไม่ โดยประการนี้เองทำให้เกิดปัญหาว่า นิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัส อไควนัส มีความย้อนแย้ง และไม่อาจจัดให้เป็นนิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติได้หรือไม่

ในการศึกษาตีความใหม่ซึ่งนิติปรัชญาของนักบุญโทมัส อไควนัส โดยการศึกษาปรัชญาจริยศาสตร์ของนักบุญโทมัส อไควนัส กล่าวคือ Theory of the Good ในฐานะที่เป็นฐานทางความคิดกรอบใหญ่ที่ครอบคลุมปรัชญากฎหมาย กล่าวคือ Summa Theologica อีกชั้นหนึ่งนั้น กอปรกับการศึกษานิติปรัชญากฎหมายธรรมชาติในสมัยปัจจุบันของ Lon L. Fuller กล่าวคือ The Internal Morality of Law ทำให้พบว่า Summa Theologica หาได้ย้อนแย้งไม่ อีกทั้ง ยังสอดคล้องกับนิติปรัชญากฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ของ Lon L. Fuller ในประการที่ว่ากฎหมายธรรมชาติที่มีเนื้อหามาจากการใช้เหตุผล

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; LL.M. in Public International Law (with Merit), Queen Mary University of London, UK; น.ด. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: worapoj.s@rumail.ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. (Second honor) Chulalongkorn University; LL.M. in Public International Law (with Merit), Queen Mary University of London, UK; LL.D. Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 30 มิถุนายน 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 20 ตุลาคม 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 24 ตุลาคม 2567.

ที่สอดคล้อง The Moral Common Good และดำรงอย่างภาวีสัย เป็นเอกเทศต่างหากจากความเป็น
อัตวิสัยของผู้ตรากฎหมาย กฎหมายธรรมชาติย่อมดำรงอย่างจริงแท้อิสระจากเหตุผลของปัจเจกชนใด
เพราะเหตุผลที่ถูกต้องหนึ่งเดียวมีอยู่อย่างข้อเท็จจริงแยกต่างหากจากเหตุผลของปัจเจกชนแต่ละคน
ที่จะทำให้กฎหมายธรรมชาติมีความหลากหลาย โดยประการนี้กฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัส
อไควนัส เป็นกฎหมายธรรมชาติเชิงแก่นสารหรือเชิงเนื้อหา อย่างไรก็ตาม แนวคิดของนักบุญโทมัส
อไควนัส แสดงให้เห็นว่ากฎหมายบ้านเมืองที่แม้มี “เนื้อหา” ชัดกับกฎหมายธรรมชาตินั้น หากมี
“กระบวนการ” ตราหรือที่มาที่สอดคล้องหลักการของกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายบ้านเมืองนั้นยังคง
มีนิติสถานะเป็นกฎหมาย โดยตรรกะนี้อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายบ้านเมืองดังกล่าวย่อมเป็นกฎหมาย
ธรรมชาติไปด้วย ดังนี้ ประชญากฎหมายของนักบุญโทมัส อไควนัส ตั้งแต่ยุคกลางนั้นมีได้เป็นเพียง
นิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่แท้จริงเท่านั้น หากแต่ยังมีหลักการที่ทันสมัยอีกด้วย

คำสำคัญ: นักบุญโทมัส อไควนัส, นิติปรัชญา, สำนักกฎหมายธรรมชาติ

Abstract

In *Summa Theologica*, St. Thomas Aquinas states that in cases where human or positive law conflicts with natural law, if the human law's purpose is for the necessity of the state, such human law does not lose its legal status as the law. This raises the question of whether St. Thomas Aquinas's natural law philosophy is self-contradictory and cannot be classified as within the bounds of the philosophy of the School of Natural Law.

A re-interpretation of St. Thomas Aquinas's legal philosophy, through studying his ethical philosophy, namely the Theory of the Good, as the overarching framework encompassing his legal philosophy in *Summa Theologica*, combined with the study of contemporary natural law philosophy by Lon L. Fuller, specifically *The Internal Morality of Law*, reveals that *Summa Theologica* is not self-contradictory. It moreover aligns with Fuller's modern natural law philosophy. Indeed, natural law, whose content derived from the reasoning in compliance with The Moral Common Good, exists objectively, and thus, is independent of the subjectivity of legislators. The natural law exists truly independent of any individual's reasoning because the single correct reason exists as a fact separate from each individual's reasoning, which would diversify natural law. In consequence, St. Thomas's natural law is the substantive natural law. However, the conception of St. Thomas Aquinas demonstrates that human laws, even whose "content" conflicts with natural law, if their "process" of enactment or origin complies with the natural law principles, still maintain legal status. By this logic, such human laws could be even considered natural law as well.

As a result, it is not an exaggeration to state that St. Thomas Aquinas's legal philosophy from the Middle Ages is not only a true natural law philosophy but also endowed with modern principles.

Keywords: Saint Thomas Aquinas, legal philosophy, school of natural law

1. ความเบื้องต้น: ปัญหาและความสำคัญ

สาเหตุสำคัญของปัญหาทางนิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural Law or Legal Naturalism) คือการเอาค่าบังคับของกฎหมายผูกพันไว้กับความเป็นอุดมคติในการใช้เหตุผลสามัญของมนุษย์ทุกคนในการเข้าถึงหลักกฎหมายที่ควรจะเป็น ด้วยเหตุนี้ จึงก่อให้เกิดความหลากหลายไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของเกณฑ์คุณค่า (value) ส่งผลให้ขาดเกณฑ์มาตรฐานร่วมกัน (common standards) ที่จะใช้เป็นกฎเกณฑ์สำหรับสร้างกฎหมายในรูปแบบเดียวกันหรือเป็นสากลได้ในท้ายที่สุดแล้ว กฎหมายของสำนักกฎหมายธรรมชาติจึงมีได้หลากหลายขึ้นอยู่กับเหตุผลของแต่ละคน อีกทั้ง ไม่สามารถเป็นกฎหมายในแบบที่จะมีสภาพบังคับ (sanction) ในรูปแบบที่จับต้องได้ (tangible) หรือแบบทางการ (official)¹ เยี่ยงกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นอยู่ในทัศนะของสำนักกฎหมายบ้านเมือง² หรือสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (School of Positive Law or Legal Positivism) ได้

การตีความใหม่ซึ่งหลักนิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติโดยนักนิติปรัชญาและนักกฎหมายผู้เป็นนักปฏิบัติในยุคสมัยที่ติดต่อกันมาสำแดงให้เห็นถึงความพยายามในการทำให้ปัญหาประการดังกล่าวของสำนักกฎหมายธรรมชาติได้รับการแก้ไข หรือได้รับการตีความอย่างจริงจัง (Realism) เพื่อสร้างคำอธิบายใหม่แบบสร้างสรรค์นิยม (Constructivism) ตั้งแต่อริสโตเติล (Aristotle) ผู้อธิบายหลักการของสำนักกฎหมายธรรมชาติในสมัยโบราณจนถึงนักบุญโทมัส อควินัส (Saint Thomas Aquinas) (“นักบุญโทมัส”) ที่สานต่อการตีความหลักนิติปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติของอริสโตเติล³ เรื่อยมาจนถึงนักกฎหมายในปัจจุบัน บทความนี้จะได้นำเสนอว่า แม้นักบุญโทมัสจะพยายามยิ่งในการอธิบายแนวคิดกฎหมายธรรมชาติของตนผู้ศึกษานิติปรัชญาของนักบุญโทมัสสัมกับปัญหาสำคัญทางนิติปรัชญาในผลงานของท่านในประการที่ว่า นิติปรัชญาของนักบุญโทมัสเป็นนิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติจริงหรือไม่ ในขณะที่นักนิติปรัชญาในยุคสมัยใหม่ได้สานต่อพัฒนาการทางความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติในทิศทางใหม่ บทความนี้จะได้แสดงให้เห็นว่า ความพยายามดังกล่าวของนักกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่นี้ได้แก้ไขปัญหาทางนิติปรัชญาของนักบุญโทมัสหรือไม่

¹หรือแบบที่อยู่ในนิยามความหมายแห่ง “สภาพบังคับ” ตามนัยยะของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (School of Positive Law or Legal Positivism).

²บทความนี้เลือกใช้คำ “สำนักกฎหมายบ้านเมือง” เพื่อหมายถึง School of Positive Law or Legal Positivism.

³Fulvio Di Blas, *From Aristotle to Thomas Aquinas: Natural Law, Practical Knowledge and the Person*, (USA: St. Augustine Press, 2021), pp. 115 – 200.

หรือทำให้เรากระจ่างในสิ่งที่มีอยู่เดิมแล้วในนิติปรัชญาของนักบุญโทมัส ซึ่งในกรณีหลัง อาจทำให้เราประจักษ์ว่า นิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสยังคงสอดคล้องกับนิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติในยุคสมัยใหม่ ในท้ายที่สุด การตีความนิติปรัชญาจากยุคกลางใหม่นี้จะเป็นประโยชน์ต่อการทำความเข้าใจกฎหมายตามมุมมองสำนักกฎหมายธรรมชาติในสมัยปัจจุบันได้อย่างลึกซึ้ง และอาจเป็นส่วนหนึ่งในการกระตุ้นให้นักกฎหมายได้ใคร่ครวญนิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติใหม่ เพื่อสร้างพัฒนาการทางปัญญาสำหรับคนรุ่นปัจจุบันและอนาคตต่อไป

2. นักบุญโทมัส อไควนัส



นักบุญโทมัส อไควนัส (Saint Thomas Aquinas)⁴

นักบุญโทมัส เป็นบาทหลวงในคริสต์ศาสนา อาจารย์ และนักปรัชญาชื่อดังที่สุดในยุคกลางของยุโรป ผู้มีคุณูปการต่อวงการนิติศาสตร์ โดยเฉพาะทฤษฎีลำดับศักดิ์แห่งกฎหมายอันมีอรรถพิภพได้ว่าเป็นหลักการที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายจนถึงปัจจุบัน นักบุญโทมัสได้รับการยกย่องให้เป็นนักปรัชญาผู้ทรงคุณของสำนักกฎหมายธรรมชาติเป็นอย่างมาก เพราะเหตุว่าหากขาดท่านเสียแล้ว นิติปรัชญา

⁴Biography.com Editors, **Biography** [Online], available URL: <https://www.biography.com/religious-figure/saint-thomas-aquinas>, 2024, (February, 1).

ของสำนักกฎหมายธรรมชาติคงมีอาจมีชีวิตสืบต่อจากยุคโบราณหรือกรีกโรมัน ผ่านยุคฟื้นฟูศิลปวิทยา⁵ มาถึงยุคสมัยใหม่และปัจจุบันได้

นักบุญโทมัสเกิดที่เมือง Roccasecca ในดินแดนของประเทศอิตาลีในสมัยปัจจุบัน ในปีคริสต์ศักราช 1225 เมื่ออายุ 5 ปี นักบุญโทมัสถูกส่งไปได้รับการศึกษาที่ Abbey of Monte Cassino โดยคณะสงฆ์สายเบเนดิก ได้รับการกล่าวขานว่าเป็นเด็กที่มีไหวพริบ และได้รับจิตวิญญาณอันดี นักบุญโทมัสได้เริ่มศึกษาปรัชญาของอริสโตเติล และต่อมาได้เข้าศึกษาที่มหาวิทยาลัย Naples ช่วงปีคริสต์ศักราช 1245 ถึง 1252 ศึกษาที่คณะสงฆ์โดมินิกในเมืองเนเปิลส์ ปารีส และโคโลญ และได้บวชเป็นพระสงฆ์ที่เมืองโคโลญ เยอรมนี ในปีคริสต์ศักราช 1250 ต่อมาได้ไปสอนเทววิทยาที่มหาวิทยาลัยปารีส และได้รับปริญญาเอกสาขาเทววิทยาในที่สุด

ความถ่อมตนของนักบุญโทมัสทำให้เพื่อนร่วมชั้นเรียนมองว่าท่านปัญญาทึม (dim-witted) แท้จริงแล้วนักบุญโทมัสผู้ถ่อมใจแฝงไว้ด้วยสติปัญญาอันเฉิดฉาย เราสามารถสรุปตัวตนของท่านด้วยคำกล่าวของนักบุญอัลเบิร์ต ผู้ยิ่งใหญ่ (Saint Albert the Great) ผู้เป็นศาสตราจารย์ของนักบุญโทมัส ผู้ที่เมื่อหลังจากได้อ่านวิทยานิพนธ์ของนักบุญโทมัสแล้วกล่าวว่า “เราเรียกขานหนุ่มผู้นี้ว่าวัวทึม แต่การประกาศก้องในทฤษฎีของเขาจะก้องกัมปนาททั่วทั้งโลกในวันหนึ่ง”⁶

3. นิติปรัชญากฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัส อไควนัส

3.1 ความสำคัญของปรัชญาจริยศาสตร์ (Ethics) ของนักบุญโทมัสในการศึกษานิติปรัชญาของนักบุญโทมัส

การศึกษาปรัชญากฎหมายนั้นต้องกระทำผ่านการศึกษากายใต้แขนงปรัชญาที่เรียกว่า จริยศาสตร์ (Ethics) เพราะเหตุว่าแนวคิดว่าด้วยกฎเกณฑ์ของสังคมเริ่มจากการใคร่ครวญด้วยตรรกศาสตร์ว่าด้วยจริยธรรม อันเป็นปฐมบทของกระแสธารแห่งความคิดด้านปรัชญากฎหมายของมนุษยชาติตั้งแต่ยุคสมัยโบราณ ดังนั้นนิติปรัชญากฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสจึงเป็นส่วนหนึ่งในแขนงปรัชญาจริยศาสตร์ แม้ว่าผลงานและการสอนของนักบุญโทมัสจะครอบคลุมแขนงปรัชญาอื่น ๆ อาทิเช่น อภิปรัชญา และเทววิทยาด้วยก็ตาม

⁵ยุคเรอเนซองส์ (Renaissance).

⁶ผู้เขียนแปลจาก “We call this young man a dumb ox, but his bellowing in doctrine will one day resound throughout the world!” in Biography.com Editors, **Biography** [Online], available URL: <https://www.biography.com/religious-figure/saint-thomas-aquinas>, 2024, (February, 1).

บทความนี้ศึกษาปรัชญาจริยศาสตร์โดยทั่วไปของนักบุญโทมัสในฐานะกรอบความคิดใหญ่ เป็นการเบื้องต้นก่อน ซึ่งจะเอื้ออำนวยให้เกิดความเข้าใจงานนิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสอีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือ การศึกษาปรัชญาจริยศาสตร์ของนักบุญโทมัสจะทำให้เข้าใจโครงการทางนิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสที่ปรากฏในงาน Summa Theologica หรือ Treatise on Law ของท่านได้อย่างถ่องแท้ อันเป็นผลงานวิชาการของนักบุญโทมัสที่บทความนี้จะได้ศึกษาเป็นการเฉพาะในลำดับถัดไปด้วย

3.2 ปรัชญาจริยศาสตร์ว่าด้วย Theory of the Good ของนักบุญโทมัส

ในทัศนะของนักบุญโทมัสแล้ว “สิ่งซึ่งดี” และในที่นี้คือ “สิ่งซึ่งควรจะเป็น” (ought to be) เช่น กฎหมายที่ควรจะเป็น (law as it ought to be) นั้นหาได้มีบ่อเกิดแห่งคุณค่าโดยการให้คุณค่าต่อสิ่งซึ่งดีตามทัศนะของบุคคลผู้ให้นิยามในทางอัตวิสัย (subjective) ไม่ หากแต่สิ่งซึ่งดีและในที่นี้คือ สิ่งซึ่งควรจะเป็น เช่น กฎหมายที่ควรจะเป็นนั้นเป็นคุณค่าที่มีอยู่แล้วอย่างภาววิสัย (objective) หรือ อาจเรียกว่ามีอยู่แล้วในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริง (fact) ตัวอย่างเช่น การที่มนุษย์มีสัญชาตญาณที่ต้องกินอาหารเพื่อให้ตนเองมีชีวิตดำรงอยู่ได้ คุณลักษณะที่ตีแบบนี้ไม่ได้มีอยู่แบบอัตวิสัย กล่าวคือ มิใช่เป็นเพราะมนุษย์ให้คุณค่ากับการกินเพื่อดำรงชีวิต มนุษย์จึงกิน แต่มนุษย์กินเพราะเป็นคุณลักษณะที่ดีหรือความดีที่มีอยู่ในตัวมนุษย์แล้วแบบภาววิสัยหรือแบบข้อเท็จจริง อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อโต้แย้งว่า มนุษย์บางคนไม่ต้องการกิน นั้นแสดงว่าความดีในการกินเพื่อให้รอดตายไม่เป็นภาววิสัย หากแต่เป็นอัตวิสัยเพราะเหตุว่ามนุษย์เลือกเองที่จะไม่ให้คุณค่ากับการกิน ประเด็นนี้อธิบายได้ว่า การที่มนุษย์คนใดไม่กิน นั้นคือลักษณะเสียหรือความคลาดเคลื่อนจากข้อเท็จจริงที่มนุษย์ทุกคนต้องกินเพราะเป็นความดีที่เป็นอยู่จริงในเชิงปรมาตม์ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการให้คุณค่าเพื่อทำให้เป็นคุณค่า (value) ขึ้นมา อันจะเป็นค่านิยมที่เป็นอัตวิสัยมากกว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ตามธรรมชาติของมนุษย์ในฐานะข้อเท็จจริงหรืออย่างเป็นภาววิสัย ในประการหลังดังกล่าวนี้คือ ความมุ่งหมายของ Theory of the Good ของนักบุญโทมัสซึ่งมีลักษณะเป็นภาววิสัยว่าด้วยศีลธรรม (Ontology of Morals)⁷

ดังนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องอธิบายภาววิสัยว่าด้วยศีลธรรม (Ontology of Morals) ในปรัชญาของนักบุญโทมัส หรือกล่าวอีกนัย คือ การอธิบายความเป็นภาววิสัยแห่งความดีในแง่ปรัชญาจริยศาสตร์ของนักบุญโทมัสเพื่อที่จะเข้าใจแนวคิดทางศีลธรรมในปรัชญากฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัส ศีลธรรมที่ใช้เป็นหลักการในการตรากฎหมายที่ควรจะเป็นนั้นไม่ได้มาจากความเป็นอัตวิสัยของผู้ตรากฎหมาย ซึ่งผู้ซึ่งเข้าใจแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติโดยทั่วไปมักเข้าใจผิดกัน

⁷ เป็นสาขาหนึ่งของปรัชญาจริยศาสตร์

“คำสั่งทางศีลธรรมมีพลังในการสั่งแบบไม่มีเงื่อนไขมากกว่าจะเป็นแต่เพียงแบบมีเงื่อนไข”⁸

คำอธิบายของ Edward Feser ข้างต้นนี้สรุปใจความสำคัญของแนวคิดที่ว่าความดีหรือศีลธรรมตามทัศนะของนักบุญโทมัสนั้นไม่ใช่พลังในเชิงเงื่อนไขหรือมาจากการสร้างเงื่อนไขภายในของมนุษย์ หากแต่เป็น “พลังแบบไม่มีเงื่อนไข” กล่าวคือ ไม่ได้มาจากการสร้างเงื่อนไขโดยความปรารถนาของมนุษย์อันเป็นอัตวิสัยต่อสิ่งซึ่งเรียกว่าดีหรือถูกต้อง อันนับได้ว่า ศีลธรรมนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับบุคคลที่มีกรอบความคิดในอันที่จะมองว่าสิ่งใดเป็นสิ่งดีหรือถูกต้องตามทัศนะของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อันเป็นปัจเจกแยกกัน หากทว่ากรอบความคิดที่ใช้มองว่าสิ่งใดว่าเป็นสิ่งดีหรือถูกต้องนั้นเป็นสิ่งที่อยู่นอกตัวบุคคล นอกความคิดอันแตกต่างกันไปตามแต่ละบุคคล ในทางปรัชญากรอบความคิดหรือความจริงที่เป็นอยู่เองต่างหากนอกตัวบุคคลแบบนี้ถือว่่าเป็นอภิปรัชญา (Metaphysics) กล่าวคือ เป็นความจริงในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริง (factual) ไม่ใช่ความจริงโดยการแปรผันตามแนวคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง (relative) ไม่ใช่ความจริงที่เป็นความจริงของใคร แต่เป็นความจริงที่จริง ดังนี้ พันธกรณีทางศีลธรรม (moral obligation) ไม่ได้เกิดขึ้นเพราะบุคคลผูกพันตนกับมูลหนี้ หรือมีหนี้ทางศีลธรรมอันใดที่สร้างขึ้น หากแต่พันธกรณีทางศีลธรรมนี้ปรากฏขึ้นตามความจริงทางศีลธรรมนั้นที่มีอยู่เองแล้ว ทำนองเดียวกับหนี้ที่เกิดขึ้นโดยนิติเหตุ เพราะกฎหมายอันเป็นความจริงภายนอกตัวเอกชนได้กำหนดให้มีหนี้เช่นนั้น ไม่ใช่เรื่องของเอกชนที่ใช้เสรีภาพทางแพ่งของตนเข้าผูกพันในนิติกรรมสัญญา อันจะก่อให้เกิดหนี้เพื่อผูกพันบุคคลทางกฎหมาย อันนำไปสู่การเกิดขึ้นซึ่งพันธกรณีที่บุคคลต้องผูกพันตนตามหนี้นั้นขึ้นมา ในกรณีหลังนี้คือพันธกรณีที่เกิดขึ้นในแง่อัตวิสัย ซึ่งมีใช้พันธกรณีที่เกิดขึ้นในแง่ภาววิสัยอย่างกรณีหนี้ที่เกิดขึ้นเพราะนิติเหตุ อันเป็นความจริงต่างหากที่อยู่นอกตัวเอกชนนั่นเอง

กรณีที่คุณไม่สามารถคิดในสิ่งที่ถูกมองว่าดี ถูกต้อง หรือชอบด้วยศีลธรรม หรือกรณีที่มีอำนาจหรือฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐออกกฎหมายโดยไม่สามารถใช้กรอบความคิดที่ถูกมองว่าดี ถูกต้อง หรือชอบด้วยศีลธรรมได้ ย่อมจะถูกทำให้เข้าใจได้ว่าปรัชญากฎหมายธรรมชาติที่อาศัยฐานความคิดเรื่องศีลธรรมหรือเหตุผลตามธรรมชาติที่เป็นลักษณะภาววิสัยของนักบุญโทมัสนั้นไม่อาจถูกต้องหรือเป็นจริงได้ ฉะนั้น ปรัชญากฎหมายธรรมชาติจึงไม่สอดคล้องกับภาววิทยาว่าด้วยศีลธรรม (Ontology of Morals) ประเด็นนี้อธิบายโดยเปรียบเทียบได้ว่า หากบุคคลประพฤติตนในทางที่ไม่ดี ไม่ถูกต้อง เช่น บุคคลไม่กินผัก เพราะไม่ชอบผัก บุคคลไม่ได้ไม่กินผักเพราะกรอบความคิดว่าอาหารที่ดีที่ถูกต้องเป็นอย่างอื่นที่ไม่ใช่ผัก ตนจึงเลือกกินอย่างอื่นยกเว้นผัก เช่นนี้ ผักไม่ใช่สิ่งดีตามกรอบความคิดของเขา เท่ากับหมายความว่า กรอบความคิดหรือเหตุผลในการมองว่าอะไรดีหรือถูกต้องเป็นอัตวิสัย แต่ที่จริง

⁸ผู้เขียนแปลจาก “Moral imperatives have categorical rather than merely hypothetical force.” in Edward Feser, *Aquinas A Beginner’s Guide* (London: Oneworld, 2013), p. 186.

แล้วนั้นเป็นเพราะกรอบความคิดที่ว่าสิ่งใดดี หรือถูกต้องมีอยู่แล้วนอกตัวบุคคลนั้น กล่าวคือ กรอบความคิดที่มาจากข้อเท็จจริงว่าผักมีประโยชน์และดีต่อร่างกายเป็นสิ่งถูกต้องที่มนุษย์จะต้องกินผักด้วย เพื่อสุขภาพที่ดีตามหลักการชีววิทยาและความรู้ด้านสุขภาพอันเป็นข้อเท็จจริงที่จริงอยู่แล้ว นอกตัวบุคคลดังกล่าว ดังนั้น กรอบความคิดว่าผักดีมีประโยชน์นั้นไม่ได้กำเนิดจากเหตุผลส่วนบุคคลอันเป็นเรื่องเฉพาะปัจเจกบุคคลอันเป็นอัตวิสัยแต่อย่างใดในทำนองเดียวกันกฎหมายที่ดีหรือมีค่าทางศีลธรรมหาได้ขึ้นอยู่กับกรอบความคิดของบุคคลซึ่งมีได้หลากหลายไม่ หากแต่เกิดจากกรอบความคิดชุดเดียวกันที่แยกต่างหากจากบุคคลต่าง ๆ ดังที่นักบุญโทมัสได้กล่าวไว้ซึ่งช่วยอธิบายในประเด็นนี้ได้ว่า “ความพอประมาณนั้นเกี่ยวข้องกับประเด็นของความปรารถนาในอาหาร เครื่องดื่ม ความกำหนดซึ่งถูกกำหนดไว้แล้วเพื่อให้เป็นไปตามความดีร่วมกันในทางธรรมชาติ เช่นเดียวกับประเด็นของกฎหมายที่ถูกกำหนดไว้แล้วเพื่อให้เป็นไปตาม*ความดีร่วมกันที่มีค่าทางศีลธรรม*”⁹

ความดีร่วมกันที่มีค่าทางศีลธรรม หรือ The moral common good นั้น คือความดีหรือศีลธรรมที่ “ร่วมกัน” (common) ซึ่งโดยความหมายของคำคุณศัพท์คำนี้แล้ว หมายถึงทุกคนมีส่วนร่วม เป็นสิ่งที่เป็นโดยทั่วไป จึงเป็นคำที่บ่งถึงความเป็นภววิสัย มิเช่นนั้นคงไม่มีการใช้คำคุณศัพท์นี้มาขยายคำว่า “ความดี” (good) นอกจากนี้ คำคุณศัพท์ “moral” ซึ่งหมายถึงศีลธรรมหรือความถูกต้องที่มีค่าทางศีลธรรมยังถูกนักบุญโทมัสใช้เพื่อขยายคำว่า “ความดี” (good) เพื่อให้ผู้อ่านได้เข้าใจว่า “ความดีร่วมกัน” (common good) ในที่นี้ถูกต้องมีค่าทางศีลธรรมอีกด้วย

ข้อความที่ว่า “...เช่นเดียวกับประเด็นของกฎหมายที่ถูกกำหนดไว้แล้วเพื่อให้เป็นไปตามความดีร่วมกันที่มีค่าทางศีลธรรม”¹⁰ นั้นแสดงให้เห็นชัดว่ากฎหมายในทัศนะของนักบุญโทมัสเป็นสิ่งซึ่งต้องขึ้นอยู่กับ*ความดีร่วมกันที่มีค่าทางศีลธรรม* เช่นนี้ ความดีร่วมกันเช่นนี้จึงเป็นความดี (good) ที่มีอยู่เองต่างหากจากความดีที่มีอยู่ในบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งอาจจะแตกต่างกันได้ โดยสังเกตจากการใช้คำว่า “ร่วมกัน” (common) ของนักบุญโทมัสซึ่งบ่งถึงความเหมือนกัน และไม่ได้ขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคล กล่าวอีกนัย คือ เหตุผลตามธรรมชาติที่ใช้เพื่อเป็นเกณฑ์หรือมาตรฐานว่าสิ่งหรือกฎหมายใดดีหรือถูกต้อง เพื่อแสดงว่าสิ่งหรือกฎหมายนั้นมีคุณค่าทางศีลธรรมนั้นมีอยู่เองแล้วอย่างข้อเท็จจริงที่ดำรงอย่าง

⁹ผู้เขียนแปลจาก “Temperance is about matters of concupiscence of food, drink and sexual matters which are indeed ordained to the natural common good, just as other matters of law are ordained to the moral common good.” (ตัวเอียง โดยผู้เขียน) in Saint Thomas Aquinas, *Treatise on Law (Summa Theologica, Questions 90 - 97)* (Washington, D.C.: Regnery Publishing, INC.), p. 63.

¹⁰ผู้เขียนแปลจาก “..., just as other matters of law are ordained to the moral common good.” in *Ibid.*, p. 63.

ภาวีสัย ดังนั้น เหตุผลตามธรรมชาติที่ใช้เพื่อเป็นเกณฑ์หรือมาตรวัดว่าสิ่งใดดีหรือถูกต้องเพื่อสร้างกฎหมายตามที่ชนะของนักบุญโทมัสจึงมีอยู่เองแล้วอย่างข้อเท็จจริงที่ดำรงอย่างภาวีสัย มิใช่สิ่งซึ่งเป็นไปตามเหตุผลของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เช่นนี้ จึงทำให้เข้าใจได้ว่าความคิดเห็นที่ว่าเหตุผลในการมองว่าสิ่งใดดีหรือถูกต้องในการตรากฎหมายนั้นหลากหลาย เป็นอัตวิสัย และหาความจริงที่สุด (ultimate reality) หรือมาตรฐานหนึ่งเดียว (common standard) ไม่ได้ นั่น ไม่ใช่นิติปรัชญาของนักบุญโทมัสอย่างที่สำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือผู้ที่ไม่ได้ศึกษาปรัชญาอย่างจริงจังเข้าใจ

เพื่อให้เห็นภาพพจน์ของการสานต่อนิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติจากสมัยกรีกโดยนักบุญโทมัสอีกโสดนั้น จึงต้องกล่าว ณ ที่นี้ด้วยว่า หลักการของนักบุญโทมัสวางอยู่บนฐานความคิดของปรัชญาอริสโตเติลด้วยในแง่ที่ว่าสรรพสิ่งย่อมพัฒนาไปสู่จุดหมายที่แน่นอน โดยที่สรรพสิ่งมีจุดหมายนั้นข้างในแล้วโดยธรรมชาติ¹¹ กล่าวคือ สรรพสิ่งรวมถึงกฎหมายย่อมมีไว้บนโลกเพื่อพัฒนาสู่ความดีสูงสุด (the Good) หรือพระเจ้า อันมีหรือทรงมีสถานะเป็นภาวีสัยในทางอภิปรัชญา โดยที่ไม่ต่างจากการกระทำที่มีค่าทางศีลธรรมที่เป็นการเคลื่อนที่หรือพัฒนาของสิ่งต่าง ๆ รวมทั้งมนุษย์ที่พระเจ้าสร้างซึ่งมุ่งไปหาพระเจ้า หรือความดีสูงสุด (the Good) นี้ โดยมีค่าเฉพาะเรียกว่า Summum Bonum¹²

อนึ่ง คำอธิบายของ Michael Cronin¹³ สามารถสรุปความเข้าใจปรัชญา Theory of the Good ของนักบุญโทมัสได้เป็นอย่างดี จึงขอยกมาไว้ ณ ที่นี้ ดังนี้

“ในแง่ของความหมายของคำอย่างเป็นที่สุด หน้าที่ทางศีลธรรมนั้นเป็นธรรมชาติ ไม่เพียงแต่วัตถุเฉพาะใด ๆ จะเป็นเครื่องมือโดยธรรมชาติเพื่อนำไปสู่จุดจบของมนุษย์เท่านั้น แต่ความปรารถนาของเราต่อจุดจบนั้นก็เข้าไปโดยธรรมชาติด้วย และดังนี้ ความจำเป็น (หรือ พลังที่มีอำนาจผูกพันหรือเป็นพันธกรณี) ของเครื่องมือนั้นก็เข้าไปตามธรรมชาติเช่นกัน”¹⁴

¹¹Thomas Aquinas, Summa contra gentiles, III, 17. อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อานกฎหมาย, 2664), หน้า 148.

¹²โปรดดูทฤษฎี Four Causes ของนักบุญโทมัส อควินัส ประกอบ.

¹³นักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติแบบ Neo-Scholastic.

¹⁴ผู้เขียนแปลจาก “In the fullest sense of the word, then, moral duty is natural. For not only are certain objects natural means to a man’s final end, but our desire of that end is natural also, and therefore, the necessity [or obligatory force] of the means is natural.” in Michael Cronin, **The Science of Ethics, Volume 1** (Dublin: M.H. Gill and Son, Ltd., 1939), p. 222.

3.3 นิติปรัชญาใน Summa Theologica ของนักบุญโทมัส

ผลงานทางนิติปรัชญาของนักบุญโทมัสในยุคกลางนี้เป็นการถกทอโครงการทางปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ได้รับการสืบทอดจากยุคสมัยกรีกสู่ปัจจุบัน เป็นที่ทราบกันว่านักบุญโทมัสได้สานต่อปรัชญากฎหมายธรรมชาติของอริสโตเติล โดยที่ท่านได้อรรถาธิบายเพิ่มเติมว่า กฎหมายที่มาจากความคิดของมนุษย์นั้นมีอาจสูงไป หรือสมบูรณ์ไปกว่ากฎหมายนิรันดร์ (Eternal Law) ของพระเจ้า มนุษย์ใช้เหตุผลของตนเพื่อเข้าถึงหลักการของกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ได้เท่าที่ปัญญาของมนุษย์จะนำไปถึง แต่ปัญญามนุษย์นั้นก็จำกัด มนุษย์ใช้ปัญญาอันจำกัดนี้ในฐานะสิ่งมีชีวิตที่พระเจ้าสร้างมาเพื่อร่วมลงไปในกฎหมายนิรันดร์ของพระเป็นเจ้าเพื่อหยั่งเอากฎหมายธรรมชาติออกมา ดังที่นักบุญโทมัสกล่าวว่า

“การมีส่วนร่วมในกฎหมายนิรันดร์โดยสิ่งมีชีวิต¹⁵ (หรือ สิ่งที่พระเจ้าทรงสร้าง) ที่มีเหตุผลนี้ก็คือกฎหมายธรรมชาติ”¹⁶

เช่นนี้ กฎหมายธรรมชาตินี้จึงมีข้อจำกัดในตัวเอง เนื่องจากกฎหมายธรรมชาตินั้นแท้จริงคือการสำแดงออกซึ่งการดำรงอยู่ของกฎหมายนิรันดร์ของพระเป็นเจ้าในทางที่จำกัด กล่าวคือ โดยผ่านเหตุผลของมนุษย์ซึ่งมีข้อจำกัด ดังที่นักบุญโทมัสกล่าวว่า กฎหมายธรรมชาตินั้นสามารถเข้าใจได้โดยการเทียบกับกฎหมายนิรันดร์ในฐานะที่เป็นการปรากฏซึ่งกฎหมายนิรันดร์ในระเบียบธรรมชาติ¹⁷ กฎหมายธรรมชาตินี้จึงเป็นสิ่งที่ต้อง “เข้าถึง” มากกว่า “สร้างขึ้น” และย่อมแตกต่างจากกฎหมายมนุษย์หรือกฎหมายบ้านเมือง (Human Law or Positive Law) ซึ่งมนุษย์ใช้เหตุผลของตนในการสร้างขึ้น จึงเป็นการสร้างที่เกิดขึ้นโดยสองส่วน กล่าวคือ เหตุผลตามธรรมชาติอย่างทีกล่าวในนิติปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติ และการสร้างขึ้นผ่านการบัญญัติในเชิงรูปแบบ (legal formality) ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายของบ้านเมือง ฉะนั้น อาจกล่าวอีกมุมหนึ่งว่า กฎหมายมนุษย์หรือกฎหมายบ้านเมืองวางอยู่บนฐาน กล่าวคือ หลักคิดตาม “เหตุผลที่มีอยู่แล้วในธรรมชาติ” (natural reasons) และรวมถึงอีกฐานคือ “เหตุผลความจำเป็นหรือความต้องการของสถานการณ์บ้านเมือง” (contingent reasons) เช่นนี้ กฎหมายบ้านเมืองจึงเป็นมากกว่าเหตุผลที่มีอยู่แล้วในธรรมชาติ ความขัดแย้งของกฎหมายบ้านเมือง

¹⁵ผู้เขียนแปลคำ “creature” ในภาษาอังกฤษว่า “สิ่งมีชีวิต” อย่างไรก็ตาม หากจะแปลให้ตรงกับความหมายของคำในภาษาอังกฤษที่แท้จริงมากกว่า ต้องแปลว่า “สิ่งที่พระเจ้าทรงสร้าง.”

¹⁶ผู้เขียนแปลจาก “This participation of the eternal law in the rational creature is called the natural law.” Summa Theologica I-II.91.2 cited in Edward Feser, op. cit., p.187.

¹⁷ผู้เขียนแปลจาก “The “natural law,” then, can also be understood in terms of its contrast with the eternal law, as the manifestation of the latter within the natural order.” in Edward Feser, op. cit., p.187.

ที่มีต่อกฎหมายธรรมชาติ จึงเป็นความขัดแย้งที่มาจากฐานความคิดที่เป็นเหตุผลความจำเป็นหรือความต้องการของบ้านเมือง แม้ว่าในหลายกรณี เหตุผลของผู้ปกครองหรือผู้มีอำนาจในการสร้างกฎหมายมีน้ำหนักมากกว่าเหตุผลตามธรรมชาติซึ่งเป็นเหตุผลที่มีค่าทางศีลธรรมตามนิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาตินั้นเอง

เพราะเหตุว่า กฎหมายธรรมชาติอาจไม่ดำรงอยู่ในใจมนุษย์ได้ และเช่นนั้นมนุษย์จึงออกกฎหมายบ้านเมือง (Human Law) ดังที่มีข้อโต้แย้งต่อนักบุญโทมัสว่า

“ข้อโต้แย้งที่ 3 สิ่งซึ่งสถาปนาขึ้นโดยกฎหมายนั้นถูกทำให้ยุติธรรม แต่มีสิ่งมากมายที่มนุษย์ตราขึ้นซึ่งขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ ดังนั้น กฎหมายธรรมชาตินี้จึงสามารถถูกกำจัดไปจากใจของมนุษย์ได้”¹⁸

ต่อประเด็นโต้แย้งนี้ นักบุญโทมัสได้ตอบโดยแสดงทัศนะว่า

“คำตอบสำหรับข้อโต้แย้งที่ 3 ข้อโต้แย้งที่กล่าวมานั้นเป็นจริงแต่ในส่วนหลักการลำดับรองของกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งผู้ตราได้สร้างกรอบการตราที่จำเพาะเจาะจงซึ่งไม่ยุติธรรมต่อตัวกฎหมายธรรมชาตินั้น”¹⁹

เห็นได้ว่านักบุญโทมัส ไม่ได้กล่าวว่ากฎหมายธรรมชาติสามารถเอาออกไปจากใจของมนุษย์ได้อย่างที่ประเด็นโต้แย้งได้กล่าวขึ้น หากแต่กลับตอบได้ว่าในกรณีนี้คือผู้ตรากฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายที่ขัดแย้งต่อกฎหมายธรรมชาติ ฝ่ายนิติบัญญัตินั้นได้สร้างกรอบการตรากฎหมายที่ไม่ยุติธรรมนั่นเอง

นอกจากนี้ นักบุญโทมัสยืนยันถึงการต้องมีกฎหมายดำรงอยู่เพื่อเป็นเครื่องชี้นำมนุษย์ไปสู่หนทางดี ดังที่ท่านกล่าวว่า

“มนุษย์ผู้ซึ่งมีนิสัยดีนั้นมีใจสมัครมุ่งสู่ความดีได้โดยการถูกรวมตักเตือนมากกว่าการถูกบังคับ แต่มนุษย์ผู้ซึ่งมีนิสัยชั่วร้ายนั้นจะไม่สามารถถูกนำไปสู่ความดีได้ เว้นแต่พวกเขาจะถูกบังคับ”²⁰

¹⁸ผู้เขียนแปลจาก “Obj.3 Further, that which is established by law is made just. But many things are enacted by men, which are contrary to the law of nature. Therefore, the law of nature can be abolished from the hearts of man.” in Saint Thomas Aquinas, op. cit., p.71.

¹⁹ผู้เขียนแปลจาก “Reply Obj.3 This argument is true of the secondary precept of the natural law, against which some legislators have framed certain enactment which are unjust.” in Ibid., p.72.

²⁰ผู้เขียนแปลจาก “Men who are well disposed are willingly to virtue by being admonished better than be coercion: but men who are evilly disposed are not led to virtue unless they are compelled.” in Ibid., p.76.

เพราะเหตุว่าสัจจะซึ่งในที่นี้คือกฎหมายธรรมชาติแม้เป็นจริงสำหรับทุกคน แต่ไม่ได้อาจถูกรู้ได้ทุกคน ดังที่นักบุญโทมัสกล่าวใน Summa Theologica ในบทที่ว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติ (Of the Natural Law) ว่า “สัจจะนั้นเหมือนกันสำหรับทุกคน แต่ไม่อาจถูกรู้ได้อย่างเท่ากันสำหรับทุกคน”²¹ ซึ่งยิ่งสนับสนุนปรัชญาจริยศาสตร์ว่าด้วย The Theory of the Good ของนักบุญโทมัสที่ว่ากฎหมายธรรมชาติย่อมเป็นสัจจะความจริงแบบภววิสัย (objective) เนื่องด้วยกฎหมายธรรมชาติซึ่งในที่นี้คือสัจจะย่อมเป็น “เหมือนกันสำหรับทุกคน” (“the same for all”) ดังนั้น กฎหมายธรรมชาติในทัศนะของนักบุญโทมัสจึงไม่ขึ้นอยู่กับเหตุผลของแต่ละปัจเจกบุคคลในทางอัตวิสัย แต่สำหรับบุคคลผู้ซึ่งชั่วก็จะถูกนำสู่ความดีไม่ได้ หากปราศจากการถูกบังคับ (compelled) โดยกฎหมายนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ใช้บังคับบุคคลผู้ซึ่งชั่วสู่ความดีนั้น นักบุญโทมัสไม่สนับสนุนการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมโดยตัวผู้พิพากษา²² ซึ่งเป็นปัจเจกบุคคล หากแต่สนับสนุนความยุติธรรมที่สร้างและมีอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มนุษย์ได้บัญญัติไว้ ดังที่กล่าวไว้ว่า

“ดังที่นักปรัชญากล่าวว่า เป็นการดีกว่าที่ทุกสิ่งจะถูกกำกับไว้โดยกฎหมายมากกว่าจะปล่อยให้ผู้อยู่ในการตัดสินของผู้พิพากษาด้วยเหตุผล 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรก เพราะเป็นการง่ายที่จะหาผู้ทรงปัญญาจำนวนเล็กน้อยที่มีความสามารถในการสร้างกฎหมายที่ถูกต้องกว่าการหาคนจำนวนมากที่จะพิพากษาได้ถูกต้องในแต่ละคดี ประการที่สอง เพราะผู้ที่สร้างกฎหมายได้พิจารณาวินิจฉัยว่าจะสร้างกฎหมายใดขึ้นมาล่วงหน้า ในขณะที่คำพิพากษาในแต่ละคดีต้องถูกทำให้มีขึ้นทันทีที่มีคดีมาถึงศาล และยังเป็นกรง่ายสำหรับมนุษย์ที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดถูกต้องโดยการนำเหตุการณ์หลายหลากเข้าสู่การใคร่ครวญว่าการใคร่ครวญข้อเท็จจริงแต่เพียงข้อเดียว ประการที่สาม เพราะผู้สร้างกฎหมายได้ตัดสินในทางนามธรรมและตัดสินเหตุการณ์ในอนาคต ในขณะที่ผู้ที่นั่งบัลลังก์พิพากษาได้ตัดสินสิ่งซึ่งมีอยู่ในปัจจุบันซึ่งเขาจะต้องถูกความรัก ความเกลียดชัง หรือความโลภบางประการมีผลกระทบต่อดัวเขอันเป็นเหตุให้คำพิพากษาของเขาถูกบิดเบือนไป”²³

²¹ผู้เขียนแปลจาก “The truth is the same for all, but is not equally known to all...” in *Ibid.*, p. 65.

²²อย่างที่เป็นในระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common Law System) ของอังกฤษ.

²³หรือ ควรจะแปลว่า ไม่เที่ยงธรรม.

ด้วยเหตุนี้ ความยุติธรรมที่จะคิดคำนึงขึ้นมาได้ของผู้พิพากษามีอาจถูกพบได้ในมนุษย์แต่ละคน และด้วยเหตุที่ความยุติธรรมสามารถถูกทำให้เบี่ยงเบนได้ ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่มีความเป็นไปได้ มันจึงจำเป็นสำหรับกฎหมายที่จะหยั่งหาวิธีการตัดสิน และมันก็จำเป็นที่จะให้มีกรณีอยู่น้อยมาก ๆ ที่จะหลุดรอดไปอยู่ภายใต้การตัดสินของมนุษย์”²⁴

4. ปัญหานิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัส อไควนัส

ข้อยืนยันสำคัญของสำนักกฎหมายบ้านเมืองต่อแนวคิดของนักบุญโทมัสมักยึดโยงกับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการที่เมื่อกฎหมายที่รัฐออกมาหักขัดหรือแย้งกับหลักปรัชญากฎหมายธรรมชาติหรือเหตุผลอันชอบธรรมแล้วก็ยังเป็นอันใช้บังคับได้ สะท้อนให้เห็นถึงการขาดซึ่งลักษณะของความเด็ดขาดของโครงการทางปรัชญาของนักบุญโทมัส เพื่อให้เข้าใจปัญหาและการตอบปัญหาในที่นี่ ควรทำความเข้าใจบริบทเชิงสถานที่และเวลาที่นักบุญโทมัสมีชีวิตอยู่ก่อนด้วย

สภาพสังคมศักดินาสวามิภักดิ์ในสมัยกลางของยุโรปและอิทธิพลของคริสต์ศาสนานิกายโรมันคาทอลิก²⁵ เป็นเหตุผลสำคัญในการสร้างกรอบความคิดทางกฎหมายให้แก่ักบุญโทมัส ระบบศักดินาสวามิภักดิ์ คือ โครงสร้างทางสังคม และแนวคิดในการปกครองและจัดสรรบุคคลในสมัยนั้น ซึ่งต้องอาศัยการสวามิภักดิ์มูลนายผู้ซึ่งเป็นผู้ตรากฎหมาย จึงเป็นผลให้กรอบความคิดของนักบุญโทมัส

²⁴ผู้เขียนแปลจาก “As the Philosopher says (Rhet. i. I) it is better that all things be regulated by law, than left to be decided by judges: and this for three reasons. First, because it is easier to find a few wise men competent to frame right laws, than to find the many who would judge aright each single case. – Secondly, because those who make laws consider long beforehand what laws to make; whereas judgment on each single case has to be pronounced as soon as it arises: and it is easier for man to see what is right, by taking many instances into consideration, than by considering one solitary fact. —Thirdly, because lawgivers judge in the abstract and of future events; whereas those who sit in judgment judge of things present, towards which they are affected by love, hatred, or some kind of cupidity; wherefore their judgment is perverted.

Since then the animated justice of the judge is not found in every man, and since it can be deflected, it was necessary, whenever possible, for the law to determine how to judge, and for very few matters to be left to the decision of men.” in Saint Thomas Aquinas, op. cit., p.76.

²⁵เป็นนิกายเดียวที่มีอยู่ในขณะนั้นของส่วนมากของภาคพื้นทวีปยุโรปก่อนการเกิดขึ้นของนิกายโปรเตสแตนต์ในภายหลัง.

อยู่ใต้อิทธิพลของกรอบความคิดทางสังคม (convention) ในสมัยนั้นอย่างเลี่ยงมิได้ นอกจากนี้ คริสต์ศาสนานิกายโรมันคาทอลิกมีคำสอนที่อาศัยปรัชญาเทววิทยา (Theology) ซึ่งวางหลักว่า พระเจ้าทรงสร้างสรรพสิ่ง และโดยการที่พระเยซูทรงแต่งตั้งเปโตรหรือปีเตอร์ อัครสาวกเป็นองค์ตัวแทน บนพื้นพิภพ จึงนำไปสู่การเกิดขึ้นซึ่งตำแหน่งพระสันตะปาปา ประมุขของคริสตจักรบนโลกมนุษย์ ซึ่งเป็นเสมือนองค์ตัวแทนของพระเจ้า นอกจากนี้ บรรดาเจ้าผู้ปกครองนครรัฐ (city states) ในสมัยนั้น ต่างเป็นคริสต์ศาสนิกชน และต่างยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของพระเป็นเจ้า ในสำนักทางกฎหมาย ของผู้ปกครองนครรัฐ พวกเขาถือว่าในเมื่อพระเยซูซึ่งคือพระเจ้าที่เสด็จลงมาบนโลกมนุษย์ได้ประทาน พระอำนาจผ่านการแต่งตั้งปีเตอร์เป็นผู้แทนพระองค์ เมื่อปีเตอร์วายชนม์ไปก็ยังคงมีการสืบทอดตำแหน่ง พระสันตะปาปาและถ่ายโอนพระอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งพระสันตะปาปาเรื่อยมา เช่นนี้ อำนาจอธิปไตย ของพระเจ้าจึงได้รับการสืบทอดโดยมีผู้ดำรงตำแหน่งพระสันตะปาปา ผู้เป็นองค์อัครบิดรเหนือนครรัฐ และเจ้าผู้ครองนครรัฐทั้งหลายในยุโรป และจึงทรงมีพระอำนาจปกครองนครรัฐทั้งหลายที่เป็น รัฐศาสนาคริสต์นั่นเอง²⁶ ดังนี้ พระสันตะปาปาจึงทรงมีอำนาจในการตรากฎหมาย (canon law) โดยถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในสมัยนั้น

พระสันตะปาปาทรงมีอำนาจอธิปไตยในการตรากฎหมายในทางโลกด้วยก็จริง แต่ก็ทรงเป็น ผู้นำหรือประมุขทางจิตวิญญาณ สถาบันพระสันตะปาปาจึงสร้างกฎหมายโดยวางอยู่บนพื้นฐานของ กรอบความคิดทางศีลธรรม ซึ่งเท่ากับว่านิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติเป็นฐานความคิด ในการสร้างกฎหมายของสถาบันพระสันตะปาปา จึงไม่เป็นที่น่าแปลกใจเมื่อ Hugo Grotius บิดา แห่งกฎหมายระหว่างประเทศสมัยใหม่ กล่าวว่า รากฐานที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศมาจาก กฎหมายธรรมชาติ ซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานของหลักเหตุผลและศีลธรรม และเมื่อหากกล่าวถึงคุณูปการ ของนิติปรัชญากฎหมายธรรมชาติ ก็คงต้องยกคำกล่าวของ Sir Henry Maine ที่ว่ากฎหมายธรรมชาติ ได้แสดงให้เห็นบทบาทอันยิ่งใหญ่ในการเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ²⁷ คำกล่าวนี้ได้รับการสนับสนุนในทางปฏิบัติโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอีกด้วย เพราะเหตุว่ามีการอ้างอิงหลักกฎหมาย ทั่วไปอันเป็นกฎหมายธรรมชาติชนิดหนึ่งของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในหลายคดี²⁸

²⁶สำนึกของคนในทวีปยุโรปสมัยกลางนั้นมองว่าทุกนครรัฐอยู่ในอาณาจักรของพระคริสต์อันหนึ่งอันเดียวกัน ภายใต้พระเจ้าองค์เดียวกัน ดังที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า Christendom ซึ่งแปลว่าอาณาจักรพระคริสต์

²⁷J. L. Brierly, *The Law of Nations* (Oxford: Clarendon Press, 1972), p. 24.

²⁸จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2566), หน้า 153.

อย่างไรก็ตาม การที่เราสามารถเข้าใจฐานความคิดที่ว่าเหตุผลตามธรรมชาติหรือมโนธรรมที่มีอยู่ในตัวมนุษย์เป็นที่มาของกฎหมายซึ่งนับว่าเป็นข้อดีของปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติก็ไม่ได้หมายความว่าแนวคิดนี้จะไม่ถูกโจมตี โดยเฉพาะเมื่ออยู่ในภาวะที่กฎหมายบ้านเมืองต้องบัญญัติขึ้นโดยที่ขัดหรือแย้งกับเหตุผลตามธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีความจำเป็นที่บ้านเมืองให้ความสำคัญเกี่ยวกับความมั่นคง ความอยู่รอด หรือการบริหารงานของรัฐต้องมาก่อนเหตุผลตามธรรมชาติหรือมโนธรรมของมนุษย์ ต่อประเด็นดังกล่าวปรัชญาของนักบุญโทมัสแสดงให้เห็นว่ากฎหมายธรรมชาติมีอาจทำให้กฎหมายบ้านเมืองเป็นอันสิ้นสภาพบังคับไปได้ นักบุญโทมัสไม่เห็นด้วยกับการต่อต้านกฎหมายของบ้านเมือง และอำนาจของรัฐ กล่าวโดยเฉพาะกรณีกฎหมายบ้านเมืองที่ตราขึ้นแม้ไม่เป็นธรรมซึ่งหมายความว่าไม่มีค่าทางศีลธรรมตามเหตุผลในธรรมชาติ แต่หากเจตนาธรรมณ์เป็นไปเพื่อความสงบเรียบร้อยของรัฐก็ยังมีนิติสถานะเป็นกฎหมาย²⁹ กรณีดังกล่าวนี้ทำให้เกิดข้อกังขาว่าทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสไม่สอดคล้องกับแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่เป็นมาตั้งแต่สมัยกรีกซึ่งอาจถือว่าเป็นกระแสหลัก นอกจากนี้ กรณีเช่นว่าเป็นผลให้มีบุคคลสามารถเข้าใจได้ว่านิติปรัชญาของนักบุญโทมัสไม่กลมกลืนสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเชิงภาพรวมในโครงการทางปรัชญา (philosophical scheme) ทั้งองค์ภาพของท่าน

ประเด็นปัญหานี้อาจกำเนิดมาจากโครงการทางปรัชญาของนักบุญโทมัสเองที่ไม่ปฏิเสธความรู้ที่มาจากประสาทสัมผัสหรือการสังเกตธรรมชาติตามชนบปรัชญาของอริสโตเติล³⁰ เพราะท่านเป็นผู้สืบทอดแนวคิดทางปรัชญาของอริสโตเติล ในขณะเดียวกันโครงการทางปรัชญาของนักบุญโทมัสก็ไม่ปฏิเสธปัญญาที่มาจากการเผยให้เห็นโดยพระเจ้า หรือที่อาจเรียกว่า ญาณทัศนะ (revelation) ที่อธิบายว่า โดยการที่มนุษย์ปฏิบัติตามกฎหมายมนุษย์ในสังคมของรัฐ จิตวิญญาณของมนุษย์สามารถเข้าถึงความรอด (หรือ “หลุดพ้น” ในภาษาหรือที่ศณะแบบพุทธ) อันเป็นนิรันดร์หลังความตายของมนุษย์ได้³¹

ดังนั้น นักกฎหมายสำนักกฎหมายบ้านเมือง (School of Positive Law or Legal Positivism) มักมีข้อโต้แย้งเรื่องการขาดความชัดเจนในเรื่องฐานอำนาจอันเป็นที่มาแห่งกฎหมายของนิติปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติ และเพราะเหตุนี้จึงนำไปสู่ข้อโต้แย้งเรื่องการขาดสภาพบังคับของกฎหมายธรรมชาติ และในท้ายที่สุดคือข้อโต้แย้งที่ว่า เมื่อกฎหมายบ้านเมืองที่ตราออกมาโดยรัฐขัดหรือแย้ง

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 143.

³⁰ ทำให้มีข้อแย้งในแง่ที่ว่าปรัชญา Essentialism ของอริสโตเติลเป็น Ontology of Morals ไม่ใช่แค่ Metaphysics ผู้สนใจสามารถศึกษาในประเด็นนี้ต่อได้.

³¹ Biography.com Editors, op. cit.

หลักการแห่งนิติปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติแล้ว กฎหมายบ้านเมืองยังคงนิติสถานะเป็นกฎหมาย เช่นนั้น กฎหมายบ้านเมืองยังคงต้องใช้บังคับได้ ส่งผลต่อการได้มาซึ่งข้อสรุปสุดท้ายที่ว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นอันไร้ผลเมื่อขัดหรือแย้งกับกฎหมายบ้านเมือง โดยประการสุดท้ายนี้ ทำให้ทฤษฎีศักดิ์แห่งกฎหมายของนักบุญโทมัสเป็นอันใช้ไม่ได้ไปด้วย

5. การตีความนิติปรัชญาของนักบุญโทมัส อไควนัสใหม่เพื่อตอบประเด็นปัญหาทางนิติปรัชญาของนักบุญโทมัส อไควนัส

ในที่นี้ ผู้เขียนนำ Summa Theologica มาพิจารณาโดยใช้หลักปรัชญาจริยศาสตร์ Theory of the Good ดังที่ได้อธิบายแล้วข้างต้นประกอบการตีความ ซึ่งผู้เขียนเสนอว่า สาเหตุหลักของการเข้าใจนิติปรัชญาของนักบุญโทมัสคลาดเคลื่อนคือการขาดการศึกษาของนักบุญโทมัสอย่างนักปรัชญาศึกษาโครงการทางปรัชญาของนักปรัชญาคอนโดคนหนึ่งที่ต้องคำนึงถึงบริบท และสารัตถะแห่งโครงการปรัชญาโดยภาพรวมที่ปรัชญาเฉพาะประเด็นใดประเด็นหนึ่งเป็นส่วนหนึ่งของโครงการปรัชญาทั้งสารบบของนักปรัชญาท่านนั้น ตลอดจนใช้หลักนิติปรัชญาที่เสนอไว้ใน The Internal Morality of Law ของ Lon L. Fuller เป็นฐานความคิดร่วมพิจารณาในการตีความด้วย

Summa Theologica ของนักบุญโทมัสมีแนวคิดสำคัญประการหนึ่งที่เป็นปัญหาดังกล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งทำให้นิติปรัชญาของนักบุญโทมัสขัดแย้งกันเอง แนวคิดดังกล่าวมีอยู่ว่ากฎหมายธรรมชาติจะวางหลักอันเป็นอุดมคติและมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายบ้านเมือง หากกฎหมายบ้านเมือง (Human Law) ที่ออกมามีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติ ถ้ากฎหมายบ้านเมืองเช่นว่านั้นมีเจตนารมณ์เพื่อความมั่นคงสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง กฎหมายบ้านเมืองนั้นก็ยังเป็นกฎหมายอยู่ แม้ว่ากฎหมายบ้านเมืองนั้นจะมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ที่มีค่าทางศีลธรรมตามสำนักกฎหมายธรรมชาติก็ตาม ต่อการตีความนิติปรัชญาของนักบุญโทมัสใหม่เพื่อตอบปัญหาดังกล่าว สามารถอธิบายโดยใช้ทฤษฎีของ Lon L. Fuller นักกฎหมายสำนักกฎหมายธรรมชาติในปัจจุบันซึ่งแบ่งแยกกฎหมายธรรมชาติออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ “กฎหมายธรรมชาติเชิงแก่นสาร” และ “กฎหมายธรรมชาติเชิงกระบวนการ”³²

ประเภทแรก กฎหมายธรรมชาติเชิงแก่นสารเป็นกฎหมายธรรมชาติที่เน้นเนื้อหา (substantive natural law) ในประการที่ว่ากฎหมายธรรมชาติจะเป็นกฎหมายธรรมชาติได้เมื่อเนื้อหาสารัตถะแห่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีค่าทางศีลธรรมในตัว หรือสอดคล้องกับเกณฑ์เชิงคุณค่าที่ถือว่ามีความดีทางศีลธรรม เช่นนี้ เมื่อพิจารณาโครงการทางปรัชญาของนักบุญโทมัสแล้ว ส่วนมากของนิติปรัชญา

³²บุญส่ง ชัยสิงห์กานานนท์, *ปรัชญากฎหมาย* (กรุงเทพมหานคร: อิลูมินันซ์ เอ็ดดิชั่นส์, 2565), หน้า 78.

ว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสจัดอยู่ในประเภทแรกนี้ แต่สำหรับส่วนที่สร้างประเด็นปัญหา จะได้อธิบายในลำดับต่อไป

ประเภทที่สอง กฎหมายธรรมชาติเชิงกระบวนการนั้นเป็นประเภทที่ Lon L. Fuller มุ่งหมายว่า กฎหมายธรรมชาติควรอยู่ในประเภทนี้ กล่าวคือ เมื่อได้ศึกษาแนวคิดของ Lon L. Fuller แล้วเราจะพบว่า ปรัชญากฎหมายธรรมชาติในเชิง “กระบวนการ” นั้นคือแนวคิดที่ยึดถือ “รูปแบบ” (form) หรือ “กระบวนการ” (process) ในการสร้างกฎหมายที่หากกระทำโดยสอดคล้องกับคุณค่า (value) ที่ให้กับกระบวนการ ซึ่งมีองค์ประกอบตามที่ Lon L. Fuller อธิบายไว้ในทฤษฎี Morality of Law แล้วก็ถือว่ากฎหมายที่ออกมานั้นมีค่าเป็นกฎหมายตามปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติ³³

จะเห็นได้ว่า แนวคิดของ Lon L. Fuller ซึ่งเกิดที่หลังนักบุญโทมัสหลายร้อยปี เมื่อพิจารณาในชั้นแรก อาจเข้าใจว่านักนิติปรัชญาทั้งสองท่านนี้เน้นแนวคิดคนละประเภทของกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวข้างต้น แต่หากพิจารณาโดยแท้ กล่าวโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นย่อยของนักบุญโทมัสที่อาจเข้าใจผิดว่าขัดแย้งหลักการของสำนักกฎหมายธรรมชาตินั้น หากพิจารณาโดยคำนึงถึงหลักการใน Summa Theologica บนฐานความคิดเชิงปรัชญากรอบใหญ่ของนักบุญโทมัส กล่าวคือ Theory of the Good แล้ว สามารถอธิบายได้ว่า หากกฎหมายบ้านเมือง (Human Law) นั้น ๆ ได้ผ่านกระบวนการตราของรัฐที่สอดคล้องกับแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ ไม่ว่าจะรัฐนั้นจะปกครองด้วยระบอบการปกครองใด กฎหมายบ้านเมืองนั้นแม้มีเนื้อหาที่ขัดแย้งกับนิติปรัชญากฎหมายธรรมชาติ ดังกรณีที่นักบุญโทมัสกล่าวไว้ใน Summa Theologica ว่าเป็นกฎหมายบ้านเมืองที่ตราเพื่อความจำเป็นของรัฐ เช่น ความมั่นคงอยู่รอดของรัฐที่แม้ขัดกับเหตุผลตามกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายบ้านเมืองเช่นว่านั้นก็ยังเป็นกฎหมายอยู่ อีกทั้งยังสามารถดำรงอยู่โดยมีค่าศีลธรรมตามแบบนิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติดด้วย นี่เป็นเพราะเหตุว่า การที่กฎหมายเช่นว่านั้นยังเป็นกฎหมายที่มีค่าทางศีลธรรมตามแนวคิดกฎหมายธรรมชาติดูได้ก็เนื่องด้วยกฎหมายนั้นถูกตราขึ้นโดยกระบวนการที่มีค่าทางศีลธรรมแบบกฎหมายธรรมชาติ ยิ่งไปกว่านั้น หากพิจารณาผ่านมุมมองนิติปรัชญากฎหมายธรรมชาติของ Lon L. Fuller แล้ว ก็ต้องกล่าวว่ากระบวนการตรากฎหมายบ้านเมืองนั้น หากได้ผ่านเกณฑ์ที่กำหนดในทฤษฎี Internal Morality of Law ของ Lon L. Fuller³⁴ ด้วยแล้ว กฎหมายบ้านเมืองนั้นย่อมสอดคล้องกับนิติปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งกฎหมายบ้านเมืองของนักบุญโทมัส

³³เรื่องเดียวกัน, หน้า 81.

³⁴Eight Internal Criteria of Legality หรือ Internal Morality of Law (หลักศีลธรรมภายในของกฎหมาย) ของ Lon L. Fuller ทั้ง 8 ประการที่ผู้เขียนสรุปมา มีดังนี้

1. กฎหมายต้องขึ้นนำการปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตให้กระทำ หรือห้ามการกระทำ หรือเรียกร้องให้มีการปฏิบัติในลักษณะใดจากบุคคลที่อยู่ใต้กฎหมาย

ในกรณีนี้มุ่งหมายถึงกฎหมายบ้านเมืองที่มีลักษณะตามเกณฑ์ในทฤษฎี Internal Morality of Law ดังนี้ กฎหมายบ้านเมืองกรณีนี้ของนักบุญโทมัสย่อมสอดคล้องกับนิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติ หรือกล่าวได้ว่าย่อมเป็นกฎหมายธรรมชาติไปด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความชอบธรรมของกฎหมายบ้านเมือง หรือความชอบด้วยกฎหมายธรรมชาติของกฎหมายบ้านเมืองขึ้นอยู่กับ “กระบวนการ” สร้างกฎหมายบ้านเมืองที่จำเป็นต้องเป็นกระบวนการที่มีค่าทางศีลธรรมได้ด้วย ไม่จำกัดเฉพาะ “เนื้อหา” ของกฎหมายที่ต้องมีค่าทางศีลธรรม ในอุทากรณนี้ กฎหมายบ้านเมืองโดยเนื้อหานั้นไม่มีค่าทางศีลธรรม แต่กระบวนการตรากฎหมายของรัฐมีค่าทางศีลธรรม ดังนี้ กฎหมายบ้านเมืองใน Summa Theologica ที่นักบุญโทมัสยอมรับว่าสามารถขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติได้และยังคงนิติสถานะเป็นกฎหมายอยู่นั้น ก็เนื่องจากว่ากฎหมายบ้านเมืองดังกล่าวมีที่มาหรือ “กระบวนการ” ในการตราหรือการบัญญัติของรัฐที่มีค่าทางศีลธรรมตามนิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายบ้านเมืองนั้นจึงเป็นที่ยอมรับได้สำหรับกฎหมายธรรมชาติ กล่าวอีกนัยคือ เนื้อหาของกฎหมายบ้านเมืองอาจขัดแย้งกฎหมายธรรมชาติ แต่กระบวนการอันเป็นที่มาของกฎหมายบ้านเมืองนั้นไม่ขัดแย้งกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายบ้านเมืองนั้นย่อมมีนิติสถานะเป็นกฎหมาย หรือกล่าวให้ที่ที่สุดได้ว่าย่อมเป็นกฎหมายธรรมชาติไปด้วย ตามทัศนะของนักบุญโทมัส และ Lon L. Fuller นั้นเอง

Lon L. Fuller ให้ความสำคัญกับกฎหมายธรรมชาติแบบคลาสสิกอย่างนักบุญโทมัสในฐานะที่เป็นกฎหมายธรรมชาติที่เน้น “แก่นสาร” หรือ “เนื้อหา” ซึ่งมีจุดสุดท้ายอันเหมาะสม คือ การทำให้ปรากฏในรูปแบบของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในสังคม นี้อย่างแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของ Lon L. Fuller ในการทำให้กฎหมายธรรมชาติได้เป็นกฎหมายที่เป็นจริงในสังคมทำนองเดียวกับสำนักกฎหมายบ้านเมืองด้วย ซึ่งทำให้ความหมายของกฎหมายธรรมชาติเชิงแก่นสารในทฤษฎีของ Lon L. Fuller สอดคล้องกับส่วนมากของนิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสที่เป็นกฎหมายธรรมชาติเชิงแก่นสาร โดยที่แก่นสารหรือเนื้อหานั้นมาจากการเข้าถึงกฎหมายนิรันดรโดยผ่านเครื่องมือคือ

2. กฎหมายต้องมีการประกาศให้ทราบ เพื่อที่บุคคลที่อยู่ใต้กฎหมายจะสามารถเข้าถึงเนื้อหาสาระที่กฎหมายสั่ง
3. กฎหมายต้องบัญญัติในลักษณะที่สามารถเข้าใจได้เพื่อที่บุคคลที่อยู่ใต้กฎหมายจะได้รู้ว่ากฎหมายเรียกร้องสิ่งใดหรือการกระทำใด หรืออนุญาต หรือห้ามกระทำการใด
4. กฎหมายไม่ควรมีผลย้อนหลังแต่ต้องมีผลไปข้างหน้า เพื่อช่วยให้บุคคลสามารถนำกฎหมายไปพิจารณาในการมีพฤติกรรมที่สอดคล้องกับกฎหมายหรือเพื่อการตัดสินใจอันเกี่ยวกับตัวบุคคลนั้น บุคคลอื่น ตลอดจนนิติกรรมต่าง ๆ เพื่อที่บุคคลจะได้ดำรงชีวิตได้ตามที่คาดหวังไว้ได้แต่แรก
5. กฎหมายต้องบัญญัติให้ชัดเจน ไม่เคลือบคลุม ไม่ขัดแย้งกันเอง
6. กฎหมายต้องบัญญัติในลักษณะที่เป็นจริง ใช้บังคับได้ และสามารถนำไปปฏิบัติตามได้
7. ข้อเรียกร้องต่าง ๆ ของกฎหมายที่มีต่อพลเมืองและบุคคลภายใต้กฎหมายนั้นต้องมีเสถียรภาพอย่างต่อเนื่อง
8. กฎหมายและการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ภายใต้กฎหมายต้องมีความสอดคล้องกันในการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้บังคับกฎหมาย.

เหตุผลของมนุษย์ที่มีแนวโน้มพัฒนาสู่ความดี หรือที่มีการใช้เหตุผลในฐานะที่เป็นเหตุผลอันเป็นสากลร่วมกันกับทุกคน เหตุผลที่เป็นไปเพื่อ the moral common good อันมีลักษณะเป็นภาวีสัย (ตาม Theory of the Good) เพื่อให้ได้กฎหมายธรรมชาติออกมาซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่มีค่าทางศีลธรรม ตามแนวคิดกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัส

สำหรับประเด็นปัญหาของนิติปรัชญาของนักบุญโทมัสที่เกี่ยวกับกฎหมายบ้านเมืองที่ขัดหรือแย้งกฎหมายธรรมชาติใน Summa Theologica นั้น นักบุญโทมัสมุ่งหมายถึงกฎหมายบ้านเมืองที่รัฐตราขึ้นมาโดย “กระบวนการที่มีค่าทางศีลธรรม” หรือก็คือ กระบวนการตราที่มี “ศีลธรรมภายในกฎหมาย” (Internal Morality of Law) ตามทฤษฎีของ Lon L. Fuller กฎหมายบ้านเมืองในปัญหานั้น ย่อมชอบด้วยหลักการของกฎหมายธรรมชาติไปด้วย เพราะมี “กระบวนการ” ที่ชอบด้วยปรัชญากฎหมายธรรมชาติ ดังนี้ เราจึงกล่าวได้อีกด้วยว่า แนวคิดของนักบุญโทมัสสอดคล้องกับแนวคิดของ Lon L. Fuller ในส่วนของกฎหมายธรรมชาติเชิงกระบวนการ

6. บทสรุป: ปัญหาที่ไม่ใช่ปัญหาของนิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัส อควินัส

จากการทำความเข้าใจปรัชญาของนักบุญโทมัสในแขนงจริยศาสตร์ (Ethics) อันว่าด้วยศีลธรรม (morals) ซึ่งถือเป็นเกณฑ์คุณค่า (value) ในการให้คุณค่าว่าสิ่งใดมีค่าทางศีลธรรม ซึ่งในที่นี้คือ การใช้เกณฑ์คุณค่ากับกฎหมาย กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง คือ การทำความเข้าใจ Theory of the Good ซึ่งเป็นปรัชญาระดับอภิปรัชญา (Metaphysics)³⁵ ทำให้เราเข้าใจโครงการทางปรัชญา (philosophical scheme) ของนักบุญโทมัสที่ถูกใช้เป็นกรอบความคิดใหญ่หรือบริบท (context) ทางปรัชญาของนักบุญโทมัสที่ครอบคลุมหลักปรัชญาย่อยทั้งหมดก่อนที่จะไปศึกษานิติปรัชญาซึ่งถือเป็นส่วนย่อย โดยเฉพาะที่อยู่ภายในบริบทของ Theory of the Good อีกที กล่าวคือ Summa Theologica ซึ่งเป็นปรัชญากฎหมายของนักบุญโทมัส การศึกษาในลักษณะนี้จะทำให้เข้าใจนิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติในฉบับของนักบุญโทมัสได้อย่างเที่ยงตรงมากขึ้น

เมื่อพิจารณาแนวคิดทางนิติปรัชญาใน Summa Theologica ของนักบุญโทมัสในฐานะปรัชญาชุดย่อยที่อยู่ภายในบริบทของปรัชญาชุดใหญ่ กล่าวคือ Theory of the Good³⁶ ทำให้เข้าใจ

³⁵อันส่งผลให้ปรัชญากฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสเป็นทั้งอภิปรัชญา (Metaphysics) และเทววิทยา (Theology) ในเวลาเดียวกัน ดังที่ Fulvio Di Blasi กล่าวว่า Aquinas's theory of natural law is ultimately as theological as it is metaphysical.

³⁶ปรัชญากฎหมายถูกจัดไว้อยู่ในแขนงปรัชญาจริยศาสตร์ (Ethics) ในความหมายของปรัชญาโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามหลักการของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่มองว่ากฎหมายยึดโยงอยู่ภายใต้หลักการทางศีลธรรมซึ่งเป็นสาระของปรัชญาจริยศาสตร์.

ได้ว่า อันที่จริงความคิดเรื่องคุณค่าของอริสโตเติลที่สานต่อโดยนักบุญโทมัสนั้น ไม่ใช่เรื่องเกณฑ์คุณค่า (value) ที่เป็นอัตวิสัย (subjective) หากแต่เป็นภาววิสัย (objective) โดยนักบุญโทมัสเรียกเกณฑ์คุณค่านั้นว่า The Good โดยประการนี้เกณฑ์คุณค่าจึงไม่แปรผันตรงตามอำเภอใจของบุคคลที่เป็นเจ้าของกระบวนการทางเหตุผลในการประเมินเชิงคุณค่าทางศีลธรรมต่อกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งกฎหมายจึงไม่ได้มีค่าทางศีลธรรมเพราะหรือไม่ได้ขึ้นอยู่กับชุดเหตุผลที่ใช้ในการตัดสินของแต่ละบุคคล หากแต่เกณฑ์เช่นนั้นย่อมมีอยู่แล้วแยกต่างหากจากตัวบุคคลทุกคน เช่นนี้ หลักปรัชญากฎหมายธรรมชาติจึงไม่แปรผันตามปัจเจกบุคคลใด ทั้งยังใช้เป็นเครื่องตรวจสอบบรรดากฎหมายที่ออกโดยบ้านเมืองได้ กฎหมายธรรมชาติที่เป็นภาววิสัยของนักบุญโทมัสนี้ก็คือ กฎหมายธรรมชาติแบบคลาสสิกหรือกฎหมายธรรมชาติเชิงเนื้อหาของ Lon L. Fuller

อย่างไรก็ตาม อาจเป็นที่กังขาได้ว่าเกณฑ์คุณค่าที่เป็นภาววิสัยเช่นนั้นอยู่ที่ใด นักบุญโทมัสย่อมตอบว่า เกณฑ์คุณค่าอันสูงสุดดังกล่าวอยู่ที่พระเจ้าในฐานะกฎหมายนิรันดร์ (Eternal Law) โดยที่บุคคลพยายามเข้าถึงหลักกฎหมายนิรันดร์ได้โดยสะท้อนมาในรูปแบบของกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) อันเป็นภาววิสัยนี้ จึงสามารถกล่าวได้ว่า กฎหมายนิรันดร์มีความเป็นภาววิสัยในฐานะที่เป็นอภิปรัชญาที่ดำรงอยู่เองโดยพระเจ้า เมื่อบุคคลพยายามเข้าถึงกฎหมายนิรันดร์และได้มาซึ่งหลักกฎหมายธรรมชาติในท้ายที่สุดนั้น กฎหมายธรรมชาติที่ได้มาจากการพยายามเข้าถึงกฎหมายนิรันดร์ของพระเจ้านั้นจึงเป็นภาววิสัยตามต้นกำเนิดคือกฎหมายนิรันดร์ด้วย หากจะกล่าวโดยภาพจริงของมนุษย์โดยง่ายก็คือ ทุกคนใช้เหตุผลตามธรรมชาติเพื่อเข้าถึงความดี (the Good) อันเป็นของกลาง อันเป็นภาววิสัย เพราะความดีก็ไม่ต่างจากพระเจ้าที่ปรากฏอยู่ในทางภาววิสัยให้แก่มนุษย์ทุกคน เป็นความดีงามสากลที่ไม่ใช่ของใคร ไม่ขึ้นกับใคร กระบวนการทางเหตุผลและตรรกะของมนุษย์ในการทำความเข้าใจความดีหรือพระเจ้าที่เป็นภาววิสัยนี้เอง หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ทำความเข้าใจกฎหมายนิรันดร์ที่ทำให้มนุษย์ได้มาซึ่งกฎหมายธรรมชาติของตน กฎหมายธรรมชาตินี้ก็ย่อมเป็นภาววิสัยตามกฎหมายนิรันดร์ที่มาจากความดีสากลหรือพระเจ้าที่เป็นภาววิสัยมาตั้งแต่ต้นด้วยเช่นเดียวกัน ผู้เขียนตีความว่า “การได้มา” ซึ่งกฎหมายธรรมชาติโดยการเข้าถึงกฎหมายนิรันดร์อันเป็นภาววิสัยและเป็น the moral common good บ่งถึง “กระบวนการ” ได้มาซึ่งกฎหมายธรรมชาติที่ต้องใช้เหตุผลยังให้ถึงในกฎหมายนิรันดร์ของพระเจ้า ในเมื่อกระบวนการทางตรรกะหรือเหตุผลนั้นกระทำลงไปตามกฎหมายนิรันดร์ที่ต้องกระทำแบบภาววิสัยที่ไม่ขึ้นอยู่กับเหตุผลของปัจเจกชนคนหนึ่งคนใด แต่ต้องเป็นไปด้วยเหตุผลกลางที่คิดแสวงหา the moral common good ที่เป็นประหนึ่งข้อเท็จจริงสากลอันหนึ่งซึ่งทุกคนต้องคิดไปในทางเดียวกันตามหลักปรัชญา Theory of the Good เช่นนี้ “กระบวนการ” ของเหตุผลในการแสวงหากฎหมายในที่นี้คือการแสวงหากฎหมายโดยมนุษย์หรือโดยรัฐที่กระทำลงไปในการหยั่งกฎหมายนิรันดร์เพื่อให้ได้หลักกฎหมาย (ซึ่งในชั้นลึกสุดก็คือ หลักกฎหมายในรูปแบบ “กฎหมายธรรมชาติ” ในภาษาของ

นักบุญโทมัส แต่เป็นกฎหมายธรรมชาติในแบบฉบับของผู้ใช้ “กระบวนการ” ซึ่งจะทำให้เป็นกฎหมายมนุษย์ในลำดับถัดไป) เพื่อประกาศให้เป็นกฎหมายบ้านเมืองออกมา (คือสิ่งเดียวกับคำ “กฎหมายมนุษย์” (Human Law) ในภาษาของนักบุญโทมัส) กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายมนุษย์ หรือแท้ที่จริงแต่เดิมคือกฎหมายธรรมชาติที่ถูกรัฐประกาศให้เป็นกฎหมายบ้านเมืองโดยผ่าน “กระบวนการ” ตามหลักปรัชญาจริยศาสตร์ Theory of the Good นี่ก็คือกฎหมายธรรมชาติเชิงกระบวนการของ Lon L. Fuller นั่นเอง ครรกล่าว่าสำหรับ ณ ที่นี้อีกด้วยว่า เกณฑ์คุณค่าทางศีลธรรมหรือที่อาจเรียกว่าเป็นคำสั่งของเหตุผลต่อเจตนาให้กระทำแบบมีค่าทางศีลธรรม (moral imperatives) ของนักบุญโทมัสเป็นแบบไม่มีเงื่อนไข (categorical imperatives) มากกว่าจะเป็นแบบมีเงื่อนไข (hypothetical imperatives)³⁷ ดังนี้ย่อมไม่มีกฎหมายธรรมชาติในเชิงสัมพัทธ์ (relative) หากมีแต่ในเชิงสัมบูรณ์ (absolute)

ดังนั้น เราจะเห็นได้ว่าปัญหาของนิติปรัชญากฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัส แท้ที่จริงแล้วมิใช่ปัญหาในสารัตถะของปรัชญากฎหมายของนักบุญโทมัส ทว่าเป็นปัญหาของการเข้าใจปรัชญาของท่านโดยไม่ลึกซึ้งมากกว่า ปัญหาทางนิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสจึงเป็นปัญหาที่มีใช่ปัญหา นิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสไม่ได้ขัดแย้งในตัวเอง ความเข้าใจผิดเช่นว่านั้นมาจากการไม่ได้พิจารณากฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสผ่านการศึกษาปรัชญาจริยศาสตร์ Theory of the Good และผ่านมุมมองของ Lon L. Fuller ที่แบ่งแยกกฎหมายธรรมชาติออกเป็น 2 ชนิด กล่าวคือ กฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสนั้นหากพิจารณาในทาง “เนื้อหา” แล้ว นิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสเป็นปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติโดยเป็นกฎหมายธรรมชาติชนิดเชิงเนื้อหาตามความหมายของ Lon L. Fuller ในขณะเดียวกัน กฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสนั้นหากพิจารณาในทาง “กระบวนการ” แล้ว นิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสก็ยังคงเป็นปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติโดยเป็นกฎหมายธรรมชาติชนิดเชิงกระบวนการตามความหมายของ Lon L. Fuller โดยที่กฎหมายธรรมชาติชนิดกระบวนการประเภทหลังนี้เองที่ทำให้คำตอบเราต่อปัญหาที่นักบุญโทมัสกล่าวใน Summa Theologica ในประเด็นที่ว่า กฎหมายบ้านเมืองที่ออกเพื่อความจำเป็นของบ้านเมืองแม้ขัดแย้งกฎหมายธรรมชาตียังให้มีนิติสถานะเป็นกฎหมายอยู่ได้ ในประการที่ว่า กฎหมายบ้านเมืองที่นักบุญโทมัสยอมให้มีนิติสถานะเป็นกฎหมายอยู่ได้นั้น เพราะแท้ที่จริงแล้วกฎหมายบ้านเมืองนั้นเป็นกฎหมายธรรมชาติเชิงกระบวนการ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ในทัศนะของนักบุญโทมัสนั้น มีกฎหมายธรรมชาติที่เป็น the moral common good ซึ่งดำรงอย่างถาวรวิสัยในส่วนของ “เนื้อหา” และยังมีกฎหมายบ้านเมืองที่แม้มี “เนื้อหา” ขัดกับกฎหมาย

³⁷Edward Feser, op. cit., p. 186. แนวคิดของนักบุญโทมัสนี้ไม่ต่างกับทฤษฎีของอิมมานูเอล ค้านท์ (Immanuel Kant) ผู้สนใจเรื่องคำสั่งของเหตุผลต่อเจตนาให้กระทำ โปรดศึกษา Moral Law ของอิมมานูเอล ค้านท์ (Immanuel Kant) ต่อ.

ธรรมชาติแต่กลับมี “กระบวนการ” ตราหรือที่มาที่ชอบด้วยหลักการของกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายบ้านเมืองนั้นยังคงมีนิติสถานะเป็นกฎหมายได้ หรือกล่าวให้ถึงที่สุดคือ กฎหมายบ้านเมืองนั้นย่อมเป็นกฎหมายธรรมชาติไปด้วยนั่นเอง ดังนั้น นิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสจึงไม่ย้อนแย้งในตัวเอง นอกจากนี้ การตีความใหม่นี้ทำให้เกิดความตระหนักว่านิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสสอดคล้องกับปรัชญากฎหมายธรรมชาติในปัจจุบันเพราะสามารถใช้ทฤษฎีของ Lon L. Fuller อธิบายได้อย่างลงตัวอีกด้วย

ในท้ายที่สุดนี้ คงไม่เกินจริงไปหากจะกล่าวว่าการผสมผสานของนิติปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติของนักบุญโทมัสในยุคกลางอันไกลโพ้นยังไม่หยุดพัฒนากระแสความคิดทางปรัชญากฎหมายให้ถูกส่งต่อถึงปัจจุบันที่มีใช้เพียงเพื่อให้เราได้ทำความเข้าใจกฎหมายอย่างลึกซึ้งขึ้น หากแต่ยังเพื่อให้เราได้ใคร่ครวญและสานต่อนิติปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติต่อไปในอนาคต

บรรณานุกรม

- จรัญ โฆษณานันท์. **นิติปรัชญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2566.
- ไชยรัตน์ เจริญสินโอฬาร. **อรรถวิสัย/วัตถวิสัยในสังคมศาสตร์/มนุษยศาสตร์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
- บุญส่ง ชัยสิงห์กานานนท์. **ปรัชญากฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อิลลูมินเนชันส์ เอดิชันส์, 2565.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2664.
- ศศิภา พฤษญาจันทร์. **กฎหมายย่อมเป็นกฎหมาย ว่าด้วยสำนักกฎหมายบ้านเมืองสมัยใหม่**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อิลลูมินเนชันส์ เอดิชันส์, 2564.
- สมัคร บุราราศ. **วิชาปรัชญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สยาม, 2563.
- A Kempis, Thomas. **The Imitation of Christ**. London: Penguin Books, 2013.
- Adamson, Peter. **Medieval Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2022.
- Aquinas, Thomas, Saint. **Treatise on Law (Summa Theologica, Questions 90 - 97)**. Washington, D.C.: Regnery Publishing, INC., 2001.
- Aristotle. **The Eudemian Ethics**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Aristotle. **The Politics**. London: Penguin Books, 1992.
- Augustine, Saint, trans., **The Confessions**. By R. S. Pine-Coffin. London: Penguin Books, 1961.
- Babcock Veatch, Henry. **For an Ontology of Morals: A Critique of Contemporary Ethical Theory**. Illinois: Northwestern University Press, 1971.
- Bingham, Tom. **The Rule of Law**. London: Penguin Books, 2011.
- Biography Editors. **Biography** [Online]. Available URL: <https://www.biography.com/religious-figure/saint-thomas-aquinas>, 2024 (February, 1).
- Blackburn, Simon. **Philosophers Their Lives and Works**. London: Penguin Random House, 2019.
- Boyd, Craig. "Natural Law & Right Reason in the Moral Theory of St. Thomas Aquinas." M.A. thesis, Western Kentucky University, 1990.

- Brierly, J. L. **The Law of Nations**. Oxford: Clarendon Press, 1972.
- Buckingham, Will, and others. **The Philosophy Book**. London: Penguin Random House, 2011.
- Catholic Heart Ablaze. **The Natural Law according to Saint Thomas Aquinas** [Online]. Available URL: <https://catholicheartablaze.com/the-natural-law-according-to-st-thomas-aquinas/>, 2024, (March, 15).
- Collins, Michael, and Matthew A. Price. **A History of Christianity**. London: DK Penguin Random House, 2024.
- Cronin, Michael. **The Science of Ethics, Volume 1**. Dublin: M.H. Gill and Son, 1939.
- Di Blasi, Fulvio. **From Aristotle to Thomas Aquinas: Natural Law Practical Knowledge and the Person**. Indiana: St. Augustine Press, 2021.
- Di Blasi, Fulvio. **God and the Natural Law**. Indiana: St. Augustine's Press, 2006.
- Fattah, Javier. "On Natural Law in St. Thomas Aquinas." **REVISTA DE FILOSOFIA UCSC Universidad Católica de la Santísima Concepción Faculty of the Theological Studies and Philosophy** 22, 1 (2023): 117-127.
- Feser, Edward. **Aquinas A Beginner's Guide**. London: Oneworld, 2013.
- Fuller, Lon L. **The Morality of Law**. New Haven and London: Yale University Press, 1977.
- Goyette, John, Mark S. Latkovic, and Richard S. Myers. **St. Thomas Aquinas and the Natural Law Tradition: Contemporary Perspectives**. Washington D.C.: Catholic University of America Press, 2004.
- Jaron Daniel Schoone. **No Moral Progress without an Objective Moral Ontology** [Online]. Available URL: <http://www.hrpub.org>, 2024, (March, 10).
- Kant, Immanuel. **Critique of Pure Reason**. London: Penguin Classics, 2007.
- Kant, Immanuel. **The Moral Law**. London: Routledge Classics, 2015.
- Lisska, Anthony J. **Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction**. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- Marino, Gordon. **Ethics The Essential Writings**. New York: Modern Library, 2010.
- Martin, Christopher. "The Fact/Value Distinction." In **Human Values**, London: Palgrave Macmillan, 2004.

- Mitchell, Paul. **The Law**. London: Penguin Random House, 2010.
- Oderberg, David. “The Metaphysical Foundations of Natural Law.” in **Natural Law and Contemporary Society**. Washington D.C.: Catholic University of America Press.
- Ollerton, Andrew. **The Bible A Story that Makes Sense of Life**. London: Hodder & Stoughton, 2021.
- O’Connor, D. J. **Aquinas and Natural Law**. London: Palgrave, 1968.
- Public Discourse The Journal of the Witherspoon Institute. **The Natural Law Theory of Thomas Aquinas** [Online]. Available URL: [https:// www.thepublicdiscourse.com/2021/08/77294/](https://www.thepublicdiscourse.com/2021/08/77294/), 2024, (April, 10).
- Rawls, John. **Theory of Justice**. London: Harvard University Press, 1971.
- Stanford Encyclopaedia of Philosophy. **The Natural Tradition in Ethics** [Online]. Available URL: <https://www.plato.stanford.edu/entries/natural-law-ethics/>, 2024, (April, 10).
- Stephen, Leslie. **Science of Ethics**. London: Forgotten Books Press, 2018.
- Tidball, Derek, and others. **Bible Stories**. London: Penguin Random House, 2021.
- Veatch, Henry. **Natural Law and the ‘Is’-‘Ought’ Questions: Queries to Finnis and Grisez**. Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy. Washington D.C.: Catholic University of America Press, 1990.

นิติปรัชญากรีกยุคโบราณ

รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีศร เลิศธรรมเทวี

นิติปรัชญากรีกยุคโบราณ* The Jurisprudence of Ancient Greek Philosophy

รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีตร เลิศธรรมเทวี**
Associate Professor Dr.Pawarit Lertdhamtewe

บทคัดย่อ

บทความนี้กล่าวถึงปรัชญาในยุคกรีกโบราณเพื่อค้นหาแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมาย โดยพิจารณาจากบรรดางานเขียนของนักคิดที่ปัจจุบันเรียกว่าเป็นกวี นักปรัชญา แพทย์หรือนักประวัติศาสตร์ แม้แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายในความหมายปัจจุบันทั่วไปยังมีได้ปรากฏอย่างเป็นรูปธรรมในสมัยยุคก่อนโสกราตีส แต่บทประพันธ์ของทั้งโฮเมอร์และเฮสิออดสะท้อนให้เห็นว่ากรีกเป็นชนชาติที่มีระบบกฎหมายมาตั้งแต่สมัยอารยธรรมของประวัติศาสตร์กรีกโบราณที่รุ่งเรืองระหว่าง 800 ถึง 480 ปีก่อนคริสตกาลมาแล้ว จนกล่าวได้ว่า ชาวกรีกคือชนชาติที่มีแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายในหลายความหมาย และนัยแตกต่างกับยุคสมัยปัจจุบัน อาทิ ผลงานและวันเวลาของเฮสิออด กฎหมายหมายถึงวิถีชีวิตหรือความเป็นอยู่ สำหรับนักปรัชญายุคก่อนโสกราตีส กฎหมายอาจหมายถึงกฎเกณฑ์บางประการโดยไม่จำเป็นต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้น ตัวอย่างเช่น เฮอร์าคริตัส ซึ่งกล่าวถึงกฎหมายในฐานะที่

*บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของคำบรรยายวิชา “นิติปรัชญา” ของผู้เขียนซึ่งใช้สอนในระดับปริญญาตรีและปริญญาโทที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง และเป็นส่วนหนึ่งของตำราเรื่อง “โลกแห่งนิติปรัชญา” ของผู้เขียน.

This paper is part of the author’s postgraduate and undergraduate lectures on “legal philosophy” at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University and also part of unpublished book, entitled “A Treatise of Legal Philosophy”.

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

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

วันที่รับบทความ (received) 11 ธันวาคม 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 16 มิถุนายน 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 7 ตุลาคม 2567.

เป็นกฎเกณฑ์แห่งเหตุผล (ของพระเจ้า) และกฎแห่งธรรมชาติ กล่าวโดยสรุปได้ว่า นิติปรัชญากรีกยุคโบราณสะท้อนให้เห็นบ่อเกิดและที่มาของกฎหมายในสามลักษณะ กล่าวคือ กฎหมายที่เกิดจากการตกลงบันดาลของพระเจ้า กฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นโดยกลไกทางธรรมชาติ และกฎเกณฑ์ที่ถูกสร้างขึ้นโดยมนุษย์ นิติปรัชญากรีกยุคโบราณมิได้ให้มุมมองเฉพาะแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมาย แต่ยังรวมถึงการเปลี่ยนผ่านจากความเชื่อดั้งเดิมของคนในโลกยุคโบราณไปสู่การคิดแบบเป็นเหตุเป็นผล โดยแสวงหาสิ่งที่เรียกว่า “หลักการพื้นฐานหลักการแรก” ซึ่งเป็นการวางรากฐานปรัชญาตะวันตก ฉะนั้นบทความนี้ศึกษาทั้งประเด็นปรัชญาทั่วไปและแนวคิดกฎหมาย ด้วยเหตุที่ว่าปรัชญากรีกในยุคโบราณคือรากฐานของนิติปรัชญาตะวันตก

คำสำคัญ: นิติปรัชญาตะวันตก, ปรัชญาธรรมชาติ, แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมาย

Abstract

This article considers the jurisprudence of ancient Greek philosophy, as manifested in the writing of many who are now classified as poets, philosophers, physicians and historians. Though legal philosophy in the modern sense did not exist even before pre-Socrates period, the poetry of Homer and Hesiod demonstrated that a process for settling disputes was well established in Greece at the beginning of the archaic period (ca. 800-480 B.C.). In thinking about law, the Greek differed from us in their basic construction of the subject. Law (*nomos*) is used in many contexts in which modern speakers would not use a word cognate with law. Considering the passage from Hesiod's *Works and Days*, law (*nomos*) can refer to a way of life. For pre-Socrates philosophers, law (*nomos*) can also appear in various compounds in which the original meaning was not related to statute law. Heraclitus, for instances, refers the law (*nomos*) to the law of reason (*logos*), and the law of nature. It is observed that three sources of law were formulated: law is given by gods, developed by nature, or invented by human. Ancient Greek philosophy includes but are not limited to jurisprudence. It explores how ancient philosophers sought the "first principle" as the basis of all thing and gave birth to Western philosophy. This article, therefore, treats philosophical reflections and legal thought together, on the ground that Western legal philosophy arose in ancient Greek philosophy.

Keywords: western legal philosophy, natural philosophy, legal thoughts

1. บทนำ

นิติปรัชญากรีกโบราณนับตั้งแต่สงครามกรุงทรอย (Trojan War) ประมาณหนึ่งพันสองร้อยปีก่อนคริสตกาล มิได้แยกอธิบายกฎหมายออกจากสิ่งต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน แต่กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ถูกสอดแทรกควบคู่ไปกับการอธิบายความเป็นไปของโลกและจักรวาล สรรพสิ่งต่าง ๆ หรือปรากฏการณ์ธรรมชาติ การอธิบายอย่างเป็นเหตุเป็นผลปรากฏในสังคมกรีกโบราณประมาณหกหรือเจ็ดร้อยปีก่อนคริสตกาล ฉะนั้น ก่อนช่วงระยะเวลาดังกล่าว ชาวกรีกโบราณอธิบายความเป็นไปของสรรพสิ่งและปรากฏการณ์ธรรมชาติโดยอ้างอิงกับคติความเชื่อ นิทาน หรือเรื่องเล่าที่ถูกส่งต่อกันมาจากรุ่นสู่รุ่น ในลักษณะของวรรณกรรมมุขปาฐะ หรือ “ตำนาน” (Myth) ของเหล่าทวยเทพแห่งโอลิมปัส (Olympians) เทพเจ้าจึงถือเป็นผู้ให้กำเนิดหรือสรรสร้างสิ่งต่าง ๆ บนโลก รวมทั้งชีวิตของมนุษย์ ความเป็นไปของสรรพสิ่งจึงเกิดจากการตกลงกันของเทพเจ้า ตัวอย่างเช่น สงครามในมหากาพย์ของโฮเมอร์ (Homer) (ประมาณ 800 ปีก่อนคริสตกาล) เรื่อง อีเลียต (Iliad) และโอดิสซีย์ (Odyssey) ทั้งสองเรื่องว่าด้วยเทพเจ้าและการสงคราม และมีนัยยะเกี่ยวกับ “กฎหมาย” (*nomos*) และ “ความยุติธรรม” (*dike*) อยู่มาก ในเรื่องอีเลียต โฮเมอร์ได้บรรยายภาพการศึกษาไว้อย่างละเอียด และระบุชื่อตัวละครที่เป็นนักรบ รวมถึงการสิ้นชีพของวีรบุรุษและการช่วยเหลือของเหล่าทวยเทพในการทำสงครามกรุงทรอยของชาวอะคีอันส์ (Achaean) หลังจากปารีส (Paris) โอรสของกษัตริย์แห่งกรุงทรอยช่วงชิงพระนางเฮเลน (Helen) มาจากพระเจ้าเมเนเลอัส (Menelaus) พระสวามีและกษัตริย์แห่งสปาร์ตา (Sparta) บทความนี้กล่าวถึงนิติปรัชญากรีกโบราณ โดยพิจารณาจากงานเขียนของผู้มีปัญญา (*sophoi*) ที่ปัจจุบันเรียกว่า กวี นักปรัชญา แพทย์หรือนักประวัติศาสตร์ แม้แนวคิดนิติปรัชญาตามที่เข้าใจในปัจจุบันจะยังไม่ปรากฏในยุคสมัยนี้ แต่บรรดางานเขียนของผู้มีปัญญาสะท้อนให้เห็นว่ากรีกเป็นชนชาติที่มีระบบกฎหมายมาตั้งแต่สมัยอารยธรรมของประวัติศาสตร์กรีกโบราณที่รุ่งเรืองมากกว่า 800 ปีก่อนคริสตกาลมาแล้ว ก่อนที่จะถูกผสมกลมกลืนเป็นส่วนหนึ่งกับอารยธรรมของโรมัน¹

ชาวกรีกคือชนชาติที่มีแนวคิดกฎหมายในหลายความหมายและนัย เพราะไม่มีคำในภาษากรีกที่แปลว่า “กฎหมาย” (Laws) โดยตรง คำที่ใกล้เคียงมากที่สุดคือ “Nomos” ซึ่งแปลว่า ขนบธรรมเนียม ประเพณี หรือระเบียบแบบแผนทางสังคม² แต่ไม่ได้หมายความถึงกฎเกณฑ์ (Legal rule) หรือกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือที่ฝ่ายบ้านเมืองบัญญัติขึ้นบังคับใช้ (Statutes) ชาวกรีกเรียกกฎหมายว่า

¹ปวีตร เลิศธรรมเทวี, “นิติปรัชญาโรมัน,” *บทบัณฑิตย* 78, 1 (มกราคม-มีนาคม 2565): 26-64.

²Michael Gagarin and Paul Woodruff, *Early Greek Legal Thought* in Fred D. Miller, Jr. and Carrie-Ann Biondi (eds), *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics* (London: Springer, 2015), pp. 7-34.

“Thesmos” หรือสิ่งที่ประกาศไว้อย่างชัดเจน (What is laid down) หรือเรียกว่า “Rhetra” หมายถึง สิ่ง (เทพธิดาพยากรณ์) ได้กล่าวไว้ (What is said) หรือ “Graphos, Grammata” ซึ่งหมายถึงสิ่งที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (What is written) จนกระทั่งประมาณ 500 ปีก่อนคริสตกาล Nomos จึงถูกใช้เรียกว่า “กฎหมาย” (Laws) ขณะที่ “ความยุติธรรม” หรือ “Dike” ในมหากาพย์ของโฮเมอร์ หมายถึงกระบวนการทางกฎหมาย หรือวิธีพิจารณาของศาลในการพิจารณาและพิพากษาอรรถคดี (judgements) ก่อนที่จะหมายถึง “ความยุติธรรม” อย่างที่เข้าใจในปัจจุบัน เราสามารถแบ่งนิติปรัชญา ยุคกรีกโบราณ (Ancient Greeks) ได้เป็น 3 ช่วงเวลาที่สำคัญ กล่าวคือ ยุคเทพนิยาย เทพเจ้าคือ ผู้ให้กำเนิดของทุกสรรพสิ่ง กฎหมาย (nomos) คือของขวัญจากเทพเจ้า (Gift of the Gods) และการดำรงอยู่ของมนุษย์เป็นไปตามการตกลงกันของเทพเจ้า กฎหมายในที่นี้จึงหมายถึง ความเป็นอยู่ วิถีชีวิต หรือระเบียบแบบแผน (Way of life) ยุคปรัชญาธรรมชาติ (Natural philosophy) ที่การอธิบายสิ่งต่าง ๆ มิได้ยึดติดตามคติความเชื่อหรือตามเทพเจ้า กฎหมาย (nomos) ในที่นี้หมายถึง กฎเกณฑ์บางประการที่เกิดขึ้นโดยกลไกธรรมชาติ หรือกฎแห่งธรรมชาติ (Law of nature) และ ยุคโสกราตีส (Socratic period) หรือยุคปรัชญาเมธีอมตะ (Classical philosophy) กฎหมาย (nomos) คือกฎเกณฑ์ที่ถูกสร้างขึ้นโดยมนุษย์ หรือข้อตกลงทางสังคม (Human invention)

2. กรีกในเทพนิยาย

ตำนานมหากาพย์ของโฮเมอร์เชื่อว่าเบื้องหลังของสงครามเกิดจากการทะเลาะของเหล่า เทพีแห่งโอลิมปัสระหว่างเฮรา (Hera) อะธีนา (Athena) และแอฟโรไดตี (Aphrodite) หลังจากที่อีริส (Eris) เทพีแห่งการวิวาทและความบาดหมางออกอุบายที่จะมอบผลแอปเปิลสีทองให้ผู้ซึ่งดงามที่สุด ชุสจึงส่งเทพีทั้งสามไปถามปารีสซึ่งตัดสินว่าเทพีแอฟโรไดตีคือผู้ซึ่งดงามที่สุด และสมควรได้รับ แอปเปิลสีทองดังกล่าวเอาไว้³ เพื่อเป็นการตอบแทน แอฟโรไดตีจึงเสกให้เฮเลนตกหลุมรักปารีส ก่อให้เกิดเป็นสงครามกรุงทรอยตามตำนานของโฮเมอร์อันยิ่งใหญ่⁴ ในมหากาพย์โฮเมอร์บรรยายภาพ สอนักรบผู้ยิ่งใหญ่ อคิลลีส (Achilles) กับเฮกเตอร์ (Hector) กำลังพุ่งรบกัน โล่ของอคิลลีส (Shield of Achilles) ปรากฏเป็นภาพของสองเมือง เมืองหนึ่งเกิดสงคราม อีกเมืองหนึ่งสงบสุข โฮเมอร์ให้ ภาพของชุมชนกำลังเพาะปลูก มีงานรื่นรมย์ และภาพการเป็นคดีกันในศาล (Trial) เพื่อพรรณนา ภาพความสงบสุขของเมืองที่ปลอดภัยจากสงคราม การบรรจุกภาพการดำเนินคดีในศาลสื่อให้เห็นว่า

³Homer, *Iliad* (London: Penguin Classics, 1990), pp. 145-163.

⁴Ibid, p. 146.

กระบวนการยุติธรรมคือกลไกสำคัญในการยุติข้อขัดแย้ง ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของเมืองที่จะอารยะ (Peace) และเจริญรุ่งเรือง (Prosperity) สงครามจบลงด้วยการล่มสลายของกรุงทรอย ชาวเมืองถูกสังหารเป็นจำนวนมาก ขณะที่บางส่วนหนีรอดไปได้เกิดเป็นตำนานของเจ้าชายอีเนียส (Aeneas) ซึ่งออกเดินทางจากกรุงทรอยไปตั้งรกรากที่ลาติอุม (Latium) หรือกรุงโรมในเวลาต่อมา⁵ ไฮเมอร์อธิบายว่า สงครามกรุงทรอยเป็นแผนของซุสที่ดลบันดาลเรื่องราวทั้งหมดเพื่อลดจำนวนประชากรรวมทั้งลูก ๆ ของตนที่เกิดกับมนุษย์ (Demi-Gods) เหตุใดซุสจึงมีความปรารถนาเช่นนั้น ซุสทราบคำทำนายจากเทพีธีมิส (Themis) ว่าตนจะถูกโค่นล้มโดยบุตรของตน เช่นเดียวกับที่ตนเองเคยทำไว้กับโครนอส (Cronos) ผู้เป็นบิดา⁶ คำพูดของธีมิส มีความแม่นยำและเที่ยงตรงเป็นอย่างมาก ฉะนั้น คำพูดของธีมิสจึงมีความศักดิ์สิทธิ์และได้รับการยอมรับจากเทพซุสและบรรดาเทพทั้งหลาย ธีมิสจึงมีฐานะเป็นที่ปรึกษาของซุสในการชำระสะสางเรื่องราวต่าง ๆ ของบรรดาทวยเทพ การให้เหตุผลที่สมเหตุสมผลและเที่ยงธรรมของเทพีธีมิสได้กลายเป็นสัญลักษณ์แห่งความถูกต้องและกฎหมายหรือสัญลักษณ์แห่งความยุติธรรมในระยะเวลาต่อมา

ชาวกรีกโบราณยกองค์เทพซุส (Zeus) เป็นอย่างมาก โดยถือว่าเป็นจอมเทพแห่งเขาโอลิมปัส (Mount Olympus) เหตุใดชาวกรีกโบราณจึงถือว่าเทพซุสเป็นจอมเทพคงต้องย้อนไปตั้งแต่กำเนิดโลกในงานเขียนของเฮสิออด (Hesiod) (ประมาณ 700 ปีก่อนคริสตกาล) เรื่อง เทอโอกอนี (Theogony) ซึ่งอธิบายไว้ว่าเดิมทีโลกมีแต่ความว่างเปล่า สิ่งแรกที่อุบัติขึ้นมาคือเคออส (Chaos) คำว่า “เคออส” ในที่นี้เป็นภาษากรีกหมายความว่า “ความว่างเปล่าอันเว้งว่างหรือรอยแยก” เป็นสภาพแรกเริ่มของการมีอยู่ก่อนการกำเนิดของเหล่าทวยเทพรุ่นแรก เฮสิออดใช้คำนี้บรรยายการกำเนิดของโลกและจักรวาลว่าเป็นที่ว่างมหึมาอยู่เหนือแผ่นดินโลก ถูกสร้างขึ้นครั้งแรกเมื่อแผ่นดินและท้องฟ้าแยกกันอยู่และยังมิได้เข้ามารวมกัน ต่อมาไกอา (Gaia) หรือโลก (Mother Earth) ได้ถือกำเนิดขึ้น ไกอาเป็นผู้ให้กำเนิดทุกสิ่งทุกอย่าง ทาร์ทารัส (Tartarus) ซึ่งเป็นหลุมลึกหรือคุกจักรวาลที่ลึกและมีดมนไม่มีที่สิ้นสุด และอีรอส (Eros) ซึ่งคือความรักใคร่ได้ถือกำเนิดขึ้น ไกอาคือเทพีองค์แรกของโลกตามตำนานของชาวกรีกโบราณ ร่างกายของนางคือผืนพสุธา

ต่อมาไกอาได้สร้างยูเรนัส (Uranus) หรือท้องฟ้า (Father Sky) เพื่อปกคลุมพื้นพิภพของโลกซึ่งก็คือร่างกายของไกอา เฮสิออดเปรียบไกอาว่าเป็นเทพีแห่งผืนพสุธาขณะที่ยูเรนัสคือเทพแห่งท้องฟ้า ทั้งสองได้ให้กำเนิดลูกทั้ง 12 เรียกว่า “ไททัน” (Titans) ได้แก่ โอซีอานัส (Oceanus) หรือมหาสมุทร, ซีอัส (Coeus) หรือทิศเหนือซึ่งเป็นตัวแทนของสติปัญญา, ครีอัส (Crius) หรือทิศใต้, ไฮเพอเรียน (Hyperion) ทิศตะวันออกซึ่งหมายถึงแสงไฟ ดวงอาทิตย์ และความรุ่งอรุณ, ไอเอพิทัส (Iapetus) หรือทิศตะวันตก หรือตัวแทนแห่งความตาย ความเจ็บป่วย ความสูญเสีย, เธีย (Theia)

⁵ปวีตร เลิศธรรมเทวี, เรื่องเดิม.

⁶Homer, *Iliad* (London: Penguin Classics, 1990), p. 147.

หรือแสง, รีอา (Rhea) ซึ่งหมายถึงความอุดมสมบูรณ์เจริญพันธุ์, เธมีส (Themis) หรือความยุติธรรม, นิโมซินี (Mnemosyne) หรือความทรงจำ, ฟีบี (Phoebe) ความฉลาด, เทธิส (Thetys) ซึ่งเป็นผู้สร้างสายธารลำน้ำบนแผ่นดินโลก และโครนอส (Cronos) หรือจักรวาลซึ่งเป็นไททันคนสุดท้ายของไททันทั้ง 12 คือไททันต้นกำเนิดแห่งเทพก่อนเทพแห่งโอลิมปัสจะถือกำเนิด ยูเรนัสมีความเกลียดชังลูกทั้ง 12 ของตนเองเป็นอย่างมากจึงได้นำไปซ่อนไว้ตามรอยแยกของโลกหรือตัวของโกอา⁷

โกอาและยูเรนัสยังได้ให้กำเนิดสัตว์ในตำนานเทพนิยายของกรีก กล่าวคือ ยักษ์ไซคลอปส์ (Cyclopes) สามตน ได้แก่ บรอนทีส (Brontes) หรือพายุ (Thunder) สเตอริโรพีท (Steropes) หรือสายฟ้า (Lightning) และอาร์จีส (Arges) หรือความสว่างไสว (Bright) และยักษ์เฮกคาทอนคีริส (Hecatoncheires) หรือยักษ์ห้าสิบหัวอีกสามตนซึ่งมีหนึ่งร้อยแขน แต่ก็ไม่พ้นถูกยูเรนัสจับโยนลงไปอยู่ที่ทาร์ทารัส⁸ ทำให้โกอาผู้เป็นแม่รู้สึกเจ็บปวดเป็นอย่างมากจึงได้สร้างอาวุธที่แข็งแกร่งที่สุดขึ้นมา (Adamant) และมอบให้โครนอสเพื่อจัดการกับยูเรนัส อาวุธได้ฟันไปที่ยูเรนัส อวัยวะส่วนหนึ่งได้ตกไปที่ท้องทะเล และเลือดได้แตกกระจายออกไปทั่วผืนแผ่นดิน เกิดเป็นสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ บนโลก อวัยวะส่วนที่ตกไปในท้องทะเลก็เกิดเป็นแอโฟรไดตี หรือเทพีที่งดงามที่สุดที่ก่อให้เกิดสงครามกรุงทรอย⁹ จะเห็นได้ว่า เฮสิออดอธิบายการเกิดขึ้นของสรรพสิ่ง รวมทั้งกฎหมายและความยุติธรรมในลักษณะของการอุปมาอุปมัยให้อยู่ในรูปตัวของบุคคล (บุคคลาธิษฐาน) กฎหมาย (nomos) ในยุคสมัยนี้เปรียบได้กับของขวัญที่เทพเจ้าประทานให้ (Gift of gods)

ภายหลังพิชิตยูเรนัส โครนอสได้ขังยักษ์ไซคลอปส์และยักษ์เฮกคาทอนคีริสไว้ที่ทาร์ทารัสเพื่อไม่ให้เห็นเดือนเห็นตะวันอีก สัตว์ดังกล่าวได้ถูกอ้างอิงในงานเขียนของนักปรัชญาและนักเขียนในระยะเวลาต่อมา¹⁰ โครนอสได้กลายเป็นผู้ปกครองแห่งจักรวาลและได้แต่งงานกับรีอา ทั้งสองได้กลายเป็นพระราชากับพระราชินีแห่งโลกมนุษย์ ยุคแห่งการปกครองของโครนอสและรีอาเรียกว่า “ยุคทอง” (Golden Age) ของเทพตามตำนานเทพนิยายกรีกที่ปรากฏในวรรณกรรมของเฮสิออดอีกเรื่องคือเรื่อง “ผลงานและวันเวลา” (Works and Days)¹¹ โดยเป็นยุคที่ปราศจากการแทรกแซงจากเทพเจ้า มนุษย์จึงไม่ตกอยู่ภายใต้ครอบงำของกิเลสหรือการดลบันดาลของเทพเจ้า จึงไม่จำเป็นต้องมีกฎหมาย กฎเกณฑ์หรือระเบียบแบบแผนใด ๆ มนุษย์ต่างกระทำแต่ในสิ่งที่ถูกต้องและดีงามตาม “nomos” ของเทพเจ้า (เทพซุส) ที่ได้วางไว้แก่มนุษย์ กฎหมาย (Nomos) ของเฮสิออดจึงหมายถึง ความเป็นอยู่

⁷Ibid., p. 7.

⁸Ibid.

⁹Ibid., pp. 8-9.

¹⁰ตัวอย่างเช่นผลงานของเพลโตเรื่อง “กฎหมาย” ดู Plato, *Laws* (5th Century BC).

¹¹Hesiod, *Theogony and Works and Days* (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 7.

วิถีชีวิตและระเบียบแบบแผน (Way of life)¹² สิ่งที่เขาถือครองไว้อีกแนวคิดหนึ่งคือความคิดที่ว่าโลกคือศูนย์กลางของจักรวาล (Earth as Center of the Universe)

กาลเวลาได้ผ่านพ้นไป โครนอสมีลูกกับรีอาและหวนรำลึกถึงยูเรนัสผู้เป็นบิดาและเข้าใจว่าตนเองคงมีชะตากรรมที่ไม่หนีกันนัก เมื่อถึงเวลาลูกของตนก็จะมาช่วงชิงอำนาจและความเป็นใหญ่ของโครนอส ฉะนั้น ทันทีที่ลูกของโครนอสได้ถือกำเนิดขึ้นก็จะถูกกลืนเข้าไป ตั้งแต่คนแรกชื่อเฮสเทีย (Hestia) และต่อมาดีมิเทอร์ (Demeter) เฮรา (Hera) ฮาเดส (Hades) และโปไซดอน (Poseidon) รีอาได้ไปปรึกษากับไกอาผู้เป็นแม่ซึ่งเคยเผชิญชะตากรรมในทำนองเดียวกันมาก่อน¹³ ฉะนั้น เมื่อรีอาจะให้กำเนิดลูกคนที่หกคือซุส จึงไปหลบอยู่ที่เกาะครีต (Crete) เพื่อให้กำเนิดซุสอย่างลับ ๆ ปัจจุบันเกาะครีตอยู่ในประเทศกรีซ (Greece) เป็นเกาะที่ใหญ่ที่สุดในหมู่เกาะกรีก รีอานำซุสไปซ่อนไว้ในถ้ำใต้เขาไอดาที่เกาะครีต (Mount Ida, Crete) และเอาก้อนหินห่อด้วยผ้าเสมือนหนึ่งว่าเป็นทารกส่งให้โครนอสกลืนเข้าไป¹⁴ หินดังกล่าวเรียกว่า “ออมฟาโลส” (Omphalos) ซึ่งจะไต่กล่าวต่อไป ซุสถูกเลี้ยงด้วยนมไม้ที่ชื่อว่า อามาลเธีย (Amalthea) เนื่องจากโครนอสคือผู้ปกครองจักรวาลและโลก พินพิภพมหาสมุทรและท้องฟ้าอยู่ในความดูแลของโครนอสที่สามารถจะมองเห็นได้ นางอามาลเธียจึงต้องแขวนซุสไว้ตรงกลางระหว่างพื้นแผ่นดินและท้องฟ้าเพื่อไม่ให้โครนอสมองเห็น บางตำนานเชื่อกันว่านางอามาลเธียคือแกะที่คอยให้นมซุส

เมื่อเติบโตเป็นผู้ใหญ่ซุสบังคับให้โครนอสคายบรรดาพี่น้องของตนที่ถูกกลืนเข้าไป สิ่งแรกที่โครนอสคายออกมาคือสิ่งสุดท้ายที่กลืนลงไป ซึ่งก็คือก้อนหินอมฟาโลส ซุสนำหินดังกล่าวไปวางไว้ที่ “ไพธอ” (Pytho) ใจกลางของกรีกในหุบเขาปาร์นาสซัส (Mount Parnassus) สถานที่ดังกล่าวได้กลายเป็นวิหารอันศักดิ์สิทธิ์สำหรับนักพยากรณ์ในการประกอบพิธีกรรม รู้จักกันในชื่อว่า “เดลฟี” (Delphi) ชาวกรีกโบราณเชื่อกันว่าเดลฟีคือจุดศูนย์กลางของโลก ต่อจากนั้นโครนอสได้คายพี่น้องของซุสออกมาทีละคนตามลำดับจนถึงคนสุดท้ายก็คือเฮสเทีย พี่คนโตของซุสหรือลูกคนแรกของโครนอสที่ถูกกลืนเข้าไป และหลังจากนั้นซุสได้ไปปลดปล่อยยักษ์ไซคลอปส์และยักษ์เฮกคาทอนคีริสที่ถูกจองจำอยู่ในทาร์ทารัสคุกจักรวาลอันไกลโพ้น เพื่อเป็นการตอบแทนซุสยักษ์ไซคลอปส์จึงมอบพลังสายฟ้าให้แก่ซุส และเข้าร่วมรบในสงครามระหว่างทวยเทพ (Titanomachy) ซึ่งกินเวลานานถึงสิบปี และจบลงด้วยการที่ซุสและพี่น้องพิชิตโครนอสและไททันได้เป็นผลสำเร็จ ซุสบังคับเหล่าไททันไปถูกจองจำ

¹²ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อธิบายแตกต่างไปว่า “.... ระเบียบแห่งโลกสำหรับสิ่งที่มีเหตุผลนั้นเป็นกฎเกณฑ์หรือ Nomos ที่ใช้ในมนุษย์ มนุษย์นั้นโดยธรรมชาติแล้วจะดำรงชีวิตตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายคือได้คือโดยเหตุที่ในยุคสมัยนั้นยังไม่มีกฏหมายออกจากความยุติธรรม” ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อานกกฎหมาย, 2561), หน้า 28.

¹³Hesiod, op. cit., pp. 37–61.

¹⁴Ibid., p. 17.

อยู่ที่ทาร์ทาร์รัส¹⁵ ภายหลังจากสงคราม ซุสและเหล่าพี่น้องได้ขึ้นไปบนยอดเขาแห่งหนึ่งที่เขาโอลิมปัส และจัดการปกครองเหนือยอดเขาโอลิมปัสนับตั้งแต่นั้นนั้น ซุสแบ่งอาณาเขตของโลกกันปกครองออกเป็นสามส่วน ได้แก่ ท้องฟ้า โลกใต้พิภพ และพื้นน้ำโดยให้สิทธิเฉพาะผู้ชายเท่านั้น โดยซุสเป็นจอมเทพแห่งบรรดาเทพทั้งปวง และเป็นผู้ปกครองท้องฟ้า ขณะที่ไปไซดอนได้ปกครองมหาสมุทร และพื้นน้ำทั้งหมด และฮาเดสปกครองดินแดนแห่งความตายหรือยมโลก ขณะที่เทพทั้งสามได้กลายเป็นเทพในด้านต่าง ๆ อาจกล่าวได้ว่า วรรณกรรมของโฮเมอร์และเฮสิออดแฝงไปด้วยความเชื่อในเรื่องชายเป็นใหญ่ (Patriarchy)¹⁶ ชายเป็นผู้กุมอำนาจหลักและครอบงำบทบาทในการปกครอง ผู้นำทางความคิดและศีลธรรม และเอกสิทธิ์ทางสังคม แนวคิดเรื่องชายเป็นใหญ่มีอิทธิพลต่อสังคมในยุคกรีกโบราณเป็นอย่างมาก ฉะนั้น จึงไม่น่าประหลาดใจที่บุรุษคือศูนย์กลางของแนวความคิด บรรดานักคิดนักปรัชญาในยุคต่อมาจึงไม่มีผู้ใดที่เป็นสตรีเพศ

ดังได้กล่าวข้างต้น เทพซุสมีสายฟ้าเป็นอาวุธซึ่งได้รับมาจากยักษ์ไซคลอปส์ ลักษณะของเทพซุสจึงมีความคล้ายคลึงกับตำนานเทพเจ้าของชนชาติอื่นเป็นอย่างมาก อาทิ เทพเจ้าธอร์ (Thor) ในตำนานความเชื่อของชาวนอร์สโบราณ (Old Norse Myth)¹⁷ หรือพระอินทร์ (Indra) ในแบบฮินดู แต่อาจมีความแตกต่างในรายละเอียด ฉะนั้น ฟ้าแลบและฟ้าร้องซึ่งเป็นแสงสว่างที่ฟาดลงมาจากท้องฟ้า เกิดเป็นเสียงกึกก้องไปทั่วทั้งแผ่นดินจึงเกิดจากอาวุธของเทพซุส เทพเจ้าธอร์ หรือพระอินทร์ เมื่อเกิดฟ้าแลบฟ้าร้องก็ย่อมเกิดเป็นฝนตกลงมา ฝนจึงมีอิทธิพลต่อการดำรงชีวิตของคนยุคโบราณเป็นอย่างมาก เนื่องจาก ฝนตกก่อให้เกิดความชุ่มชื้น ความเจริญงอกงาม และมีความสำคัญต่อการเพาะปลูก คนโบราณจึงเชื่อว่าคนที่เรียกฝนได้คือเทพเจ้า อย่างไรก็ตาม ซุสมีได้เพียงแค่ทำให้เกิดสายฟ้าและฝนได้เท่านั้น เมื่อใดที่เทพซุสเห็นความเสื่อมทรามของมนุษย์บนโลก ก็จะทำให้เกิดภัยพิบัติขึ้นบนโลก หรือทำให้เกิดอุทกภัยเพื่อชำระล้างความต่ำช้าและเลวทรามของคนบนโลก การอธิบายปรากฏการณ์ธรรมชาติตามตำนานเทพนิยายของชาวกรีกโบราณแสดงให้เห็นถึงเรื่องการรักษาสมดุลของธรรมชาติ การฟื้นฟูความเป็นระเบียบเรียบร้อย (Orders) ให้กลับคืนสมดุลของธรรมชาติ การต่อสู้ระหว่างความดีและความเลว ความยากลำบากและความสุข ฉะนั้น เมื่อสิ่งใดมีดีก็ย่อมมีเลว มีชวาก็ย่อมมีดำเป็นเรื่องธรรมดาของธรรมชาติ การอธิบายปรากฏการณ์ทางธรรมชาติหรือการเปลี่ยนแปลงของสรรพสิ่งต่าง ๆ ในลักษณะนี้ถูกปฏิเสธโดยนักคิดนักปรัชญาของกรีกในระยะเวลาต่อมา

¹⁵Ibid., p. 24.

¹⁶Chapter 2, titled "Sacrifice, Succession and the Politics of Patriarchy" in Charles H. Stocking, *The Politics of Sacrifice in Early Greek Myth and Poetry* (New York: Cambridge University Press, 2017), pp. 56-58.

¹⁷*The Lay of Thrym* (unknown). ตำนานเทพนิยายของชาวนอร์สโบราณส่วนใหญ่ปรากฏใน *Poetic Edda* ซึ่งไม่ปรากฏชื่อผู้แต่งและปีที่ประพันธ์ที่ชัดเจน.

แม้จะเคารพบูชาในเทพเจ้า ชาวกรีกโบราณเองก็มีได้นั่งนอนใจรอให้เทพเจ้าองค์ใดเข้ามาช่วย เมื่อยามที่เกิดภัยพิบัติ การประกอบพิธีกรรมตามคติความเชื่อ (Rites) จึงเป็นระเบียบวิธีการแสดงออก ของมนุษย์เพื่อต่อสู้กับสิ่งที่ชั่วร้าย (Evil) ฉะนั้น พิธีกรรมในการนำของหรือสิ่งต่าง ๆ มาถวาย หรือบูชา ต่อเทพเจ้าก็เพื่อลดความโกรธของเทพเจ้า และได้กลายเป็นวิถีชีวิตที่สำคัญของชาวกรีกโบราณ มีการ สร้างสถานที่ศักดิ์สิทธิ์ไว้ในที่ต่าง ๆ เพื่อประกอบพิธีกรรม หรือการสร้างแท่นบูชาให้แก่เทพแต่ละองค์ ตัวอย่างเช่น การนำพืชพันธุ์ธัญญาหารมาแสดงไว้ที่แท่นบูชาเทพซุสเพื่อแสดงถึงความกตัญญูและ รู้คุณต่อเทพซุสที่ทำให้พืชผลงอกงาม หรือการถวายด้วยการรำ การขับร้อง หรือการแต่งกลอน คนโบราณ จึงมีการประพันธ์เพลงหรือเรื่องราวต่าง ๆ เพื่อเป็นการแสดงการสรรเสริญบารมีเทพเจ้าของตนเอง ดำเนินเทพเจ้ามิได้เกิดขึ้นเฉพาะในสังคมของชาวกรีกโบราณเท่านั้น แต่ยังปรากฏให้เห็นในภูมิภาคอื่น ๆ ของโลก ตัวอย่างเช่น ตำนานเทพเจ้าของชาวออร์สโบราณ และตำนานเทพพราหมณ์ฮินดูดังกล่าวข้างต้น

กล่าวได้ว่า ตำนานความเชื่อในเรื่องเทพเจ้าของชาวกรีกโบราณได้รับอิทธิพลอย่างมาก จาก ผลงานประพันธ์ของทั้งโฮเมอร์และเฮสิออด ซึ่งได้จัดบันทึกเรื่องราวตำนานเทพอย่างเป็นทางการเป็นเรื่องราว ผลงานของทั้งสองท่านจึงถูกกล่าวถึง วิชาทฤษฎีวิจารณ์และถูกต่อยอดโดยนักคิดในยุคต่อมา เซโนฟานีส (Xenophanes) ซึ่งมีชีวิตในช่วงราว 570 ปีก่อนคริสตกาล เป็นนักคิดในยุคต่อมาคนแรก ๆ ที่วิจารณ์ ว่าเทพเจ้าตามตำนานของโฮเมอร์มีความคล้ายคลึงกับมนุษย์มากเกินไปเนื่องจากมีอารมณ์ กิเลสและ ตัณหาเหมือนกับมนุษย์ เซโนฟานีสจึงสรุปว่าตำนานเทพเจ้าคือจินตนาการที่มนุษย์สร้างขึ้น เซโนฟานีส อธิบายว่ามนุษย์สร้างเทพเจ้าขึ้นมาตามจินตนาการและความเข้าใจของตนเอง¹⁸ ฉะนั้น มนุษย์จึงเชื่อว่า เทพเจ้ามีรูปร่าง ผิวหนัง และแต่งกายเหมือนมนุษย์ คำอธิบายของเซโนฟานีสช่วยขยายให้เห็นภาพ อย่างชัดเจนในยุคสมัยปัจจุบันที่เทพเจ้าตามคติความเชื่อของแต่ละชนชาติมีความคล้ายคลึงกัน แต่สามารถปรับเปลี่ยนสีผิว รูปร่างหน้าตา ภาษาที่ใช้และการแต่งกายให้สอดคล้องกันแต่ละชนชาติได้ เทพเจ้าในแถบเอเชียจึงมีหน้าตาและสีผิวแบบคนจีนหรืออินเดียตามแต่ท้องถิ่นชนชาติใดจะเป็น ประชากรส่วนมาก ขณะที่เทพเจ้าในแถบทวีปแอฟริกาจึงมีสีผิวเข้ม

3. ปรัชญาธรรมชาติ

ประมาณหกหรือแปดปีก่อนคริสตกาล กรีกเข้าสู่ยุคปรัชญาธรรมชาติหรือยุคก่อนโสกราตีส (Pre-Socrates) เป็นยุคที่การอธิบายสิ่งต่าง ๆ ใช้เหตุและผล การเกิดขึ้นของการใช้เหตุและผลของสังคม กรีกโบราณมีความสัมพันธ์กับพัฒนาการทางการเมืองและความเจริญของกรีก ในช่วงเวลาดังกล่าว กรีกได้ตั้งนครรัฐ (City-State) ทั้งในพื้นที่ที่ปัจจุบันคือประเทศกรีซ และในพื้นที่ทางตอนใต้ของ

¹⁸Jonathan Barnes, *Early Greek Philosophy* (London: Penguin Classics, 2008), pp. 40–47.

ประเทศอิตาลี รวมทั้งเอเชียไมเนอร์ (Asia Minor) หรือดินแดนทางตะวันตกเฉียงใต้ของภูมิภาคเอเชีย ซึ่งเป็นบริเวณที่อยู่ระหว่างทะเลดำกับทะเลเมดิเตอร์เรเนียน การสร้างนครรัฐของชาวกรีก ส่งผลให้เกิดการเกณฑ์แรงงานทาสเข้ามาทำงานแทนชาวกรีก ดังนั้น งานในชีวิตประจำวัน งานที่ใช้แรงงาน หรืองานที่กินเวลาจึงทำโดยทาสที่ไม่ได้รับค่าตอบแทน สภาพการณ์ดังกล่าวส่งผลให้พลเมืองกรีกเอาเวลาไปสนใจกับการเมืองและการสร้างสรรค์ทางวัฒนธรรม

ในสภาพแวดล้อมที่ปราศจากความเหน็ดเหนื่อย ความลำบาก หรือการดิ้นรนในชีวิต ก่อให้เกิดการปรับเปลี่ยนวิถีคิดของผู้คนในสังคมกรีกโบราณ ผู้คนเริ่มตั้งคำถามเกี่ยวกับสังคมว่าควรบริหารจัดการอย่างไรโดยไม่อิงตามคติความเชื่อหรือตำนานของเทพเจ้า เราเรียกพัฒนาการทางความคิดดังกล่าวว่าการเปลี่ยนผ่านจากความเชื่อในตำนานเทพนิยาย (Myth) สู่การใช้เหตุผล (Reason) ในยุคนี้นักคิดต่างให้ความสำคัญกับการอธิบายความเป็นไปของธรรมชาติโดยใช้วิธีการสังเกต การทดลองหรือการให้เหตุผล มากกว่าจะเป็นความเชื่อที่ว่าปรากฏการณ์ต่าง ๆ เป็นเรื่องเหนือธรรมชาติ

นักปรัชญากรีกโบราณในยุคแรกเริ่มถูกเรียกว่า “นักปรัชญาธรรมชาติ” (The Natural Philosophers)¹⁹ ทำไมเราจึงเรียกนักปรัชญาในยุคนี้นักปรัชญาธรรมชาติ สาเหตุสำคัญเพราะแนวคิดของนักปรัชญาในยุคนี้เกี่ยวข้องกับการอธิบายปรากฏการณ์ธรรมชาติโดยใช้วิธีการสังเกต ค้นคว้าหรือทดลองด้วยตนเอง รวมทั้งตั้งคำถามเกี่ยวกับกระบวนการทางธรรมชาติจนพบว่าทุกสิ่งทุกอย่างในธรรมชาติเกิดการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา และการตั้งคำถามอื่น ๆ อีกมาก ตัวอย่างเช่น เหตุใดธรรมชาติจึงเกิดการเปลี่ยนแปลง หรือสิ่งต่าง ๆ เกิดขึ้นมาได้อย่างไร และเกิดขึ้นมาจากอะไร โดยหาเหตุผลมาอธิบายมากกว่าจะยึดติดอยู่กับความเชื่อแบบเดิมตามตำนานหวยเทพของโฮเมอร์และเฮสิออด

นักปรัชญากรีกในยุคแรกเริ่มมีความเห็นตรงกันว่าทุกสิ่งทุกอย่างที่เกิดขึ้นบนโลกน่าจะมีต้นกำเนิด หรือสารตั้งต้นที่ให้กำเนิดทุกสิ่งทุกอย่างและเปลี่ยนแปลงกลับไปเป็นดังเดิม เราไม่อาจทราบได้ว่าความคิดดังกล่าวเกิดขึ้นในหมู่นักปรัชญากรีกนี้ได้อย่างไร หรือหนทางใดที่นำไปสู่ข้อสรุปของนักปรัชญาเหล่านั้น เนื่องจากงานเขียนของนักปรัชญาในยุคนี้เหลือรอดจนถึงปัจจุบันแต่เพียงบางส่วน และส่วนใหญ่ต้องศึกษาจากผลงานของอริสโตเติลซึ่งมีชีวิตในอีกช่วง 200 ปีต่อมาอ้างอิงไว้เป็นหลัก²⁰

3.1 สำนักมิลีเตส (Milesian School)

เชื่อกันว่าธาเลส (Thales) คือนักปรัชญาคนแรกของกรีก ซึ่งเชื่อว่าทุกสิ่งทุกอย่างมีต้นกำเนิดมาจากน้ำ²¹ เหตุใดธาเลสจึงมีความคิดเช่นนั้น ทราบกันเพียงว่าธาเลสเกิดที่เมืองมิลีเตส

¹⁹Ibid., xi.

²⁰Terence Irwin, *Classical Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 4.

²¹ดูคำอธิบายของธาเลสใน Jonathan Barnes, op. cit., pp. 9–17.

(Miletus) นครหนึ่งแถบไอโอเนีย (Ionia) ในเอเชียไมเนอร์ อาณานิคมของกรีก แต่ช่วงเวลาที่มีชีวิตไม่ปรากฏเป็นที่แน่ชัด (ประมาณ 624 ถึงราว 545 ปีก่อนคริสตกาล)²² สันนิษฐานกันว่าธาเลสเดินทางไปยังเมืองต่าง ๆ รวมทั้งอียิปต์ สถานที่ซึ่งธาเลสได้สั่งสมความรู้เกี่ยวกับการคำนวณ เรขาคณิต และสิ่งต่าง ๆ โดยได้คำนวณความสูงของพีระมิดจากเงาแสงอาทิตย์ที่สะท้อนพีระมิดในช่วงเวลาที่ให้ขนาดเท่ากับวัตถุ ธาเลสสังเกตและเปรียบเทียบจากเงาสะท้อนความสูงของตัวเอง²³ ฉะนั้น เมื่อใดที่เงาของเขามีความสูงเท่ากับตัวของเขาเองธาเลสจะใช้ช่วงเวลานั้นวัดขนาดความสูงของพีระมิด เฮอร์โดตัส (Herodotus) บิดาแห่งประวัติศาสตร์ ผู้แต่งหนังสือประวัติศาสตร์ในลักษณะร้อยแก้วเป็นคนแรกของตะวันตก บันทึกไว้ว่าธาเลสได้ทำนายปรากฏการณ์สุริยุปราคาว่าจะเกิดขึ้นในวันที่ 28 พฤษภาคม 585 ปีก่อนคริสตกาลได้อย่างแม่นยำ²⁴ และน่าจะเป็นที่อียิปต์ที่ธาเลสเห็นความเป็นไปของธรรมชาติ การเจริญเติบโตของพืชที่เพาะปลูกขึ้นอยู่กับน้ำขึ้นและลงของแม่น้ำไนล์ และเมื่อถึงฤดูแล้ง น้ำก็เปลี่ยนสภาพกลายเป็นไอ

อย่างไรก็ตาม หากเปรียบเทียบความคิดของธาเลสกับคนในยุคปัจจุบันซึ่งวิทยาศาสตร์สมัยใหม่พิสูจน์แล้วว่าสาระทุกอย่างบนโลกล้วนเปลี่ยนสภาพได้และกลับกลายเป็นพลังงาน ก็คงไม่ต่างอะไรกับความรู้ของนักเรียนกับนักวิทยาศาสตร์แห่งองค์การนาซา แต่กระบวนการคิดที่ได้ของธาเลสแสดงให้เห็นถึงการคิดโดยใช้เหตุและผล (Rational) โดยมีได้อธิบายตามแบบคติความเชื่อหรือตามตำนานเทพเจ้าในแบบของโฮเมอร์และเฮสิออด²⁵

สิ่งสำคัญที่ทำให้การคิดในแบบปรัชญาแตกต่างจากวิถีคิดของคนในยุคโบราณแบบอื่นคือ เราไม่จำเป็นต้องยอมจำนนต่อข้อสรุปของคนรุ่นก่อนแบบงมงาย แต่จะต้องนำแนวคิดมาศึกษา วิเคราะห์ และต่อยอดอย่างเป็นเหตุเป็นผลเพื่อเกิดข้อสรุปเป็นองค์ความรู้ใหม่ อานักซิแมนเดอร์ (Anaximander) เป็นศิษย์ของธาเลส เกิดที่เมืองมิเลตุสเช่นเดียวกัน²⁶ แม้จะสืบทอดความรู้และสำนักคิดของธาเลส แต่ก็ได้เชื่อว่าทุกสิ่งทุกอย่างบนโลกล้วนมีแหล่งกำเนิดมาจาก “น้ำ” อานักซิแมนเดอร์เห็นต่างจากธาเลสผู้เป็นอาจารย์ โดยมองว่าน้ำมิได้เป็นต้นตอของสิ่งต่าง ๆ แต่เป็นตัวค้ำจุนโลก เมื่อเรามองไป

²² ไดออจเนส ลาเออติอุส (Diogenes Laertius) (ศตวรรษที่ 3) นักบันทึกอัตชีวประวัติของนักปรัชญากรีก อังอิงบันทึกเหตุการณ์ของอพอลโลโดรัสแห่งเอเธน (Apollodorus of Athen) (180–120 ก่อนคริสตกาล) ว่าธาเลสเสียชีวิตในวัย 78 ปีขณะที่กำลังชมการแข่งขันโอลิมปิกครั้งที่ 58 เมื่อปีที่ 548-545 ก่อนคริสตกาล สาเหตุของการเสียชีวิตคือความเจ็บป่วยจากความร้อนแบบรุนแรง (Heat Stroke).

²³ Jonathan Barnes, op. cit., pp. 10-11.

²⁴ Ibid., p. 13.

²⁵ Friedrich Nietzsche, *Philosophy in the Tragic Age of the Greeks* (US.: Regnery Gateway, 1962), pp. 7-8.

²⁶ Jonathan Barnes, op. cit., pp. 18–23.

ทุกทิศทุกด้านสุดขอบแผ่นดินก็จะพบน้ำทั้งสิ้น น้ำจึงเป็นสิ่งที่ปกคลุมโลกโดยรอบ อานักซิแมนเดอร์เชื่อว่าโลกแบนโดยมีลักษณะเป็นทรงกลมที่เหมือนกลองล้อมรอบไปด้วยน้ำ และถูกแขวนลอยอยู่บนอากาศ²⁷ วิธีคิดของอานักซิแมนเดอร์ก่อให้เกิดการคิดทบทวน วิเคราะห์และต่อยอดทางปัญญาในหลาย ๆ ด้าน กล่าวคือ หากโลกถูกปกคลุมไปด้วยพื้นน้ำ แล้วอะไรที่ปกคลุมพื้นน้ำอีกทีหนึ่ง และต่อเนื่องกันไปแบบไม่มีที่สิ้นสุด (Ad Infinitum) วิธีคิดของอานักซิแมนเดอร์จึงเป็นการคิดแบบเหตุกับผล (Causes-Effects) เป็นการมองสิ่งต่าง ๆ แบบห่วงโซ่ที่ไม่มีที่สิ้นสุด (Infinite Regress) หรือเป็น “อนันต์” (Infinity)

กล่าวได้ว่า วิธีคิดของอานักซิแมนเดอร์เป็นรากฐานสำคัญของนักคิดนักปรัชญาในยุคต่อมาที่เชื่อในการคิดแบบห่วงโซ่ที่ไม่มีที่สิ้นสุดว่า บางครั้งบางสิ่งบางอย่างเกิดขึ้นเองจากความว่างเปล่าหรือหาจุดเริ่มต้นมิได้ และเป็นฐานความคิดที่นักวิทยาศาสตร์ในปัจจุบันใช้พิสูจน์ว่าจักรวาลไม่มีขอบเขตสิ้นสุดเป็นอนันต์จักรวาล (Eternal) ในทางกลับกัน มีผู้ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดแบบ Infinite Regress และไม่ยอมจำนนต่อข้อสรุปที่ว่าบางสิ่งบางอย่างเกิดขึ้นมาได้เองจากความว่างเปล่าหรือหาจุดเริ่มต้นไม่ได้ โดยเสนอว่าทุกสิ่งทุกอย่างล้วนมีจุดเริ่มต้น (Origin) แนวคิดดังกล่าวสอดคล้องกับทฤษฎีการกำเนิดของจักรวาลที่เรียกว่า “ทฤษฎีการระเบิดครั้งใหญ่” หรือ “ทฤษฎีบิ๊กแบง” (Big Bang theory)²⁸ การปฏิเสธแนวความคิดแบบอนันต์ โดยเชื่อว่าทุกสิ่งทุกอย่างล้วนมีจุดเริ่มต้นเป็นรากฐานความคิดที่สำคัญของนักปรัชญาในยุคกลาง ตัวอย่างเช่น นักบุญธอมัส อควีนาส (St. Thomas Aquinas) ซึ่งเชื่อความมีอยู่จริงของพระเจ้า (Gods) โดยเป็นยุคที่กฎหมายกับคริสตจักรเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน มีบทบาทและอิทธิพลต่อสังคมตะวันตกเป็นอย่างมาก และเชื่อว่าต้องมีการกระทำแรก (Prime Mover) เพื่อก่อให้เกิดการเริ่มต้นของทุกสิ่งทุกอย่าง การกระทำนั้นคือการกระทำของพระเจ้าเป็นเจ้า

อานักซิเมเนส (Anaximenes) (570–526 ปีก่อนคริสตกาล) เป็นศิษย์ของอานักซิแมนเดอร์ กล่าวไว้ว่าลักษณะของโลกเห็นได้ชัดเจนในตัวเองว่าแบนราบ อานักซิเมเนสมีกระบวนการคิดวิธีเดียวกับธALES เนื่องจากเชื่อว่าทุกสิ่งทุกอย่างน่าจะมีสารต้นกำเนิด²⁹ อย่างไรก็ตาม อานักซิเมเนสสรุปว่าน้ำไม่น่าจะใช่แหล่งกำเนิดของทุกสิ่งทั้งปวง แต่ทุกสิ่งทุกอย่างมีที่มาจาก “อากาศ” ซึ่งสิ่งต่าง ๆ สามารถระเหยและกลายเป็น “ไอ” ได้ในที่สุด³⁰ สำหรับแนวความคิดที่ว่าทุกอย่างมีที่มาจาก “น้ำ” ของธALES อานักซิเมเนสอธิบายไว้ว่า น้ำต้องอาศัยอากาศในการอัดแน่นให้กลายเป็นน้ำ เห็นได้จากตอนที่ฝนตกลงมาเพราะน้ำอัดตัวเข้ากับอากาศจึงกลายเป็นน้ำฝน และเมื่อน้ำอัดแน่นรวมกันจึงกลายเป็นดินและ

²⁷Ibid., p. 19.

²⁸Stephen Hawking, *A Brief History of Time* (London, United Kingdom: Bantam Books, 1996), pp. 41-45.

²⁹Jonathan Barnes, op. cit., pp. 24-27.

³⁰Ibid., p. 25.

เมื่อมากขึ้นจึงกลายเป็นแผ่นดินในที่สุด³¹ อาจกล่าวได้ว่า อานักซิเมเนสคงจะสังเกตจากตอนน้ำกระทบกับทราย ทรายก็จะเริ่มจับตัวกันเป็นก้อนและกลายเป็นรูปทรง อานักซิเมเนสกล่าวถึงเรื่องของ “ไฟ” ไว้เช่นเดียวกันแต่เชื่อว่า “ไฟ” คืออากาศหรือลมชนิดหนึ่งที่หากได้ยากข้อสรุปของอานักซิเมเนสคืออากาศเป็นต้นกำเนิดของสรรพสิ่ง รวมทั้งน้ำ ดินและไฟ³²

สิ่งสำคัญที่ได้จากอานักซิเมเนสไม่ใช่ความถูกต้องของข้อสรุป แต่เป็นกระบวนการคิดและวิธีคิดที่ได้โดยเกิดจากการตั้งคำถาม การสังเกต การศึกษาทดลองและต่อยอดองค์ความรู้ซึ่งเป็นกระบวนการที่ใช้เหตุและผลทั้งสิ้น ปัจจุบันเรียกกระบวนการคิดดังกล่าวว่าวิชา “ปรัชญา” หรือการพิสูจน์สมมติฐาน (Hypothesis) แบบกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ในยุคสมัยใหม่ การพิสูจน์สมมติฐานในงานวิจัยปัจจุบันจึงไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องที่ถูกเสมอไป จะเห็นได้ว่า วิชาปรัชญากับวิทยาศาสตร์เป็นสิ่งที่ควบคู่กัน

เราเรียกแนวความคิดของธาเลส อานักซิแมนเดอร์ และอานักซิเมเนส นักปรัชญาทั้งสามในยุคแรกเริ่มว่าสำนักมิลีตุส (Milesian School) ซึ่งได้วางรากฐาน “ปรัชญาตะวันตก” (Western philosophy) โดยแสวงหาสิ่งที่เรียกว่า “หลักการพื้นฐานหลักการแรก” (First principle) แนวคิดที่ว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติก็มีที่มาจากนักปรัชญาสำนักมิลีตุส โดยเฉพาะอานักซิแมนเดอร์ ซึ่งกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า “สรรพสิ่งทั้งหลายล้วนกำเนิดจากสิ่งหนึ่งและสูญสลายไปสู่อีกสิ่งหนึ่ง สรรพสิ่งทั้งหลายล้วนมอบความยุติธรรมและชดเชยให้กับความยุติธรรมของแต่ละสรรพสิ่งตามควรแก่เหตุเมื่อถึงเวลา”³³ เราสัมผัสได้ถึงแนวคิดที่ว่าในธรรมชาติมีกฎเกณฑ์บางอย่างที่ควบคุมหรือปกครองโลกและจักรวาลอยู่ กฎเกณฑ์ดังกล่าวมิใช่การดลบันดาลของเทพเจ้าหรือกฎเกณฑ์ของเทพเจ้า แต่เป็นกฎแห่งธรรมชาติ (Natural law) แนวคิดของนักปรัชญาแห่งสำนักมิลีตุสมิ้อิทธิต่อนักปรัชญาในช่วงเวลาต่อมา³⁴

3.2 สำนักเอพิซัส (Ephesian School)

เฮราคลิตุส (Heraclitus) (540–480 ปีก่อนคริสตกาล) อาศัยอยู่ที่เมืองเอพิซัส (Ephesus) นครหนึ่งของกรีกโบราณในแถบบริเวณชายฝั่งไอโอเนีย (Ionian coast) เช่นเดียวกับมิลีตุส เฮราคลิตุสมีมุมมองที่แตกต่างจากนักปรัชญาทั้งสามแห่งมิลีตุส เนื่องจากมิได้สนใจว่าสิ่งต่าง ๆ จะเกิดขึ้นมาจากอะไร แต่กลับมองว่าหลักการพื้นฐานที่สำคัญคือ “การผันแปร” ของสรรพสิ่ง³⁵

³¹Ibid., p. 26.

³²Ibid., p. 27.

³³Carlo Rovelli, *Anaximander and the Nature of Science* (London: Allen Lane, 2007), p. 70.

³⁴รวมทั้งแนวคิดในโลกมุสลิมดู ปวีศร เลิศธรรมเทวี, “นิติปรัชญาในโลกมุสลิม,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 51, 2 (มิถุนายน 2565): 292-313.

³⁵Jonathan Barnes, op. cit., pp. 48-60.

เฮราคลิตุสอธิบายว่าทุกสิ่งทุกอย่างบนโลกล้วนมีการผันแปรหรือเปลี่ยนแปลงอยู่อย่างช้า ๆ ตลอดเวลา ฉะนั้น ทุกสิ่งทุกอย่างจึงไม่มีอะไรเที่ยงแท้ การผันแปรดังกล่าวเราสามารถรับรู้และสัมผัสได้ด้วยตัวอย่างเช่น เมื่อเราใช้เท้าจุ่มลงไปใต้น้ำครั้งแรกและจุ่มลงอีกครั้ง แม่น้ำที่เราสัมผัสทั้งสองจะเป็นแม่น้ำเดียวกัน แต่น้ำที่สัมผัสในครั้งแรกกับครั้งที่สองไม่ใช่ น้ำชุดเดียวกัน เพราะน้ำที่สัมผัสในครั้งแรกได้ผันแปรไปแล้ว³⁶

เฮราคลิตุสอธิบายต่อไปว่าสรรพสิ่งในโลกมีด้านตรงกันข้ามเสมอ (Opposite)³⁷ ฉะนั้น หากมนุษย์เราไม่เคยเจ็บป่วยก็จะมีรูปร่างกายที่แข็งแรงเป็นอย่างไร หรือหากปราศจากความหวียวัย ก็จะไม่รู้จักว่าท้องอืดเป็นอย่างไร เช่นเดียวกับเรื่องสิ่งดีงามและความชั่วร้าย มนุษย์จึงแยกออกกระหว่างความดีและความเลว สงครามและความสงบสุข กลางวันหรือกลางคืน ฤดูร้อนกับฤดูหนาว หรือความยุติธรรม (dike) กับอคติหรือความขัดแย้ง (eris) เป็นต้น เฮราคลิตุสสรุปว่า หากโลกไม่มีสิ่งตรงกันข้าม โลกย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นมาได้ จากคำอธิบายดังกล่าว เฮราคลิตุสเชื่อว่ากลางวันกับกลางคืน สงครามกับความสงบสุข และความหิวกับความอิ่มคือ “Logos” ซึ่งแปลว่า “เทพเจ้า” (Gods) แต่เฮราคลิตุสไม่ได้หมายความว่า “Logos” ว่าเทพเจ้าตามตำนานเทพนิยายแต่อย่างใด คำว่า “Logos” ในที่นี้หมายถึง “เหตุผล” (Reason)

กล่าวโดยสรุป เฮราคลิตุสเชื่อว่า “ไฟ” คือต้นกำเนิดของทุกสิ่ง และในธรรมชาติจะต้องมีเหตุและผลที่เป็นสากลกำกับอยู่ (Universal reason) หรือมีกฎระเบียบแบบแผนหรือกฎเกณฑ์ที่เป็นสากล (Universal law) คอยกำกับสิ่งต่าง ๆ ในธรรมชาติ ฉะนั้น การดำรงอยู่ของมนุษย์จึงเป็นไปตามเหตุและผลของแต่ละบุคคล³⁸ กฎหมาย (Nomos) ในที่นี้จึงหมายถึงกฎเกณฑ์บางประการที่เกิดขึ้นโดยกลไกธรรมชาติ หรือ กฎธรรมชาติ (Natural law)³⁹ แนวคิดของเฮราคลิตุสมิ้อิทธิพลต่อคราติลลัส หนึ่งในนักปรัชญากรีกกลุ่มโสเฟติสและเพลโตเป็นอย่างมาก

³⁶Ibid., 48-49.

³⁷Ibid., 55-57.

³⁸Ibid., 59-60.

³⁹ประเด็นนี้เป็นอีกประเด็นที่แตกต่างจากข้อสรุปของศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ซึ่งอธิบายว่า “... เฮราคลิตุสแยกกฎหมายออกเป็นสองประเภท คือ กฎหมายของเทพเจ้าที่เรียกว่า nomos อันเป็นระเบียบกฎหมายแห่งจักรวาล กับกฎหมายของมนุษย์ที่เรียกว่า nomoi อันเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นในนครรัฐ (polis) กฎหมายที่เกิดขึ้นและใช้บังคับในนครรัฐ คือ nomoi ควรจะต้องอนุวัตตามกฎหมายของเทพเจ้า คือ nomos” ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ จึงกล่าวสรุปว่า “... ไม่เป็นการเกินเลยที่จะกล่าวว่าเป็นครั้งแรกที่มีการแยกกฎหมายบ้านเมืองออกจากกฎหมายธรรมชาติและแยกความยุติธรรมตามกฎหมายที่มนุษย์กำหนดขึ้นออกจากความยุติธรรมตามธรรมชาติ ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดิม, หน้า 45.

นักปรัชญาตั้งกล่าวข้างต้นอาจเรียกว่าเป็นกลุ่ม “สำนักไอโอเนีย” (Ionian school) เนื่องจากอาศัยอยู่ในนครแถบไอโอเนียทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาต่อมา นับตั้งแต่ห้าร้อยปีก่อนคริสตกาล เป็นต้นไป ศูนย์กลางแห่งการเรียนรู้ได้เปลี่ยนจากไอโอเนีย ไปกระจุกตัวกันอยู่ทางตอนใต้ของอิตาลี รวมทั้งเมืองอีเลีย (Elea)

3.3 สำนักอีเลีย (Eleatic School)

พาร์เมนิเดส (Parmenides) (540–480 ปีก่อนคริสตกาล) เป็นนักปรัชญาร่วมสมัยกับเฮราคลิตุส และเป็นผู้บุกเบิกสำนักอีเลีย (Eleatic school)⁴⁰ ตั้งคำถามเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องสิ่งที่เป็นต้นกำเนิดของสรรพสิ่งว่า น้ำ อากาศ ไฟและดินจะพัฒนากลายเป็นสิ่งต่าง ๆ ได้อย่างไร ตัวอย่างเช่น น้ำจะกลายเป็นไอน้ำ หรือเปลี่ยนเป็นพืช คนหรือสัตว์ได้อย่างไร พาร์เมนิเดสสรุปว่าไม่มีสิ่งใดเปลี่ยนเป็นสิ่งต่าง ๆ ได้นอกจากเป็นตัวมันเอง⁴¹ วิทยาศาสตร์สมัยใหม่ได้พิสูจน์แล้วว่าน้ำที่บริสุทธิ์ไม่อาจเปลี่ยนเป็นสิ่งอื่นได้นอกจากน้ำที่บริสุทธิ์

พาร์เมนิเดสไม่เชื่อว่าสรรพสิ่งเกิดขึ้นจากความว่างเปล่าหรือหาจุดเริ่มต้นไม่ได้ กล่าวคือไม่มีสิ่งใดเกิดขึ้นได้จากความว่างเปล่า จึงไม่มีสิ่งใดที่เกิดขึ้นมาแล้วจะหายไปเป็นความว่างเปล่า พาร์เมนิเดสเข้าใจอย่างถ่องแท้ว่าธรรมชาติมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา แต่อธิบายว่าความเข้าใจนั้นเกิดจากการใช้อารมณ์ความรู้สึก (Sense) มากกว่าเหตุผล (Reason) พิจารณาความเป็นไปของธรรมชาติอย่างแท้จริง⁴² ในมุมมองของพาร์เมนิเดส การมองความเป็นไปของธรรมชาติด้วยอารมณ์ความรู้สึกเกิดจากการสัมผัสจึงเป็นภาพลวงตา ฉะนั้น ถ้าให้เลือกระหว่างอารมณ์ความรู้สึกกับเหตุผล พาร์เมนิเดสเลือกเหตุผลและผลก่อนเสมอ⁴³ ความเชื่อในเหตุ และผลของพาร์เมนิเดสต่างจากความเชื่อแบบเดิมของโฮเมอร์ และเฮสิออด โดยสิ้นเชิง ปัจจุบันเราเรียกกลุ่มคนที่เชื่อมั่นในเหตุและผลว่า “เหตุผลนิยม” (Rationalism) ซึ่งเชื่อว่าการใช้เหตุและผลคือหนทางของการไปสู่ความรู้ และสติปัญญา

เซโนฟานีส (Xenophanes) (570–478 ปีก่อนคริสตกาล)⁴⁴ เป็นนักปรัชญาคนสำคัญที่มีความเกี่ยวข้องกับสำนักอีเลีย แม้จะเกิดในแถบไอโอเนียแต่ก็ได้อาศัยอยู่ในแถบไอโอเนียเป็นเวลานานเมื่ออายุได้ 25 ปี ได้ออกเดินทางไปยังเมือง นครหรือสถานที่ต่าง ๆ ทั่วกรีกทำให้เห็นโลกกว้าง และสัมผัสกับวัฒนธรรมท้องถิ่นของชนชาติต่าง ๆ ที่หลากหลายจึงมาเป็นข้อสรุปเกี่ยวกับความเชื่อเรื่องเทพเจ้าว่าเป็น

⁴⁰Jonathan Barnes, op. cit., pp. 77-90.

⁴¹Ibid., pp. 77-78.

⁴²Ibid., pp. 79-81.

⁴³Ibid.

⁴⁴Ibid., pp. 40-47.

จินตนาการที่มนุษย์ได้สร้างขึ้น⁴⁵ ซึ่งถือเป็นต้นแบบของการวิจัยเชิงประจักษ์ (Empirical Evidence) หรือการแสวงหาความรู้ที่ได้จากการสังเกต และทดลองผ่านประสบการณ์ แบบการศึกษาวิจัยในปัจจุบัน

ในช่วงเวลาหนึ่งของชีวิต เซโนฟาเนสมาอาศัยอยู่ที่เมืองอีเลียและได้สอนวิชาความรู้ให้กับ พาร์เมนิเดส เขาได้ผสมผสานแนวความคิดของนักปรัชญาแห่งมีเลตุส และแนวความคิดผันแปรของสรรพสิ่งของเฮราคลิตุสเกิดเป็นข้อสรุปเกี่ยวกับโลกและจักรวาลว่ามีความเกี่ยวพันกับสภาวะความเปื่อยกขึ้น และความแห้ง และได้ใช้ซากฟอสซิลของสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ (Fossil) เป็นหลักฐานสนับสนุนคำอธิบายว่าครั้งหนึ่งโลกเคยถูกปกคลุมด้วยผืนน้ำ⁴⁶ ตัวอย่างแรกของการค้นคว้าอ้างอิงโดยอาศัยหลักฐาน (Evidence-Based)

3.4 สำนักความคิดพหุนิยม (Pluralist School)

สำนักความคิดแบบพหุนิยมคงจะเรียกเป็นสำนักไม่ได้เนื่องจากเป็นการจัดกลุ่มกันขึ้นมาเองเพื่อให้ง่ายต่อการศึกษาวิเคราะห์ โดยมีจุดเกาะเกี่ยวกันอย่างหนึ่งคือความพยายามผสมผสานแนวความคิดระหว่างเฮราคลิตุสกับพาร์เมนิเดสซึ่งดูเหมือนว่าจะเชื่อในสิ่งที่ตรงกันข้ามกัน ในมุมมองของเฮราคลิตุสข้างต้น เชื่อว่าสรรพสิ่งในธรรมชาติล้วนผันแปร การผันแปรดังกล่าวเราสามารถรับรู้ และสัมผัสได้ ขณะที่พาร์เมนิเดสให้ใช้เหตุผลพิจารณาความเป็นไปของธรรมชาติ มากกว่าการใช้อารมณ์ความรู้สึกของมนุษย์ซึ่งเป็นภาพลวงตา พาร์เมนิเดสสรุปว่าไม่มีสิ่งใดในธรรมชาติที่ผันแปรไป

เอมเพโดคลีส (Empedocles) (490-430 ปีก่อนคริสตกาล)⁴⁷ เป็นนักปรัชญาที่พิสูจน์ทฤษฎีของเฮราคลิตุสและพาร์เมนิเดสแล้วว่าทฤษฎีของทั้งสองมีส่วนที่ถูกและบางส่วนที่ผิด เอมเพโดคลีสพบว่าสาเหตุของปัญหาที่มีมาจากความเชื่อของนักปรัชญาทั้งสองท่านว่าต้นกำเนิดของสรรพสิ่งทั้งปวงมาจากสิ่งใดสิ่งหนึ่ง ตรงจุดนี้เองที่เป็นช่องว่างระหว่างการใช้เหตุผลกับการรับรู้และสัมผัส⁴⁸ ฉะนั้นการใช้อารมณ์ความรู้สึกและสัมผัสอาจไม่สมเหตุสมผลในบางครั้ง ขณะที่การใช้เหตุผลก็อาจขัดกับความเป็นไปของสรรพสิ่งที่ล้วนแล้วค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงและรับรู้ได้จากการสัมผัสในบางกรณี เอมเพโดคลีสผสมผสานแนวความคิดของเฮราคลิตุสและพาร์เมนิเดส และเห็นว่าข้อสรุปของเฮราคลิตุสที่ว่าทุกสิ่งทุกอย่างเปลี่ยนแปลงไป มนุษย์จึงจำเป็นต้องเชื่อในสิ่งที่เห็น สิ่งที่รับรู้และสิ่งที่ตนสัมผัส แต่ในขณะเดียวกันไม่เชื่อว่าน้ำจะเปลี่ยนเป็นพืช สัตว์หรือสิ่งอื่นได้อย่างไร เอมเพโดคลีสจึงสรุปว่าข้อสรุปของพาร์เมนิเดสจึงถูกต้องในเรื่องนี้ ฉะนั้น จึงไม่มีสิ่งใดที่เกิดขึ้นมาแล้วจะหายไปเป็นความว่างเปล่า⁴⁹

⁴⁵Ibid.

⁴⁶Ibid.

⁴⁷ดูคำอธิบายของเอมเพโดคลีสใน Jonathan Barnes, op. cit., pp. 111-160.

⁴⁸Ibid., pp. 111-113.

⁴⁹Ibid., pp. 124-125.

เอมโพลีโดคลีสนำเสนอว่าในธรรมชาติมีส่วนประกอบสำคัญสี่อย่าง ได้แก่ น้ำ อากาศ ไฟ และดิน รวมกันเป็นปฐมธาตุทั้งสี่ (Four Classical Elements)⁵⁰ ความเป็นไปของธรรมชาติเกิดจากองค์ประกอบทั้งสี่อย่างในสัดส่วนที่หลากหลายและแตกต่างกัน และเมื่อสิ่งเหล่านั้นตายส่วนประกอบที่กลายเป็นสิ่งเหล่านั้นก็จะแตกกระจายกลายเป็นธาตุทั้งสี่อย่างดังเดิม เอมโพลีโดคลีสยกตัวอย่างไม้หรือพืชนที่กำลังไหม้ว่าเกิดการแตกกระจายของธาตุทั้งสี่ เสียงพินดัง “แคร็ก” ที่กำลังไหม้คือการแตกตัวกันของส่วนประกอบของน้ำ ขณะที่พินบางส่วนกลายเป็นไอลอยไปในอากาศ และเราเห็นไฟที่กำลังไหม้ รวมทั้งสิ่งที่คงเหลืออยู่คือเถ้าหรือส่วนประกอบของดิน ยิ่งกว่านั้น เอมโพลีโดคลีสอธิบายว่าสิ่งที่ทำให้ธาตุเหล่านั้นแตกสลายและรวมตัวกันได้คือพลัง (Forces) ในธรรมชาติที่แตกต่างกันสองสิ่ง กล่าวคือ ประการแรก “ความรัก” (Love) ซึ่งทำให้สิ่งต่าง ๆ รวมตัวกันขึ้นและประการที่สอง “ความขัดแย้ง” (Strife) ซึ่งทำให้ทุกอย่างแยกตัวกันออกไป จะเห็นได้ว่า เอมโพลีโดคลีสแยกระหว่างความแตกต่างระหว่าง “สสาร” กับ “พลังงาน”⁵¹ ซึ่งสอดคล้องกับวิทยาศาสตร์ในปัจจุบันที่อธิบายว่ากระบวนการทางธรรมชาติเป็นการปฏิสัมพันธ์กันระหว่างสสารกับพลังงาน นอกจากนี้ ยังตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับการรับรู้ต่อสิ่งต่าง ๆ ของมนุษย์ ตัวอย่างเช่น เรามองเห็นต้นไม้เป็นต้นไม้ได้อย่างไร? เอมโพลีโดคลีสกล่าวว่าเพราะนัยตาของมนุษย์มีส่วนประกอบของปฐมธาตุทั้งสี่เหมือนกับสรรพสิ่งในธรรมชาติ ฉะนั้น หากดวงตาของมนุษย์ไม่มีปฐมธาตุทั้งสี่ดังกล่าว ก็ย่อมมองไม่เห็นที่น้ำเป็นน้ำดังที่ปรากฏ ไฟเป็นไฟอย่างที่เห็น อากาศเป็นอากาศอย่างที่สัมผัส และดินเป็นสิ่งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นบนโลกอย่างที่เป็น⁵² เอมโพลีโดคลีสสรุปว่ากฎหมาย (*nomos*) จึงมิใช่เทพเจ้า (*themis*) อย่างที่เข้าใจ

อานักซาโกรัส (Anaxagoras) (500–428 ปีก่อนคริสตกาล)⁵³ นักปรัชญาอีกท่านที่จัดอยู่ในกลุ่มแนวคิดพหุนิยม ซึ่งไม่เชื่อว่าสสารใดสสารหนึ่งจะก่อให้เกิดเป็นสรรพสิ่งบนโลกได้ แต่อธิบายว่าธรรมชาติประกอบไปด้วยสิ่งเล็ก ๆ จำนวนมากที่มองไม่เห็น อานักซาโกรัสเรียกสิ่งเล็ก ๆ จำนวนมากที่มองไม่เห็นดังกล่าวว่า “อนุภาค” (Miniscule Particles) ซึ่งเป็นบางสิ่งบางอย่างที่อยู่ในทุกสรรพสิ่ง เป็นเหมือนเมล็ดพันธุ์ต้นกำเนิด โดยมีพลังบางอย่าง (Force) ที่มีโครงสร้างเป็นระเบียบคอยกำกับให้เกิดเป็นสรรพสิ่ง อานักซาโกรัสเรียกพลังดังกล่าวว่าสติปัญญา หรือ “Nous”⁵⁴

เดโมครีตัส (Democritus) (460–370 ปีก่อนคริสตกาล)⁵⁵ นักปรัชญาในยุคแรกเริ่มที่จะกล่าวถึงเป็นคนสุดท้าย และอาจจัดอยู่ในกลุ่มความคิดแบบพหุนิยม เนื่องจากเห็นว่าการผันแปร

⁵⁰Ibid., p. 125.

⁵¹Ibid., p. 145.

⁵²Ibid., pp. 155-157.

⁵³Jonathan Barnes, op. cit., pp. 185-198.

⁵⁴Ibid., pp. 187-190.

⁵⁵Ibid., pp. 203-253.

ของสรรพสิ่งในธรรมชาติมิได้เป็นเพราะสิ่งเหล่านั้นเปลี่ยนแปลงไป เดโมครีตัสสันนิษฐานว่าทุกสิ่งในธรรมชาติและจักรวาลประกอบกันขึ้นจากสิ่งที่เล็กจนมองไม่เห็นแต่ละส่วน ๆ ที่เรียกว่า “อะตอม” (Atom) หรือสิ่งที่ไม่อาจตัดขาดจากกันได้ เดโมครีตัสเชื่อว่าในธรรมชาติประกอบด้วยอะตอมที่มากมายมหาศาลโดยมีอาจนับได้ และมีรูปร่างหน้าตาที่ต่างกันออกไป บางอะตอมอาจมีรูปร่างกลม และนิ่มหรือบางอะตอมอาจมีผิวที่ไม่เรียบและขรุขระ และเมื่อแตกต่างกันจึงประกอบกันขึ้นเป็นสรรพสิ่งที่แตกต่างกัน⁵⁶ เดโมครีตัสอธิบายปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ (*nomos*) ที่มีด้านตรงกันข้ามเสมอของเฮราคลีตัสว่าเป็นเพียงความคิดเห็นหรือการอธิบายโดยปกติทั่วไป (Conventional opinion) แต่ยังมีใช่ความเป็นจริงอันแน่แท้ (Truth) เพราะความแท้จริงแล้วมีแต่เพียงอะตอมและความว่างเปล่า

อาจกล่าวได้ว่า เราไม่จำเป็นต้องรู้ว่าเหตุผลเบื้องต้นของความคิดในหมู่นักปรัชญายุคแรกเริ่มนี้เกิดขึ้นได้อย่างไร แต่เราให้ความสำคัญต่อกระบวนการคิด การแสวงหาคำตอบและการอธิบายของนักปรัชญาในยุคกรีกแรกเริ่มนี้และได้ทราบว่่านักปรัชญาดังกล่าวตั้งคำถามเกี่ยวกับความเป็นไปของธรรมชาติภายใต้กฎแห่งธรรมชาติ (Law of Nature) การคิดแบบนี้ได้แยกกระบวนการคิดของคนในสังคมกรีกโบราณที่เดิมยึดติดแบบคติความเชื่อสู่การใช้เหตุและผล ตรงจุดนี้ที่เราจะเรียกว่าเป็นการเปลี่ยนผ่านจาก Mythos ไปสู่ Logos

4. ปรัชญาเมธีอมตะ

จากยุคปรัชญาธรรมชาติสู่ยุคปรัชญาเมธีอมตะ (Classical Philosophy) นักปรัชญาในยุคนี้โดยเฉพาะโสกราตีส (Socrates) ได้เปลี่ยนแนวทางของปรัชญาจากเดิมที่อธิบายเรื่องโลกและจักรวาลสู่การอธิบายความเป็นไปของชีวิตและสังคมอย่างเป็นเหตุเป็นผล ดังที่ซีเซโร (Cicero) นักปรัชญาโรมันซึ่งมีชีวิตในช่วงประมาณ 200 ปีต่อมาได้กล่าวไว้ว่า โสกราตีสเป็นผู้ดึงปรัชญาจากโลกแห่งดวงดาวสู่โลกของมนุษย์ ในช่วงเวลาของโสกราตีส อารยธรรมต่าง ๆ ได้หลั่งไหลเข้าสู่นครรัฐเอเธนส์ (Athens) ซึ่งเป็นศูนย์กลางทางความรู้และอำนาจของกรีก โดยนับตั้งแต่ 450 ปีก่อนคริสตกาลเป็นต้นมา นครรัฐเอเธนส์มีความเจริญก้าวหน้าและความมั่งคั่งยิ่งกว่าเมืองอื่นของกรีก โดยเป็นทั้งศูนย์กลางทางการค้าและอารยธรรมที่มีความมั่นคงทางการทหารและมีการปรับใช้รูปแบบการปกครองที่ให้สิทธิพลเมืองมีส่วนร่วมในการตัดสินใจและแสดงความคิดเห็นต่อการจัดการบ้านเมืองและสังคม นับตั้งแต่สมัยโซลอน (Solon) ผู้ปกครองที่ยิ่งใหญ่ซึ่งนำพานครรัฐเอเธนส์ไปสู่การปกครองรูปแบบหนึ่งเรียกว่า “ประชาธิปไตย” (Democracy)

⁵⁶Ibid., pp. 210-212.

ความเจริญและความมั่งคั่งของนครรัฐเอเธนส์ ส่งผลให้ผู้คนจำนวนมากหลั่งไหลและอพยพเข้ามาอาศัยอยู่ในนครรัฐเอเธนส์ และในบรรดากลุ่มคนที่อพยพเข้ามา มีนักปรัชญาอยู่กลุ่มหนึ่งได้กลายเป็นที่ยอมรับเป็นอย่างมากในแวดวงชนชั้นสูงของกรีก นักปรัชญากลุ่มดังกล่าวเรียกตนเองว่า “โสฟิสต์” (Sophists)⁵⁷ หรือผู้มีปัญญา นักปรัชญากลุ่มโสฟิสต์ที่มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับเป็นอย่างมาก อาทิ โพรทาгорัส (Protagoras) (490–420 ปีก่อนคริสตกาล) เจ้าของแนวคิด “มนุษย์คือมาตรวัดของทุกสิ่ง” (Of All Thing Man Is The Measure)⁵⁸

เหตุที่นักปรัชญาโสฟิสต์เป็นที่ยอมรับในสังคมกรีกเป็นอย่างมากก็เพราะโสฟิสต์คือครูผู้สอนวิชาความรู้ให้แก่บรรดาชนชั้นสูงหรือกลุ่มคนชนชั้นนำของกรีก และเป็นผู้ถ่ายทอดศาสตร์แห่งการโน้มน้าว (Art of Rhetoric) ซึ่งถือเป็นศาสตร์สำคัญในการโน้มน้าวผู้อื่นหรือใช้โต้เถียงฝ่ายตรงข้ามด้วยถ้อยคำที่กินใจฟังแล้วสมเหตุสมผล ศาสตร์แห่งการโน้มน้าวจึงเป็นการฝึกและพัฒนาวาทศิลป์ของพลเมืองชาวเอเธนส์ในยุคสมัยนั้น และมีความสำคัญต่อการปกครองแบบประชาธิปไตยที่ต้องอาศัยเสียงของบุคคลอื่นในการสนับสนุน⁵⁹ จะเห็นได้ว่า การสอนวิชาความรู้ของโสฟิสต์แตกต่างกับทรัพย์สินหรือค่าตอบแทน จึงทำให้ผู้มีฐานะหรือกลุ่มบุคคลในครอบครัวที่มีฐานะเท่านั้นที่จะได้รับความรู้ กลุ่มโสฟิสต์จึงมีอิทธิพลในหมู่ชนชั้นนำของกรีก มีความร่ำรวยและความเป็นอยู่ที่หรูหรากว่านักปรัชญาอื่นเป็นอย่างมาก กล่าวได้ว่าโสฟิสต์คือผู้พัฒนาความคิดและสติปัญญาของกลุ่มชนชั้นนำกรีกในยุคสมัยนั้น

4.1 โสกราตีส

โสกราตีส (Socrates) (470–399 ปีก่อนคริสตกาล) ประนามวิธีการของกลุ่มโสฟิสต์เป็นอย่างมาก ในมุมมองของโสกราตีส การแสวงหาความรู้ก็เพื่อค้นพบสัจธรรมหรือความจริงแห่งชีวิตมากกว่าจะเป็นไปเพื่อการได้มาซึ่งทรัพย์สินเงินทองและความสุขสบาย หรือเป็นการใช้คำพูดเพื่อโน้มน้าวบุคคลอื่นหรือเพื่อเอาชนะ เป็นที่น่าเสียดายว่าผลงานของโสกราตีสมิได้มีการจดบันทึกไว้ หรือผลงานของกลุ่มโสฟิสต์เองก็เช่นเดียวกันที่ปัจจุบันเหลือรอดจนแต่เพียงบางส่วน สำหรับโสกราตีสแม้จะมีได้จดบันทึกคำพูดใด ๆ ไว้ แต่เราสามารถศึกษาแนวความคิดของโสกราตีสผ่านผลงานของนักปรัชญารุ่นหลัง โดยเฉพาะผลงานของเพลโตซึ่งกล่าวถึงคำพูดของโสกราตีสไว้มาก เราไม่อาจทราบได้เลยว่าคำพูดและแนวความคิดของโสกราตีสที่ปรากฏในผลงานของเพลโต เป็นคำพูดจากปากของโสกราตีสเองหรือเป็นเพียงความคิดของเพลโต เราทราบแต่ที่ว่าเพลโตได้พรรณนาและถ่ายทอดความรู้ของโสกราตีส

⁵⁷ คำอธิบายเกี่ยวกับนิติปรัชญาโสฟิสต์อย่างละเอียดปรากฏในงานเขียนเพียงชิ้นเดียวของวงการนิติศาสตร์ไทย โดยเฉพาะในหนังสือของศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดิม, หน้า 53–65.

⁵⁸ ดูทฤษฎีดังกล่าวใน Plato, *Protagoras and Meno* (London: Penguin Books, 2005).

⁵⁹ Herrick James, *The History of Theory of Rhetoric: An Introduction* (Boston: Allyn and Bacon, 2005), p. 103.

ให้แก่คนรุ่นหลังในลักษณะบทสนทนาของโสกราตีส (Socratic dialogue) สำหรับผลงานของกลุ่มโสพิตส์ก็เช่นเดียวกัน⁶⁰ ที่เราสามารถศึกษาแนวคิดของกลุ่มโสพิตส์ผ่านงานเขียนของเพลโต⁶¹ และ อริสโตเติล⁶² อย่างไรก็ตาม ทั้งเพลโตและอริสโตเติลต่างไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดของโสพิตส์ แนวความคิดของกลุ่มโสพิตส์จึงถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก ฉะนั้น จึงไม่น่าประหลาดใจว่าเพราะเหตุใด นิติปรัชญาของกลุ่มโสพิตส์ไม่เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลายและตกอยู่ภายใต้ร่มเงาของนักปรัชญาทั้งสามท่าน

หนึ่งในปรัชญาที่ได้จากโสกราตีสคือกระบวนการคิดและวิธีการ โสกราตีสใช้วิธีการตั้งคำถาม เพื่อแสวงหาคำตอบต่อสิ่งต่าง ๆ (Dialectic method) โดยไม่พยายามถ่ายทอดความรู้ความเข้าใจแบบนักปรัชญาท่านอื่น กล่าวคือ ไม่ทำตนเป็นครูผู้สอนแต่จะใช้วิธีตั้งคำถามด้วยความไม่รู้และถามไปจนกว่าผู้เรียนจะตระหนักด้วยตนเอง ฉะนั้น คำถามส่วนใหญ่จึงเป็นคำถามที่ยั่วให้เกิดกระบวนการคิดหรือกระตุ้นให้ใช้สามัญสำนึก (Common sense) จนเกิดความเข้าใจอย่างถ่องแท้ด้วยตนเอง ตัวอย่างเช่น ความยุติธรรมคืออะไร? จะเห็นได้ว่า คำถามเช่นนี้เป็นคำถามปลายเปิดที่เข้าใจง่ายแต่ให้คำตอบได้ยาก ผู้ตอบจำเป็นต้องมีความรู้และสติปัญญาจึงจะตอบได้ดี เชื่อกันว่ามีคนไปถามเทพีแห่งการพยากรณ์ ผู้หยั่งรู้ว่ามีผู้ใดจะฉลาดยิ่งกว่าโสกราตีสอีกหรือไม่ เทพีแห่งการพยากรณ์ก็ตอบไปว่าในโลกนี้ไม่มีผู้ใดฉลาดไปกว่าโสกราตีสอีกแล้ว คำบอกเล่าดังกล่าวปรากฏในงานเขียนของเพลโตเรื่อง “คำขอโทษของโสกราตีส” (Apology)⁶³ แต่หากไปถามโสกราตีสคงจะตอบว่า “I know that I know nothing” คำพูดที่ติดปากของโสกราตีส ซึ่งแปลได้ว่า โสกราตีสรู้อย่างเดียวว่าตนเองไม่รู้อะไรเลย หากพิจารณาวลีดังกล่าวแล้ว ก็จะเข้าใจได้ว่าที่โสกราตีสไม่รู้ แท้จริงแล้วโสกราตีสรู้ หรือโสกราตีสอาจหมายถึง ถ้ารู้แบบผิด ๆ ก็คือไม่รู้อะไรเลย คำพูดของโสกราตีสอาจฟังดูขัดแย้งกันเองแต่ที่จริงแล้วไม่ขัด (Paradox) เราเรียกวิธีการดังกล่าวว่า “วิธีการสอนแบบโสกราตีส” (Socratic method) ซึ่งมีอิทธิพลต่อการเรียนการสอนในสังคมตะวันตกจนถึงปัจจุบัน มหาวิทยาลัยชั้นนำของโลกมีการเรียนการสอนที่ผสมผสานวิธีการดังกล่าว

ไม่เพียงแต่วิธีการสอนที่แตกต่างจากนักปรัชญาในยุคก่อน โสกราตีสยังเชื่อว่าหลักปรัชญาของนักปรัชญาธรรมชาติในยุคก่อนเป็นเรื่องที่ไกลตัวมนุษย์และสังคมไปมาก สิ่งที่โสกราตีสให้ความสนใจเป็นอย่างมากคือเรื่องของความยุติธรรมในสังคม คุณธรรม ความกล้าและสัจธรรมหรือความเป็นจริงแห่งชีวิต ซึ่งกลายเป็นแนวคิดที่หล่อหลอมสังคมของกรีก อาจกล่าวได้ว่า โสกราตีสคือนักปรัชญาคนแรก

⁶⁰ผลงานของโสพิตส์ศึกษาเพิ่มเติมได้ใน John Dillon and Tania Gergel, *The Greek Sophists* (London: Penguin Books, 2003). ซึ่งแปลผลงานที่เหลือรอดในปัจจุบันของโสพิตส์เป็นภาษาอังกฤษแบบตรงตัว.

⁶¹Plato, *Protagoras and Meno* (London: Penguin Books, 2005).

⁶²Herrick James, *The History of Theory of Rhetoric: An Introduction* (Boston: Allyn and Bacon, 2005), p. 103.

⁶³Plato, *Socrates' Defence* (London: Penguin Books, 2005).

ที่กล่าวถึงเรื่องจริยศาสตร์ (Ethic) หรือปรัชญาคุณธรรม (Moral philosophy) ซึ่งมีความสัมพันธ์กับนิติปรัชญา⁶⁴

การตั้งคำถามเรื่องคุณธรรม ความยุติธรรม และความกล้าของโสกราตีสแฝงไปด้วยเรื่องความดีกับความชั่ว สิ่งที่ถูกต้องและไม่ถูกต้อง คุณธรรมคือ ความรู้ และความรู้ที่สำคัญที่สุดคือความรู้ว่าด้วยการมีชีวิตที่ดี (Eudaimonia) อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็นการมีชีวิตที่ดี สำหรับบุคคลทั่วไป คงหมายถึงชีวิตที่มีความสุข ความสะดวกสบาย และความพึงพอใจ แต่สำหรับโสกราตีสการมีชีวิตที่ดีคงมิได้หมายความว่ามีความสุขทางกาย ซึ่งเกิดจากการรับรู้และสัมผัสเพียงอย่างเดียว แต่รวมถึงการมีชีวิตที่ตระหนักรู้ว่าอะไรถูกอะไรผิด (ความยุติธรรม) ชีวิตที่มีเกียรติและศักดิ์ศรีและชีวิตที่มีความภูมิใจ ซึ่งเป็นคุณค่าของการมีชีวิตที่ดีอย่างแท้จริง การมีชีวิตที่ดีได้กลายเป็นประเด็นสำคัญในสังคมกรีกและกลายเป็นจุดศูนย์รวมความสนใจของผู้คนในยุคต่อมา⁶⁵ ปัจจุบันองค์การสหประชาชาติได้ให้ความสำคัญกับประเด็นดังกล่าวว่าเป็นปัจจัยสำคัญต่อการพัฒนาประเทศ ฉะนั้น ระดับการพัฒนาจึงไม่ได้วัดแต่เพียงฐานะทางเศรษฐกิจ แต่จำเป็นต้องคำนึงถึงการมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชนในประเทศด้วยเช่นกัน⁶⁶

ดูเหมือนว่าโสกราตีสจะยึดมั่นในเรื่องความยุติธรรมเป็นอย่างมาก แล้วความยุติธรรมในมุมมองของโสกราตีสคืออะไร? ดังได้กล่าวข้างต้นว่า สังคมกรีกได้นำการปกครองรูปแบบประชาธิปไตยมาปรับใช้ ชาวกรีกชอบในเรื่องสัญลักษณ์เป็นอย่างมากและสัญลักษณ์ที่ยอดเยี่ยมที่สุดของประชาธิปไตยก็คือการยกมือหนึ่งคนหนึ่งเสียงในที่สาธารณะเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลาย แต่ต้องจำไว้อย่างหนึ่งว่าคนเหล่านั้นมีมือถืออยู่ในมืออีกข้างหนึ่งนั่นคือความหมายของเสียงข้างมากในยุคสมัยนั้น ฉะนั้นความถูกต้องหรือความยุติธรรมจึงเป็นผลประโยชน์ของผู้ที่แข็งแกร่งกว่า (Might is right)⁶⁷ ซึ่งเป็นความเชื่อของชาวกรีกในยุคนั้น โสกราตีสไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดดังกล่าว และทำให้โสกราตีสขัดแย้งกับผู้มีอิทธิพลและผู้ปกครองของนครรัฐเอเธนส์ ในปีที่ 399 ก่อนคริสตกาล โสกราตีสถูกกล่าวหาว่าทำให้ศีลธรรมของเยาวชนเสื่อมทรามจนเสียคน ไม่เคารพต่อเทพเจ้า อีกทั้ง ยังได้สร้างเทพเจ้าขึ้นมาใหม่ คณะลูกขุนเสียงข้างมากซึ่งมาจากประชาชนทำหน้าที่ตัดสินพิพากษาว่าโสกราตีสมีความผิดจริงและให้ลงโทษประหารชีวิตด้วยการดื่มยาพิษ (Hemlock) โสกราตีสได้รับโอกาสที่จะมีชีวิตรอดอยู่ได้ด้วยการ

⁶⁴ดูตัวอย่างแนวคิดปรัชญาคุณธรรม อาทิ อัดัม สมิธ (Adam Smith) ใน ปวริศร เลิศธรรมเทวี, “เศรษฐกิจการเมืองในโลกของนิติปรัชญา,” **บทบัณฑิตย** 79, 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2566): 1-44.

⁶⁵ปวริศร เลิศธรรมเทวี, “นิติปรัชญาโรมัน,” **บทบัณฑิตย** 78, 1 (มกราคม-มีนาคม 2565): 26-64.

⁶⁶เรียกว่า “การพัฒนาสังคมโดยมีคนเป็นศูนย์กลาง” (Human Development) ดู ปวริศร เลิศธรรมเทวี, “หลักและทฤษฎีสิ่งแวดล้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 44, 2 (มิถุนายน 2558): 443-467.

⁶⁷Plato, **The Republic** (London: Penguin Books, 2007), pp. 3-25.

กลับคำพูดว่าคำสอนต่าง ๆ ของตนไม่เป็นความจริง อย่างไรก็ตาม ประวัติศาสตร์บางครั้งเป็นเรื่องที่โหดร้าย แต่บางครั้งเรื่องที่โหดร้ายก็เพื่อให้ประวัติศาสตร์เดินต่อไปได้ ไสกราตีสเชื่อว่า “The Unexamined Life Is Not Worth Living” หรือคุณค่าของชีวิตคือการตระหนักรู้ว่าชีวิตคืออะไร กำลังทำอะไรและดำรงอยู่เพื่อเหตุผลใด เป็นวาทะอันโด่งดังในวาระสุดท้ายของไสกราตีสและได้ตีพิมพ์มาจนถึงแก่ความตาย⁶⁸ ตรงจุดนี้เราได้เห็นพัฒนาการของกฎหมายในยุคกรีกโบราณแล้วว่าเปลี่ยนแปลงไปจาก วิถีชีวิต (Way of life) โดยกฎหมาย (nomos) เป็นของขวัญจากเทพเจ้า และกฎหมาย (nomos) ที่เป็นกฎเกณฑ์ในธรรมชาติ (Law of nature) เป็นกฎเกณฑ์ที่มนุษย์สร้างขึ้นหรือกฎเกณฑ์ที่บังคับใช้ในสังคม (Human invention) เรื่องราวของไสกราตีสดังที่ปรากฏในบทประพันธ์ของเพลโต นับเป็นสิ่งสำคัญที่สะท้อนให้เห็นถึงมุมมองต่อกฎหมาย การเชื่อฟังหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่เห็นว่าไม่เป็นธรรม

4.2 เพลโต

ความตายของไสกราตีสผู้เป็นอาจารย์มีผลต่อแนวคิดทางปรัชญาของเพลโต (Plato) (428–348 ปีก่อนคริสตกาล) ผู้สร้างทฤษฎีอมตะอันโด่งดังที่ถูกกล่าวขวัญจนถึงปัจจุบันคือทฤษฎี “กษัตริย์นักปรัชญา” หรือ “ราชานักปราชญ์” (Philosopher’s King)⁶⁹ ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

รากฐานแนวคิดของเพลโตมาจากนักปรัชญาในยุคก่อน ฉะนั้น แนวคิดของเพลโตจึงสัมพันธ์กับแนวคิดปรัชญาธรรมชาติของนักปรัชญาในยุคก่อนไสกราตีสเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะแนวคิดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสิ่งที่ผันแปร กับสิ่งที่ไม่มีทางเปลี่ยนแปลงไปได้หรือเป็นนิรันดร์ หากเราพิจารณาแนวคิดเรื่องความยุติธรรมของโสฟิตส์กับไสกราตีสข้างต้นแล้วจะพบว่า ด้านหนึ่งของแนวคิดกลุ่มโสฟิตส์และไสกราตีสเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับสังคม แต่อีกด้านหนึ่งเราจะเห็นว่าทั้งโสฟิตส์และไสกราตีสได้ใช้หลักคิดปรัชญาธรรมชาติมาอธิบายความเป็นไปของมนุษย์และสังคม ฉะนั้น ความยุติธรรมในมุมมองของโสฟิตส์ซึ่งมีอิทธิพลต่อแนวคิดของชนชั้นปกครองของกรีกขึ้นอยู่กับกาลเวลาและสถานที่ ความยุติธรรมจึงขึ้นอยู่กับตัวของบุคคลและเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย บางเรื่องอาจเป็นสิ่งที่ถูกต้องหรือเป็นธรรมในที่หนึ่งแต่อาจไม่ใช่เรื่องที่ต้องการในอีกที่หนึ่ง ฉะนั้น ความยุติธรรมจึง “ผันแปร”⁷⁰

⁶⁸Plato, *Socrates’ Defence* (London: Penguin Books, 2005).

⁶⁹ปรากฏในผลงานของเพลโตเรื่อง “Politeia” ซึ่งเป็นคำในภาษากรีกโบราณแปลได้หลายความหมาย โดยมีความหมายตั้งแต่สิทธิของพลเมืองไปจนถึงรูปแบบรัฐ ปัจจุบันใช้คำดังกล่าวเป็น “รัฐธรรมนูญ” (Constitution) อย่างไรก็ตาม ผลงานดังกล่าวถูกแปลและรู้จักกันในชื่อของ “Republica” หรือในภาษาอังกฤษ “The Republic” ซึ่ง ส. ศิวรักษ์ แปลคำนี้โดยใช้คำว่า “อุดมรัฐ” ในภาษาไทยดู สุลักษณ์ ศิวรักษ์, *ไสกราตีส* (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2523) และดู Plato, *The Republic* (London: Penguin Books, 2007), pp. 3-25.

⁷⁰Plato, *Socrates’ Defence* (London: Penguin Books, 2005).

จากคนหนึ่งสู่อีกคนหนึ่งหรือจากคนรุ่นหนึ่งกับอีกรุ่นหนึ่ง ทราบกันดีว่าโสกราตีสไม่เห็นด้วยกับแนวคิดของโสฟิสต์ แต่เชื่อว่าความยุติธรรมไม่ขึ้นอยู่กับกาลเวลา สถานที่หรือความเห็นของบุคคล ฉะนั้นความยุติธรรมจึง “ไม่ผันแปร” แต่มีบรรทัดฐานเพียงหนึ่งเดียวที่จะชี้ว่าสิ่งใดถูกหรือสิ่งใดผิด โสกราตีสยังเชื่อว่าเหตุผลที่แท้จริงของมนุษย์เรานั้นเป็นสิ่งที่ไม่ผันแปร หรือความจริงก็คือความจริงเป็นสัจนิรันดร์ มนุษย์จึงแสวงหาความหมายของความยุติธรรมได้ด้วยการใช้จิตสำนึกพิจารณาและให้เหตุผลก็จะเข้าใจว่าอะไรคือความยุติธรรมที่แท้จริงเป็นบรรทัดฐานเดียวกัน⁷¹ แต่สำหรับเพลโต มิได้แยกทั้งสองสิ่งออกจากกัน (Immutable) แต่ถือว่าสิ่งที่ไม่ผันแปรในธรรมชาติ กับสิ่งที่ไม่ผันแปรในลักษณะของศีลธรรมของมนุษย์และสังคมเป็นโลกคู่ขนานที่สัมพันธ์และเป็นเรื่องเดียวกัน เพลโตพยายามอธิบายสิ่งที่เราเรียกว่า “สภาวะที่แท้จริง” (Reality)⁷² หรือโลกแห่งความเป็นจริงนิรันดร์ ฉะนั้น สภาวะที่แท้จริงในโลกแห่งธรรมชาติกับสภาวะที่แท้จริงในโลกแห่งศีลธรรมของมนุษย์และสังคมเป็นเรื่องหรือสิ่งเดียวกัน และเป็นนิรันดร์โดยมีอาจแยกขาดจากกันได้

เพลโตได้อธิบายแนวคิดเรื่องสภาวะที่แท้จริงหรือโลกแห่งความเป็นจริงนิรันดร์ผ่านแนวคิดเรื่องโลกแห่งไอเดีย (World of Ideas)⁷³ เพลโตเห็นว่าเมื่อสรรพสิ่งล้วนผันแปร ก็ต้องมีบางสิ่งบางอย่างที่ไม่ผันแปรเปลี่ยนแปลงไป เช่นเดียวกับแนวคิดของเอมโปกุคลิสเรื่องปฐมธาตุทั้งสี่ หรือทฤษฎีอะตอมของเดโมครีตัส ในมุมมองที่ทุกสรรพสิ่งประกอบด้วยส่วนประกอบดังกล่าวที่ไม่อาจแยกขาดจากกันได้ แต่ในมุมมองของเพลโตสิ่งต่าง ๆ เป็นนิรันดร์ที่ไม่อาจแยกขาดจากกันได้ แนวคิดของเพลโตจึงแตกต่างจากแนวคิดของนักปรัชญาธรรมชาติทั้งสองท่านในรายละเอียดอย่างสิ้นเชิง สำหรับเพลโตแล้วทุกสรรพสิ่งในธรรมชาติที่สัมผัสได้ล้วนผันแปร ฉะนั้น ทุกสิ่งทุกอย่างที่ประสาทสัมผัสได้ล้วนผันแปรหรือเปลี่ยนแปลงสภาพไปได้ เพลโตเรียกสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ว่าโลกแห่งวัตถุ (Material World)⁷⁴ แต่สิ่งต่าง ๆ ที่มีได้ปรากฏอยู่ในโลกแห่งวัตถุคือสภาวะที่แท้จริง เป็นโลกแห่งความจริงที่เป็นนิรันดร์⁷⁵ ยกตัวอย่างเช่น โຕะ ทำไมเราจึงเข้าใจว่าเป็นโຕะเหมือนกันทั้งที่โຕะมีรูปร่างหรือการออกแบบที่แตกต่างกัน โຕะบางตัวอาจมีสีขาสองขาหรือเพียงขาเดียวแต่เราก็เข้าใจว่าเป็นโຕะ หรือแม้กระทั่งกาลเวลาผ่านไป โຕะก็อาจเสื่อมสภาพหรือบอบสลายไปตามกาลเวลา โຕะจึง “ผันแปร” เราก็ยังเข้าใจว่าเป็นโຕะ หรือตัวอย่างเช่น ม้าซึ่งมีสีขาเหมือนกับสัตว์ชนิดอื่น แต่ทำไมเราเข้าใจได้ทันทีว่าม้าคือม้าทั้งที่จริงแล้วม้าแต่ละตัวมีสีขน ชนิดหรือขนาดที่แตกต่างกัน ทำไมเราไม่เข้าใจว่าสัตว์อื่น ๆ ที่มีสีขาคือม้าแบบเดียวกันกับที่เราเข้าใจว่าม้าคือ

⁷¹Plato, *The Last Days of Socrates* (London: Penguin Books, 1993), pp. 69-92.

⁷²Plato, *Timaeus and Critias (360th BC)* (London: Penguin Books, 2008).

⁷³Ibid., p. 29c.

⁷⁴Ibid., p. 29d.

⁷⁵Ibid., p. 29b.

ม้าเหมือน ๆ กัน อีกตัวอย่างหนึ่งเช่นการลากเส้นเป็นวงกลม แม้เส้นที่วาดไม่สวยหรือไม่เป็นสัดส่วน วงกลมที่สมบูรณ์ แต่ทำไมเราจึงเข้าใจได้ว่าเป็นวงกลม เพลโตอธิบายว่ามีบางสิ่งบางอย่างที่โต๊ะ ม้าหรือสรรพสิ่งมีเหมือนกันและบางสิ่งบางอย่างนั้นทำให้เราเข้าใจว่าเป็นโต๊ะ เป็นม้าหรือเป็นสิ่งต่าง ๆ แบบเดียวกัน เพลโตเรียก “บางสิ่งบางอย่าง” ว่าเป็น “แบบ” (Form) ที่อยู่เบื้องหลังของสิ่งต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในโลกแห่งไอเดียซึ่งเป็นสถานะที่แท้จริง หรือโลกแห่งความจริงที่เป็นนิรันดร์⁷⁶ ตรงจุดนี้เอง ที่ความหมายของการไม่ผันแปร (เป็นนิรันดร์) และแยกขาดจากกันได้ของเพลโตแตกต่างจากความหมาย เกี่ยวกับปฐมธาตุทั้งสี่ของเอมพิโดคลีส หรือความหมายของสสารที่มีอาจแยกขาดจากกันได้ตาม แนวคิดเรื่องอะตอมของเดโมครตัส กล่าวได้ว่า เบื้องหลังของโต๊ะ ม้า หรือสิ่งต่าง ๆ จะมีแบบของ โต๊ะที่เป็นไอเดีย แบบของม้าที่เป็นไอเดีย หรือแบบของสรรพสิ่งต่าง ๆ ซึ่งเป็นไอเดียเป็น “สถานะ ที่แท้จริง” เบื้องหลังโลกแห่งวัตถุ เราเรียกแนวคิดของเพลโตว่า “ทฤษฎีแบบ” (Theory of Forms) หรือ “ทฤษฎีแห่งไอเดีย” (Theory of Ideas) เหตุใดเพลโตจึงมีแนวคิดเช่นนี้ เพลโตอธิบายว่าสิ่งต่าง ๆ ที่เราเห็น สัมผัสหรือจับต้องได้ด้วยการรับรู้จากประสาทสัมผัสล้วนไม่จริงยั่งยืน ไม่ช้าหรือเร็วมนุษย์ และสัตว์ หรือสรรพสิ่งต่าง ๆ ก็ย่อมเสื่อมสลายไป ฉะนั้น ในสถานะที่สรรพสิ่งล้วนไม่จริงยั่งยืน (ผันแปร) เราไม่อาจทราบได้เลยว่าความรู้ที่เรามีที่เราเข้าใจคือความรู้ที่แท้จริง ความรู้ดังกล่าวเป็นเพียง แค่ความคิดเห็นต่อสิ่งต่าง ๆ ในโลกแห่งวัตถุ แต่ความรู้ที่แท้จริงเราจะทราบได้ด้วยการใช้เหตุผลพิจารณา⁷⁷

สถานะที่แท้จริงหรือโลกแห่งความเป็นจริงนิรันดร์ของเพลโต แบ่งออกเป็นสองส่วนด้วยกัน เป็นโลกคู่ขนานที่สัมพันธ์กัน กล่าวคือ โลกแห่งความรู้สึก (World of Sense) ซึ่งความรู้ก็เกิดขึ้นจาก การใช้ประสาทสัมผัส ความรู้ดังกล่าวเป็นความรู้ที่ยังไม่สมบูรณ์ ไม่จริงแท้เป็นเพียงแค่ความคิดเห็น ต่อสรรพสิ่งต่าง ๆ เท่านั้น ขณะที่อีกโลกหนึ่งคือ โลกแห่งไอเดีย (World of Ideas) มนุษย์สามารถมีความรู้ที่แท้จริงได้ (True Knowledge) ด้วยการให้เหตุผลและผลพิจารณา อย่างไรก็ตาม โลกแห่งไอเดีย ดังกล่าวไม่อาจรับรู้ได้ด้วยการใช้ประสาทสัมผัส เพลโตอธิบายว่าการเป็นมนุษย์ประกอบไปด้วยสองส่วน เช่นเดียวกัน เหมือนโลกสองใบที่อยู่กันคนละมิติแต่แยกจากกันได้ ได้แก่ ร่างกาย (Body) และ จิตวิญญาณ (Soul) ร่างกายของมนุษย์ผูกติดอยู่กับโลกแห่งวัตถุซึ่งล้วนผันแปร ร่างกายของมนุษย์ จึงไม่ใช่สิ่งที่ยั่งยืน เช่นเดียวกับทุกสิ่งบนโลก การรับรู้ด้วยประสาทสัมผัสของมนุษย์จึงไม่ใช่ความรู้ ที่จริงแท้ ขณะที่อีกส่วนหนึ่งคือจิตวิญญาณ โดยจิตวิญญาณแตกต่างจากร่างกายตรงที่จิตวิญญาณ ไม่ผันแปร แต่เป็นอมตะ (Immortal Soul) หรือเป็นนิรันดร์ และถูกกำกับด้วยเหตุและผล⁷⁸ จิตวิญญาณดังกล่าวนี้จึงอยู่ในโลกแห่งไอเดียและเกิดขึ้นมาตั้งแต่ก่อนที่จะมีร่างกาย เมื่อจิตวิญญาณ เข้าไปอาศัยอยู่ร่างกายและถูกปลุกให้ตื่นขึ้น ความทรงจำต่าง ๆ ในโลกแห่งไอเดียก็จะจางหายไป

⁷⁶Ibid., p. 29c.

⁷⁷Ibid., p. 28a.

⁷⁸Plato, *The Republic* (London: Penguin Books, 2007), pp. 353-355.

แต่เมื่อมนุษย์เริ่มเติบโตขึ้นและพบกับสิ่งต่าง ๆ ความทรงจำดังกล่าวก็จะค่อยปลุกเร้าให้จิตวิญญาณนั้นตื่นรู้ ฉะนั้น การที่เราเห็นโต๊ะ แม้จะไม่ใช่โต๊ะที่สมบูรณ์แบบ ภาพของโต๊ะในโลกแห่งวัตถุก็เพียงพอที่จะปลุกความทรงจำของแบบของโต๊ะในโลกแห่งไอเดียให้ตื่นขึ้นอีกครั้ง การตื่นรู้ดังกล่าวได้ปลุกเร้าให้มนุษย์มุ่งแสวงหาความจริงและกระตุ้นให้จิตวิญญาณกระหายที่จะเข้าสู่โลกแห่งความเป็นจริงเพลโตเรียกความกระหายของจิตวิญญาณดังกล่าวว่า “อีรอส”⁷⁹ หรือความรักดังกล่าวข้างต้น

เพลโตขยายความแนวคิดดังกล่าวด้วยการยกตัวอย่างเรื่องถ้ำ (Allegory of the Cave)⁸⁰ เพื่ออธิบายให้เห็นภาพว่ามนุษย์คิดว่าสิ่งที่รับรู้คือความจริงเหมือนกับการรับรู้ของคนในถ้ำที่เข้าใจว่าเงาคือสิ่งที่แท้จริง (Earthly Knowledge Is But Shadow)⁸¹ โดยสมมติว่ามีถ้ำที่ลึกประมาณหนึ่งจนไม่มีแสงอาทิตย์ส่องถึงมีเพียงกองไฟที่ให้แสงสว่างแก่ถ้ำ การรับรู้ของมนุษย์ก็เปรียบเสมือนคนที่อาศัยอยู่ในถ้ำที่ถูกพันธนาการไว้ตั้งแต่กำเนิด ผู้คนเหล่านั้นไม่อาจขยับตัวไปทางไหนได้มองได้แต่เพียงผนังของถ้ำ ด้านหลังผู้คนเหล่านั้นยังมีผนังที่สูงขึ้นไป ด้านบนยังมีกองไฟที่เป็นต้นกำเนิดแสงสว่างของถ้ำ ผู้คนในถ้ำย่อมไม่อาจทราบได้ว่าที่มาของแสงเป็นเพราะกองไฟ เนื่องจากตนเองไม่เคยมองไปทางไหนหรือมองขึ้นไปด้านบน ผู้คนในถ้ำเห็นแต่เพียงภาพตรงด้านหน้าที่เป็นผนังของถ้ำ ด้านนอกของถ้ำยังมีผู้คนภายนอกถือของเป็นรูปต่าง ๆ เดินผ่านไปมา เมื่อผ่านกองไฟจึงทำให้เกิดเป็นเงาตกสู่ด้านล่างเป็นภาพเงาขึ้นมาที่ผนังถ้ำ ผู้คนในถ้ำย่อมเข้าใจแต่เพียงว่าเงาคือความเป็นไปที่แท้จริง (Reality) หากคนในถ้ำหลุดพ้นจากพันธนาการ สิ่งแรกที่ทำย่อมคือการมองไปรอบ ๆ ด้าน คนในถ้ำผู้นั้นก็จะทราบทันทีว่ากองไฟคือต้นเหตุแห่งเงา ทราบทันทีว่าผู้คนตรงปากถ้ำคือที่มาของเงา และหากผู้นั้นปีนออกจากถ้ำสู่โลกภายนอก ก็คงจะเป็นครั้งแรกที่คนผู้นั้นได้พบกับสรรพสิ่งในธรรมชาติ สีสนสวยสดงดงามหรือรูปทรงและภาพที่มีความชัดเจนยิ่งกว่าแสงเงา ผู้นั้นก็ย่อมจะตะลึงไปกับความสวยงามของทุกสรรพสิ่งในโลกแห่งความเป็นจริง ผู้นั้นเลือกที่จะไปสู่อิสรภาพได้แต่เลือกที่จะกลับเข้ามาในถ้ำเพื่อช่วยเหลือผู้คนเหล่านั้นและบอกกับพวกเขาว่าสิ่งที่เห็นนั้นไม่ใช่ความจริง เป็นเพียงภาพสะท้อนของทุกสิ่งในโลกแห่งความเป็นจริงนิรันดร์ ผู้คนในถ้ำต่างไม่เชื่อที่ผู้นั้นพูด เพราะเชื่อแต่ในสิ่งที่เห็นคือภาพของแสงเงาในถ้ำ และสุดท้ายผู้คนในถ้ำจึงฆ่าผู้นั้นถึงแก่ความตาย เพลโตอุปมาอุปมัยว่าโสกราตีสเป็นคนในถ้ำที่หลุดพ้นพันธนาการและออกไปจากถ้ำจนเห็นโลกแห่งความเป็นจริงนิรันดร์ แต่ยังยินดีกลับมาช่วยเหลือผู้คนในถ้ำจนถูกฆ่าตาย⁸² อาจกล่าวได้ว่า เพลโตยกย่องโสกราตีสผู้เป็นอาจารย์ว่าเป็นศาสดาที่อุทิศตัวเพื่อช่วยเหลือผู้คน

⁷⁹ Ibid., p. 358.

⁸⁰ Ibid., pp. 240-243.

⁸¹ Ibid., p. 240.

⁸² Ibid., p. 243 (517a).

แนวคิดดังกล่าวข้างต้นของเพลโต เป็นรากฐานสำคัญของทฤษฎีกษัตริย์นักปราชญ์อันโด่งดัง ในผลงานเรื่อง “อูทมรัฐ” (The Republic)⁸³ ซึ่งกล่าวถึงรัฐในอุดมคติ เพลโตอธิบายรัฐในอุดมคติ โดยเปรียบเทียบกับร่างกายของมนุษย์ กล่าวคือ ร่างกายของมนุษย์มีส่วนประกอบที่สำคัญสามส่วน ได้แก่ หัว อกและท้อง แต่ละส่วนของร่างกายจะมีจิตวิญญาณอาศัยอยู่ เหตุผล (Reason) จึงอยู่ตรงส่วนหัว ขณะที่ความตั้งใจ (Will) อยู่กับส่วนอก และความอยาก (Appetite) อยู่ในส่วนท้อง⁸⁴ และจิตวิญญาณในแต่ละส่วนจะมีคุณธรรมกำกับอยู่ ฉะนั้น เหตุผลจึงต้องมาควบคุมกับปัญญา (Wisdom) ความตั้งใจจึงควบคุมกับความกล้า (Courage) ขณะที่ความอยากจำเป็นต้องกำกับด้วยความยับยั้งชั่งใจ (Temperance) และเมื่อทั้งสามส่วนของร่างกายทำหน้าที่อย่างสมดุลและเป็นหนึ่งเดียวกันเราจะได้บุคคลที่มีคุณธรรม รัฐ (State) ก็เช่นเดียวกันที่ประกอบไปด้วยสามส่วน ส่วนหัวเปรียบได้กับผู้ปกครอง (Ruler) ขณะที่ส่วนอกคือนักรบ (Warriors) หรือทหาร⁸⁵ และส่วนท้องคือแรงงาน (Labors) อาทิ เกษตรกรชาวนา เป็นต้น⁸⁶ รัฐในอุดมคติของเพลโตจึงคือการแบ่งงานกันทำ (Division of Labors) ที่สมดุลและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การแบ่งงานกันของเพลโตแตกต่างจากอดัม สมิท (Adam Smith) บิดาแห่งวิชาเศรษฐศาสตร์เป็นอย่างมาก กล่าวคือ ความแตกต่างทางความสามารถของกลุ่มคนในสังคมนำไปสู่การแบ่งแยกบทบาทและหน้าที่กันในสังคม ขณะที่การแบ่งงานกันทำของอดัม สมิท คือการที่แบ่งกระบวนการผลิตออกเป็นส่วนย่อยและให้แต่ละส่วนมีความสามารถที่แตกต่างกันคนละด้านซึ่งจะช่วยเพิ่มผลผลิต⁸⁷ เพลโตมีความเชื่อว่าการปกครองที่ดีต้องเป็นการปกครองด้วยเหตุและผล ฉะนั้น สังคมจะดีได้ถ้าได้กษัตริย์ที่เป็นนักปราชญ์เป็นผู้ปกครอง เพลโตจึงวางกฎระเบียบในการสร้างผู้ปกครองไว้อย่างเข้มงวดตั้งแต่การคัดเลือก การศึกษาอบรม ความสามารถในคณิตศาสตร์ขั้นสูง จริยธรรม การบริหารงาน ความสามารถในการกีฬา และการทหาร เพื่อขจัดต้นเหตุแห่งความขัดแย้งและเพื่อการอุทิศตนให้ทำงานเพื่อส่วนรวม คนชั้นปกครองต้องไม่มีครอบครัว ไม่มีกรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินส่วนตัวและไม่มีที่อยู่อาศัย เพราะสิ่งเหล่านี้ก่อให้เกิดผลประโยชน์ส่วนตัวและเป็นการแบ่งแยกชนชั้นปกครองออกจากประชาชนทั่วไป⁸⁸ แนวความคิดเกี่ยวกับการมีกรรมสิทธิ์ส่วนรวมในภายหลังเรียกกันว่า “คอมมิวนิสต์” (Communism) จำกัดอยู่แต่เฉพาะชนชั้นปกครองเท่านั้น

⁸³Plato, *The Republic* (London: Penguin Books, 2007), pp. 189-192.

⁸⁴Kenneth Dorter, *The Transformation of Plato's Republic* (Oxford: Lexington Book, 2006), p. 360.

⁸⁵Plato, *The Republic* (London: Penguin Books, 2007), pp. 117-120.

⁸⁶Ibid., pp. 121-129.

⁸⁷ปวีตร เลิศธรรมเทวี, “เศรษฐกิจการเมืองในโลกของนิติปรัชญา,” *บทบัณฑิตย* 79, 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2566): 1-44.

⁸⁸Plato, *The Republic* (London: Penguin Books, 2007), p. 117.

ส่วนประชาชนทั่วไปยังคงดำเนินชีวิตไปตามปกติมีทรัพย์สินส่วนตัว มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ เพลโตไม่ได้เปลี่ยนระบบการถือกรรมสิทธิ์ในสังคมส่วนรวม อาจกล่าวได้ว่า เพลโตเป็นนักคอมมิวนิสต์คนแรกของโลกที่ปฏิเสธการมีทรัพย์สินส่วนตัว⁸⁹

เพลโตป้องกันมิให้ชนชั้นปกครองเอาเปรียบประชาชนโดยวางมาตรการไว้สามประการ กล่าวคือ ประการแรก เด็กไม่ว่าชายหรือหญิง และไม่ว่าเกิดจากชนชั้นใดก็ตาม หากมีความสามารถทางการปกครองมาแต่กำเนิด ย่อมได้รับการศึกษาอบรมเท่าเทียมกันทั้งสองเพศ อาจกล่าวได้ว่า เพลโตเป็นนักปรัชญาคนแรก ๆ ของตะวันตกที่กล่าวถึงเรื่องความเท่าเทียมกันทางเพศ (Gender Equality) โดยเชื่อว่าสตรีก็มีเหตุผลเช่นเดียวกับบุรุษหากได้รับการฝึกฝนวิชาความรู้ที่ทัดเทียมกันและปราศจากภาระในการเลี้ยงดูบุตร⁹⁰ ประการที่สอง หญิงชายที่ได้รับเลือกให้เป็นชนชั้นปกครองย่อมปราศจากครอบครัว คือหญิงชายเหล่านี้ย่อมสมสู่อยู่ด้วยกัน บุตรธิดาที่ออกมาจึงมีพ่อแม่เป็นส่วนรวม บิดามารดาก็ไม่รู้ว่าใครเป็นบุตรธิดาของตน และมีคนเลี้ยงดูเป็นส่วนรวม ได้รับการศึกษาอย่างสูงสุดและอยู่ในโรงเรียนทหารที่ปราศจากสมบัติส่วนตัวใด ๆ ทั้งสิ้น ประการที่สาม บุคคลที่ได้รับการเลือกสรรเหล่านี้และเป็นผู้ที่ได้รับการศึกษาชั้นสูงสุดจนเป็นถึงนักปราชญ์เท่านั้นจึงเป็นกษัตริย์ที่ได้ปกครองรัฐ (Philosopher's King)

สรรพสิ่งในโลกไม่อาจหลีกเลี่ยงความผันแปรเปลี่ยนแปลง เพลโตกล่าวถึงความเสื่อมสลายของรัฐไว้เช่นเดียวกัน ความเสื่อมถอยเริ่มจากความผิดพลาดของชนชั้นปกครองในการเลือกสรรเด็กเข้ารับการศึกษาให้เป็นราชาปราชญ์ในอนาคต เมื่อเข้าสู่ชนชั้นปกครอง บางคนเริ่มหันเหการปกครองออกไปจากปรัชญา บางคนสะสมทรัพย์สินส่วนตัวบุคคลเพื่อแสวงหาสิ่งอื่นแทนการแสวงหาปรัชญา ความกล้าหาญในสงครามได้รับการยกย่องเหนือความรู้ เพลโตเรียกการปกครองลักษณะนี้ว่า รัฐทหาร (Timocracy) ซึ่งปกครองโดยชนชั้นนักรบ ชนชั้นใหม่กลุ่มนี้จะสร้างความมั่งคั่งร่ำรวยและเป็นเจ้าของทรัพย์สินเพื่อตอบสนองความกระหายในความสนุกสนานรื่นรมย์ที่ไม่มัววุ่นสิ้นสุด เพลโตเรียกระบอบการปกครองนี้ว่า “คณาธิปไตย” (Oligarchy) หมายถึงการปกครองโดยคนกลุ่มหนึ่งที่มั่งคั่งร่ำรวย ลูกหลานของพวกคณาธิปไตยจะเคยชินกับความมั่งคั่งและใช้เงินอย่างสุรุ่ยสุร่ายไปกับความสนุกสนานเหนือสิ่งอื่นใดเยาวชนกลุ่มนี้ต้องการเสรีภาพและความเท่าเทียมเพื่อทำตามปรารถนาของตนเองอย่างไม่มีขีดจำกัด การจัดลำดับชนชั้นในรัฐแตกร้างและถูกทำลายลงอย่างสิ้นเชิง เพลโตเรียกการปกครองโดยชนกลุ่มนี้ว่า “ประชาธิปไตย” (Democracy) หมายถึงการปกครองโดยคนจำนวนมาก เพลโตเห็นว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่ขาดการจัดระเบียบ ประชาชนจะใช้เสรีภาพเพื่อปรนเปรอความสุขสนุกสนานรื่นรมย์ในชีวิตแทนการดำเนินชีวิตอย่างมีจุดมุ่งหมาย ชีวิตของพวกเขาจึงขาด

⁸⁹Ibid., p. 12.

⁹⁰Ibid., p. 167.

ทิศทางและความสูงส่งและในที่สุดก็จะนำมาซึ่งระบอบทรราช (Tyranny)⁹¹ อย่างไรก็ตาม ในเรื่องระบอบการปกครอง ศิษย์ของเพลโตในรุ่นต่อมาได้เติมเต็มภาพของระบอบการปกครองให้คมชัดยิ่งขึ้นซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

แนวคิดของเพลโตเรื่องกษัตริย์นักปราชญ์ได้กลายเป็นต้นแบบงานเขียนเกี่ยวกับรัฐในอุดมคติในระยะเวลาต่อมา ตัวอย่างเช่น ยูโทเปีย (Utopia) ของโทมัส มอร์ (Thomas More)⁹² ในยุคกลางซึ่งเป็นช่วงที่คริสตจักรครอบงำแนวคิดของสังคมตะวันตก⁹³ หรือแนวคิดคอมมิวนิสต์ (The Communist Manifesto) ของคาร์ล มาร์กซ์ (Karl Marx) ซึ่งมีอิทธิพลในช่วงภายหลังสงครามโลกเป็นอย่างมาก⁹⁴ เพลโตยังได้ตั้งสำนักเพื่อถ่ายทอดวิชาความรู้และปรัชญาโดยใช้ชื่อว่า “อะคาเดมี” (Academy) ซึ่งตั้งตามชื่อวีรบุรุษกรีกในตำนาน คำดังกล่าวถูกใช้แทนเป็นเรื่องวิชาความรู้และวิชาการในปัจจุบัน สำนักวิชาความรู้ของเพลโตผลิตสานุศิษย์ที่มีชื่อเสียงขึ้นมากมาย หนึ่งในนั้นคืออริสโตเติลซึ่งต่อมาได้กลายเป็นเมธีอมตะแห่งยุคอีกท่านหนึ่ง

4.3 อริสโตเติล

อริสโตเติล (Aristotle) (384–322 ปีก่อนคริสตกาล) มีทัศนะทางปรัชญาที่แตกต่างไปจากบูรพาจารย์ของเขาอย่างเพลโตและโสกราตีส อริสโตเติลไม่เห็นด้วยกับเพลโตและโสกราตีสที่จะต้องกำหนดชีวิตให้อยู่ในกรอบของปรัชญาและชีวิตไม่จำเป็นที่จะต้องสละให้แก่หลักการทางปรัชญา อริสโตเติลเชื่อว่า ปรัชญาคือการแก้ไขบางส่วนของความคิดที่เป็นสามัญสำนึกและทำให้สมบูรณ์ประกอบกันเป็นชีวิตที่มีคุณธรรม⁹⁵

อริสโตเติล ไม่เห็นด้วยกับเพลโตผู้เป็นอาจารย์ที่เห็นว่าสังคมจะได้ถ้ามีผู้ปกครองที่เป็นราชานักปราชญ์⁹⁶ เพราะการสร้างราชานักปราชญ์ที่อุทิศตนให้กับส่วนรวมได้นั้นมีความเข้มงวดและกินเวลาเกินไปจนกว่าจะได้กษัตริย์นักปรัชญา การปกครองของรัฐยังต้องอาศัยการแบ่งงานกันทำของชนชั้นในสังคมอย่างผสมกลมกลืน รัฐก็คงไม่อาจอยู่รอดได้จนถึงวันนั้นหรือไม่มีผลในทางปฏิบัติได้ในโลกแห่งความเป็นจริง⁹⁷ อริสโตเติลได้ศึกษารูปแบบการปกครองทั้งหมดที่มีอยู่ก่อนหน้าเฮเรเนส

⁹¹Ibid.

⁹²Thomas More, *Utopia (1516)* (London: Penguin Books, 2003).

⁹³Plato, *The Republic* (London: Penguin Books, 2007), pp. 275-313.

⁹⁴ปวีตร เลิศธรรมเทวี, “ลัทธิการเมืองในโลกของนิติปรัชญา,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 52, 1 (มีนาคม 2566): 54-91.

⁹⁵Richard Robinson, *Essay in Greek Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1969), p. 147.

⁹⁶Aristotle, *The Politics* (London: Penguin Books, 1992), pp. 103-105.

⁹⁷Ibid., pp. 106-109.

และในยุคสมัยนั้นพบว่ารูปแบบการปกครองของรัฐจะเกิดวนเวียนเป็นวัฏจักร⁹⁸ รูปแบบที่หนึ่ง การปกครองในระบอบกษัตริย์ (Monarchy) ซึ่งเป็นรูปแบบการปกครองที่ดีถ้าผู้ปกครองไม่ใช้อำนาจตามอำเภอใจซึ่งจะนำไปสู่การปกครองในรูปแบบของ “ทรราช” (Tyranny) เมื่อเกิดทรราชก็จะเกิดการผลัดกันและเปลี่ยนแปลงการปกครองไปสู่อีกรูปแบบหนึ่งคือการปกครองแบบ “อภิชนาธิปไตย” (Aristocracy) หรือการปกครองโดยชนชั้นสูง การปกครองรูปแบบนี้ถือเป็นการปกครองที่ดีถ้าชนชั้นสูงไม่สร้างความมั่งคั่งร่ำรวยเพื่อประโยชน์ส่วนตน แต่ถ้าชนชั้นสูงเหล่านั้นสร้างความมั่งคั่งร่ำรวยเฉพาะกลุ่มพวกพ้องของตนก็จะเกิดรูปแบบการปกครองที่เรียกว่า “คนาธิปไตย” (Oligarchy) ซึ่งเป็นการปกครองโดยคนกลุ่มน้อยที่มั่งคั่งและนำไปสู่การปกครองโดยคนส่วนใหญ่ อริสโตเติลเรียกว่า “ประชาธิปไตย” (Democracy) ซึ่งเป็นรูปแบบที่เลวน้อยที่สุดแต่การปกครองในรูปแบบนี้ก็นำไปสู่ความแตกร้างและทำลายระบอบตัวเองลงอย่างสิ้นเชิง⁹⁹ เมื่อระบอบประชาธิปไตยล้มเหลว รัฐต่าง ๆ ก็กลับไปสู่ระบอบการปกครองที่มีกษัตริย์เป็นประมุขวนเวียนอยู่ในวัฏจักรนี้เรื่อยไป อริสโตเติลเสนอทางแก้ของประชาธิปไตย เรียกว่า “โพลิตี” (Polity) หรือการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยชนชั้นกลาง อริสโตเติลเป็นบุคคลในรุ่นแรก ๆ ที่เห็นความสำคัญของชนชั้นกลางและเห็นความไม่มั่นคงของระบอบการปกครองที่ขาดชนชั้นกลางและดูเหมือนจะเป็นความจริงในยุคปัจจุบันที่พบได้ในประเทศด้อยพัฒนาทั้งหลายที่ปกครองโดยกลุ่มคนมั่งคั่งจำนวนน้อย (Oligarchy)

จากแนวคิดของอริสโตเติล สรุปได้ว่ารูปแบบการครองที่ดีเกิดขึ้นใน 3 ลักษณะที่สำคัญ แต่ละลักษณะสะท้อนรูปแบบการปกครองรัฐที่ไม่ดีอีก 3 ลักษณะ กล่าวคือ รูปแบบแรกคือการปกครองโดยบุคคลเพียงคนเดียว (Rule by One) ตัวอย่างเช่น การปกครองในระบอบกษัตริย์ รูปแบบนี้เป็นรูปแบบการปกครองที่ดีหากกษัตริย์ไม่ทรงใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือสนองประโยชน์ตนเองซึ่งจะนำไปสู่ระบอบทรราชย์ การใช้อำนาจอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ลอน แอล ฟูลเลอร์ (Lon H. Fuller) (ค.ศ. 1902–1978)¹⁰⁰ ศาสตราจารย์ด้านนิติปรัชญาชื่อดังอธิบายลักษณะของการใช้พระราชอำนาจโดยมิชอบไว้ว่าเป็นการที่กษัตริย์ทรงตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลัง เช่น ประกาศใช้กฎหมายในวันอังคารให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิด ทั้งที่เมื่อวันจันทร์ที่ผ่านมายังชอบด้วยกฎหมาย¹⁰¹

รูปแบบที่สองคือการปกครองโดยคนกลุ่มหนึ่ง (Rule by the Few) ซึ่งเป็นชนชั้นสูงที่มีความรู้หรือเป็นคนดีที่มีคุณธรรมและปัญญา การปกครองรูปแบบนี้ถือเป็นการปกครองที่ดีถ้าไม่นำไปสู่การปกครองแบบช่วยเหลือพวกพ้อง หรือการปกครองโดยกลุ่มคณะบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

⁹⁸วิชฌุ เครื่องงาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2528), หน้า 18.

⁹⁹Aristotle, *The Politics* (London: Penguin Books, 1992), pp. 235-288.

¹⁰⁰Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven and London: Yale University Press, 1964).

¹⁰¹Ibid., 49-51.

สำหรับรูปแบบที่สามคือการปกครองโดยคนส่วนใหญ่ (Rule by Many) หรือการปกครองในระบบประชาธิปไตย แต่เป็นประชาธิปไตยโดยชนชั้นกลางที่เป็นคนส่วนใหญ่ที่มีความรู้ หรือที่อริสโตเติลเรียกว่า “โพลิตี” การปกครองรูปแบบนี้เป็นการปกครองที่ดีถ้าไม่มีการสร้างกฎหมาย (Mob Rules) ทำลายระบอบตัวเอง

ไม่เพียงแต่แนวคิดการปกครองของเพลโตเท่านั้นที่ถูกตั้งคำถาม อริสโตเติลยังมีความเห็นที่แตกต่างจากแนวคิดอื่นของเพลโต โดยเฉพาะในเรื่องกฎหมาย เพลโตปฏิเสธการใช้กฎหมายในการปกครองเพราะกฎหมายไม่มีความสมบูรณ์และเป็นการจำกัดความฉลาดของผู้ปกครองซึ่งรู้ว่าอะไรเป็นการตัดสินใจที่ดีที่สุด แต่อริสโตเติลกลับมองว่า การปกครองโดยกฎหมายอยู่ใกล้เคียงกับการปกครองที่ยุติธรรมในโลกแห่งความเป็นจริง อย่างไรก็ตาม ในระยะบั้นปลายชีวิต เพลโตเริ่มมองเห็นว่าการปกครองโดยกฎหมายเป็นความยุติธรรมพอประมาณที่มนุษย์สามารถเข้าถึงได้ในชีวิต¹⁰²

อริสโตเติลใช้ความยุติธรรมเป็นเงื่อนไขในการจัดรูปแบบการปกครอง การปกครองจะดีมากหรือน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับความยุติธรรมมากหรือน้อย อริสโตเติลได้ให้ความหมายของความยุติธรรมซึ่งเป็นความหมายที่ใกล้เคียงกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายว่า ความยุติธรรมกับความเท่าเทียมกันมีความหมายอย่างเดียวกัน อริสโตเติลเห็นว่า ความยุติธรรมเป็นสัดส่วน (Proportional) หลักการของความเท่าเทียมกันตามสัดส่วนมีความสำคัญต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย รัฐซึ่งมีหน้าที่สร้างคุณธรรมและความสุขแก่ประชาชน รัฐซึ่งคนที่เท่าเทียมกันปกครองและถูกปกครอง หมายถึงรัฐที่จัดตั้งตามกฎหมายเกณฑ์แห่งกฎหมายโดยกฎหมายจะกำหนดว่า ใครเป็นผู้ปกครองและจะปกครองในลักษณะใด หลักการของความเท่าเทียมกันตามสัดส่วนซึ่งควบคุมโดยกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจะทำให้แน่ใจได้ว่า เมื่อบุคคลใดได้รับเลือกให้เป็นผู้ปกครอง กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจะจำกัดให้ผู้ปกครองต้องปกครองตามกฎหมายอย่างถูกต้องแม้จะไม่เป็นไปตามหลักปรัชญา อริสโตเติลย้ำในกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายและความเท่าเทียมกันตามสัดส่วนของการมีส่วนร่วมทางการปกครองเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นสำหรับชีวิตที่มีคุณธรรม พิจารณาจากรูปแบบการปกครอง อริสโตเติลให้การปกครองแบบ “Monarchy” เป็นแบบการปกครองที่ดีในเชิงทฤษฎี แต่การปกครองโดยคน ๆ เดียวย่อมตัดคนอื่นออกจากกิจกรรมทางการปกครอง ดังนั้น อริสโตเติลจึงสนับสนุนการปกครองแบบ “Aristocracy” และ “Polity” ซึ่งให้ออกาสการมีส่วนร่วมในการปกครองแก่คนมากขึ้น หลักการมีส่วนร่วมและกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของอริสโตเติลได้รับการยอมรับมาจนถึงปัจจุบัน

เรื่องโลกแห่งไอเดียที่เป็นนิรันดร์ อริสโตเติลเห็นว่าเพลโตมองทุกอย่างกลับด้านกัน แม้จะเห็นด้วยกับเพลโตผู้เป็นอาจารย์กับแนวคิดที่ว่าทุกสิ่งในธรรมชาติล้วนผันแปร ฉะนั้น ทุกสิ่งในธรรมชาติไม่มีสิ่งใดจริงยั่งยืน ยิ่งกว่านั้น อริสโตเติลยังเห็นด้วยกับเพลโตที่ว่าแบบของโตะที่เป็นไอเดีย แบบของม้า

¹⁰²Plato, *Laws* (London: Penguin Books, 2005).

ที่เป็นไอเดีย หรือแบบของสรรพสิ่งที่ เป็นไอเดียคือสิ่งที่แยกขาดจากกันมิได้ และเป็นสถานะที่แท้จริง อย่างไรก็ตาม อริสโตเติลกลับเห็นว่าแบบของโต๊ะที่เป็นไอเดีย แบบของม้าที่เป็นไอเดีย หรือแบบของ สรรพสิ่งต่าง ๆ ในธรรมชาติที่เป็นไอเดียเกิดขึ้นหลังจากมนุษย์ได้สัมผัสรับรู้สิ่งต่าง ๆ ฉะนั้น แบบของโต๊ะ ที่เป็นไอเดีย แบบของม้าที่เป็นไอเดีย หรือแบบของสรรพสิ่งที่ เป็นไอเดียจึงไม่มีอยู่จริง สำหรับอริสโตเติล แบบของสรรพสิ่งเหล่านี้คือแบบของสรรพสิ่งที่สร้างขึ้นตามลักษณะ¹⁰³ ตัวอย่างเช่น สรรพสัตว์ซึ่งมี มากมายหลายชนิด ม้าซึ่งเป็นเหล่าสรรพสัตว์และมีสี่ขา แต่ม้าก็ม้า สรรพสัตว์ที่มีลักษณะของม้าจึง จะอยู่ในประเภทหรือกลุ่มของม้า เราเรียกแบบของสรรพสัตว์ดังกล่าวของอริสโตเติลว่า “สายพันธุ์” (Species) ชาร์ล ดาร์วิน (Charles Darwin) นักชีววิทยาเจ้าของทฤษฎีวิวัฒนาการอันโด่งดัง (Theory of evolution) ยังกล่าวเคารพอริสโตเติลว่าเป็นผู้มีส่วนสำคัญในการพัฒนาวิชาชีววิทยา¹⁰⁴ กล่าวได้ว่า อริสโตเติลไม่เชื่อในเรื่องโลกที่อยู่เบื้องหลังสรรพสิ่งในโลกแห่งวัตถุตั้งที่เพลโตกล่าวไว้ สำหรับอริสโตเติล “แบบเหล่านั้น” คือสิ่งที่ปรากฏอยู่ในทุกสรรพสิ่งเพราะแบบเหล่านั้นคือการทำให้สรรพสิ่งที่มีลักษณะ เหมือนกันอยู่ในกลุ่มเดียวกัน ฉะนั้น แบบของโต๊ะกับโต๊ะ แบบของม้ากับม้า หรือแบบของสรรพสิ่ง กับสิ่งที่สัมผัสได้จริงคือสิ่งเดียวกันที่มีอาจแยกขาดจากกันได้อย่างเดียวกันกับร่างกายและจิตวิญญาณ ของมนุษย์

จะเห็นได้ว่า มุมมองของอริสโตเติลจึงเป็นมุมมองในด้านตรงกันข้ามกับเพลโต ขณะที่เพลโต ให้ใช้เหตุผลในการพิเคราะห์พิจารณาสรรพสิ่ง สรรพสิ่งในโลกแห่งวัตถุจึงเป็นเพียงเงาสะท้อนของ สิ่งต่าง ๆ ของสถานะที่แท้จริงหรือในโลกแห่งความเป็นจริงนิรันดร์ แต่สำหรับอริสโตเติลกลับให้ใช้ อารมณ์ความรู้สึกหรือการรับรู้จากประสาทสัมผัสของมนุษย์ สรรพสิ่งในโลกแห่งจินตนาการหรือ จิตวิญญาณของมนุษย์จึงคือภาพสะท้อนของทุกสิ่งที่มีมนุษย์ได้เรียนรู้หรือสัมผัสมา อริสโตเติลเชื่อว่า เพลโตตกอยู่ในวงคติโลกแห่งจินตนาการของมนุษย์จนสับสนกับโลกแห่งความเป็นจริง อริสโตเติล จึงสรุปว่าสิ่งต่าง ๆ ที่เกิดในสามัญสำนึกของมนุษย์จะต้องเกิดจากการรับรู้หรือสัมผัสขึ้นมาก่อน มนุษย์ จึงไม่มีแบบของสิ่งต่าง ๆ ที่เป็นไอเดียที่ได้ติดตัวมาแต่กำเนิด (No Innate Ideas) ดังที่เพลโต ได้กล่าวไว้¹⁰⁵ แต่มนุษย์มีการเรียนรู้จากสิ่งที่ได้สัมผัสและเกิดเป็นความคิด เป็นแบบของสิ่งต่าง ๆ กลายเป็นสามัญสำนึก เพราะมนุษย์มีพลังแห่งการให้ “เหตุผล” ที่ได้ติดตัวมาแต่กำเนิด¹⁰⁶ ฉะนั้น เหตุผลที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิดทำให้เราสามารถแยกสิ่งต่าง ๆ ในธรรมชาติออกเป็นกลุ่มก้อน เป็นหมวดหมู่ หรือเป็นลำดับความสำคัญ ตัวอย่างเช่น คน พืช สัตว์ และสิ่งของ เป็นต้น

¹⁰³Aristotle, *Metaphysics* (London: Penguin Books, 2004).

¹⁰⁴Charles Darwin, *On the Origin of Species* (London: John Murray Publishing House, 1859).

¹⁰⁵Ibid., Book VII “Zeta”, 170.

¹⁰⁶Ibid., Book I “Alpha”, 1-40.

อริสโตเติลยังเห็นว่าสถานะที่แท้จริงหรือโลกแห่งความเป็นจริงของเพลโตประกอบไปด้วย “สสาร” (Substances)¹⁰⁷ และ “แบบ” (Forms) ที่แตกต่างกันแต่รวมตัวกันเป็นหนึ่งเดียว โดยสสารคือสิ่งที่ทำให้ทุกอย่างประกอบกันขึ้นมาและแบบคือสิ่งที่ทำให้แต่ละสรรพสิ่งมีลักษณะเหมือนหรือคล้ายคลึงจนอยู่ในกลุ่มเดียวกัน¹⁰⁸ ฉะนั้น ม้าซึ่งเป็นสัตว์สี่ขา กินหญ้าและเคลื่อนไหวได้อย่างรวดเร็ว แบบของม้าจึงคือสัตว์สี่เท้าที่กินหญ้าและเคลื่อนไหวได้อย่างรวดเร็ว เราจึงไม่จัดรวมเต่าซึ่งมีสี่ขาที่กินหญ้าแต่ไม่สามารถเคลื่อนไหวได้อย่างรวดเร็วอยู่ในกลุ่มของม้า แต่เราจัดม้าลาย (Zebra) อยู่ในกลุ่มเดียวกันกับม้า (Horse) อริสโตเติลอธิบายต่อไปว่าสสารยังมีศักยภาพ หรือสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นสรรพสิ่งได้ตามลักษณะ หรือกลุ่มประเภทตามรูปแบบของสิ่งนั้น ฉะนั้น ในทางกลับกันศักยภาพหรือความเป็นไปได้มันยังแสดงถึงข้อจำกัด (Limitation) ของสิ่งนั้นที่จะพัฒนาให้เกิดขึ้นด้วย¹⁰⁹ กระบวนการคิดของอริสโตเติลจึงมีกระบวนการที่เป็นเหตุเป็นผลอย่างมากเราเรียกกระบวนการคิดในลักษณะนี้ว่า “ตรรกศาสตร์” (Logic)¹¹⁰ ตัวอย่างเช่น ทุกสิ่งในโลกรวมทั้งมนุษย์ล้วนผันแปรและไม่ยั่งยืน โสกราตีสคือมนุษย์ ฉะนั้น โสกราตีสจึงผันแปรและไม่ยั่งยืน อริสโตเติลยังกล่าวว่าเวลาเราแยกแยะสิ่งต่าง ๆ เราจะจัดเป็นกลุ่ม เป็นหมวดหมู่ หรือจัดตามลำดับความสำคัญ ตัวอย่างเช่น หนังสือ เราก็จะจัดวางไว้ในชั้นวางหนังสือ หากมีหนังสือหลายเล่มเราก็จะจัดหมวดหมู่ของหนังสือเพื่อให้ง่ายต่อการค้นหา ฉะนั้น สิ่งใดที่เรายังไม่ทราบอย่างชัดเจนว่าคืออะไร หรือไม่สามารถระบุได้ว่าคืออะไร (Unidentified Object) มนุษย์เราจะเกิดความสงสัยแต่ไม่กล้าแตะต้องสิ่งดังกล่าวนั้น ปัจจุบันเราเรียกบางสิ่งอย่างบางที่บินได้แต่ไม่สามารถระบุได้ว่าสิ่งนั้นคืออะไรว่า ยูเอฟโอ (UFO) หรือวัตถุบินที่ไม่สามารถระบุตัวตนได้ (Unidentified Flying Objects)

อริสโตเติลยังแบ่งสรรพสิ่งในธรรมชาติออกเป็นสองกลุ่มที่สำคัญโดยพิจารณาว่าสิ่งนั้นสามารถทำอะไรได้บ้าง¹¹¹ โดยแบ่งเป็นสิ่งมีชีวิต (Living Things) ซึ่งมีจิตวิญญาณเป็นส่วนประกอบ มีศักยภาพที่จะพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปได้ กับสิ่งไม่มีชีวิต (Nonliving Things) เช่น สิ่งของ ซึ่งไม่มีศักยภาพที่จะพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปได้ สำหรับสิ่งมีชีวิตอริสโตเติลแบ่งเป็นสองกลุ่มย่อย กล่าวคือ พืชกับสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นซึ่งแบ่งย่อยได้อีกสองกลุ่ม ได้แก่ สัตว์กับมนุษย์ อริสโตเติลกล่าวว่าสิ่งมีชีวิตเท่านั้นที่มีความสามารถในการดูดซับหรือต้องการอาหารเพื่อการหล่อเลี้ยง ดำรงพันธุ์และขยายพันธุ์ และสิ่งมีชีวิตเท่านั้นที่มีความสามารถในการรับรู้สิ่งต่าง ๆ ที่อยู่รอบตัวเรา รวมตลอดทั้งความสามารถในการขยับเขยื้อนเคลื่อนไหว และสำหรับสิ่งมีชีวิตที่เป็นมนุษย์ อริสโตเติลกล่าวว่า มนุษย์อยู่เหนือ

¹⁰⁷Ibid., Book VII “Zeta”, 165-230.

¹⁰⁸Ibid., Book VIII “Eta”, 231-250.

¹⁰⁹Ibid., Book IX “Theta”, 251-282.

¹¹⁰Aristotle, *The Art of Rhetoric* (London: Penguin Books, 1991).

¹¹¹Aristotle, *Metaphysics* (London: Penguin Books, 2004), pp. 251-282.

สัตว์สังคมอื่นและเป็นสัตว์การเมือง (Political Animal) มนุษย์มีความสามารถมากกว่านั้นคือมีความสามารถในการคิดโดยใช้เหตุและผล¹¹² ในความคิดของอริสโตเติลจึงเชื่อว่ามนุษย์มีเหตุผลอันศักดิ์สิทธิ์ (Divine Reason) ซึ่งเป็นสิ่งที่ได้ติดตัวมาแต่กำเนิด อริสโตเติลจึงเชื่อในเรื่องของพระเจ้าและเชื่อว่าการโคจรของดวงดาวส่งผลต่อดวงชะตาของทุกชีวิตบนโลก ฉะนั้น ทุกสิ่งทุกอย่างล้วนมีสาเหตุหรือการกระทำแรกหรือพระเจ้าที่ก่อให้เกิดทุกสิ่งทุกอย่าง¹¹³ ดังกล่าวข้างต้น

อริสโตเติลยังได้ตั้งคำถามเกี่ยวกับการมีชีวิตที่ดีว่าควรเป็นอย่างไร¹¹⁴ การตั้งคำถามดังกล่าวของอริสโตเติลแตกต่างจากโสกราตีส กล่าวคือ โสกราตีสเห็นว่า ความรู้ว่าด้วยการมีชีวิตที่ดี คือคุณธรรมและหมายรวมถึงการตระหนักรู้ว่าอะไรถูกอะไรผิด เป็นชีวิตที่มีเกียรติ ศักดิ์ศรีและมีความภาคภูมิใจซึ่งเป็นคุณค่าของการมีชีวิตที่ดีอย่างแท้จริง สำหรับอริสโตเติล คุณธรรมคือทางสายกลางซึ่งมีระยะห่างที่เท่ากัน ระหว่างสิ่งสุดโต่งสองสิ่ง เช่นความกล้าหาญ อยู่ตรงกลางระหว่างความขลาดกลัวกับความกล้าบ้าบิ่น แนวคิดเรื่องคุณธรรมของอริสโตเติล สะท้อนให้เห็นทัศนคติที่ต้องการเห็นความสมดุลในโลกแห่งความเป็นจริง อริสโตเติลเชื่อว่าการมีชีวิตที่ดีคือชีวิตที่มีความสุขและการไปสู่ชีวิตที่มีความสุข เช่นว่านั้นได้ก็ด้วยการพัฒนาทักษะและความสมรรถนะของมนุษย์ที่มีความสมดุล (Golden Means) และชีวิตที่มีความสุขที่ว่ามีสามรูปแบบ รูปแบบแรกคือความพึงพอใจและความเพลิดเพลินในชีวิต รูปแบบที่สองคือชีวิตที่มีความเป็นอิสระไม่ตกเป็นทาส แต่มีความรับผิดชอบ และรูปแบบที่สามคือความสุขของชีวิตที่รู้จักคิดรู้จักใช้เหตุผลอย่างนักปรัชญา¹¹⁵ จะเห็นได้ว่า อริสโตเติลเป็นนักจัดกลุ่มจัดหมวดหมู่และแบ่งประเภทของสรรพสิ่งในธรรมชาติ แนวคิดเรื่องการมีชีวิตที่ดีจึงมีการจัดกลุ่มให้เป็นหมวดหมู่เช่นเดียวกับแนวคิดเรื่องรูปแบบการปกครอง กระบวนการและแนวความคิดของอริสโตเติลจึงเป็นทั้งนักวิทยาศาสตร์และนักปรัชญา อริสโตเติลน่าจะเป็นนักปรัชญาคนแรกที่กล่าวว่าโลกกลมโดยให้เหตุผลไว้สองประการในผลงานเรื่อง “ว่าด้วยสรวงสวรรค์” (On the Heavens) (340 ปีก่อนคริสตกาล) ประการแรก อริสโตเติลอธิบายว่าปรากฏการณ์จันทรุปราคา (Eclipse of the Moon) เกิดจากดวงอาทิตย์ โลกและดวงจันทร์โคจรเข้ามาอยู่ในแนวเดียวกัน เขาสังเกตว่าเงาของโลกที่สะท้อนขึ้นที่ดวงจันทร์มีรูปเป็นทรงกลม ฉะนั้น โลกน่าจะเป็นทรงกลมมากกว่าจะมีลักษณะแบนราบเหมือนหน้ากลองที่ล้อมรอบไปด้วยน้ำค้างที่อานักซิแมนเดอร์ได้เคยอธิบายไว้ เว้นแต่ว่าดวงอาทิตย์จะโคจรมาอยู่ข้างใต้ของโลกในขณะที่เกิดจันทรุปราคา ข้อสรุปดังกล่าวทำให้อริสโตเติลเชื่อว่าโลกคือศูนย์กลางของจักรวาลโดยที่ดวงจันทร์ ดวงอาทิตย์และดวงดาวต่าง ๆ โคจรรอบโลกเป็นวงกลม แนวคิดดังกล่าว

¹¹²Ibid., Book II “Alpha the Lesser”, 41-48.

¹¹³Ibid., Book XII “Lambda”, 353-388.

¹¹⁴Aristotle, *The Nicomachean Ethics* (London: Penguin Books, 2020).

¹¹⁵Ibid.

ถูกอธิบายขยายความและต่อยอดโดย ปโตเลมี (Claudius Ptolemy) นักดาราศาสตร์ของโลกที่มีชีวิตในยุคต่อมา (ประมาณ 200 ปีก่อนคริสตกาล) ประการที่สอง อริสโตเติลสังเกตเห็นตำแหน่งของดาวเหนือ (North Star) บนท้องฟ้าและพบว่าตำแหน่งดาวเหนือที่อยู่บนท้องฟ้ามีค่าต่ำกว่าระดับปกติเวลาที่เขาเดินทางไปยังเมืองอื่นทางทิศใต้ โดยเฉพาะระหว่างกรีกกับอียิปต์ ปัจจุบันเราทราบกันแล้วว่า หากเงยหน้ามองบนท้องฟ้าแล้วดาวเหนืออยู่บนเหนือศีรษะพอดีแสดงว่าเรายืนอยู่ตรงขั้วโลกเหนือ แต่หากอยู่ในระดับสายตาแสดงว่ายืนอยู่ที่แถบเส้นศูนย์สูตร อริสโตเติลจึงสรุปว่าโลกมีรูปทรงที่กลม¹¹⁶

อริสโตเติลกล่าวถึงเรื่องของสตรีเพศไว้เช่นเดียวกัน สำหรับอริสโตเติลแล้วสตรีเพศคือมนุษย์ที่ยังไม่สมบูรณ์ (Unfinished Man)¹¹⁷ แมรี โวลสโตนคราฟต์ (Mary Wollstonecraft) (ค.ศ. 1759–1797) นักสตรีนิยมในยุคแสงสว่างทางปัญญาผู้จุดประกายเรื่องความเท่าเทียม และสิทธิสตรี คงไม่เห็นด้วยกับแนวคิดนี้ และหากอริสโตเติลเกิดในยุคสมัยปัจจุบันก็คงโชคร้ายที่ไม่มีใครเห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าวของอริสโตเติล อย่างไรก็ตาม แนวคิดเรื่องสตรีเพศดังกล่าวของอริสโตเติลกลับมีอิทธิพลต่อแนวคิดของผู้คนในสังคมในยุคสมัยต่อมา โดยเฉพาะยุคกลางซึ่งคริสตจักรได้นำแนวคิดที่ว่าชายเป็นใหญ่มีอำนาจเหนือสตรีมาใส่ไว้เป็นคำสอนของคริสตจักรโดยไม่สัมพันธ์กับคำสอนใด ๆ ในคัมภีร์ไบเบิล

แนวคิดของปรัชญาเมธีทั้งสามเป็นแนวคิดทางปรัชญาที่เป็นอมตะและได้กลายเป็นรากฐานแนวคิดของปรัชญาตะวันตก (Western Philosophy) และแยกสายเป็นสรรพวิชาหลายสาขาที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

5. บทสรุป

บทความนี้ได้กล่าวถึงปรัชญาในยุคกรีกโบราณเพื่อค้นหาแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมาย โดยพิจารณาจากงานเขียนของกวี นักปรัชญา แพทย์หรือนักประวัติศาสตร์ บทประพันธ์ของโฮเมอร์ และเฮสิออดสะท้อนให้เห็นว่าแม้นิติปรัชญาตามที่เข้าใจอย่างในปัจจุบันจะยังไม่ปรากฏในยุคสมัยนี้กรีกเป็นชนชาติที่มีระบบกฎหมายมาตั้งแต่สมัยอารยธรรมของประวัติศาสตร์กรีกโบราณที่รุ่งเรืองมามากกว่า 800 ปีก่อนคริสตกาล ก่อนที่จะถูกผสมกลมกลืนเป็นส่วนหนึ่งของอารยธรรมโรมัน ในระยะต่อมา แนวคิดกฎหมายที่ปรากฏในบทประพันธ์ของโฮเมอร์ และเฮสิออดเปรียบได้กับของขวัญที่เทพเจ้าประทานให้ โดยกฎหมาย (*nomos*) คือระเบียบแบบแผน ของเทพเจ้าที่ได้วางไว้แก่มนุษย์ กฎหมาย (*nomos*) จึงหมายถึง ความเป็นอยู่ วิถีและการดำรงชีวิต (Way of life) การพิจารณา

¹¹⁶Stephen Hawking, *A Brief History of Time* (London, United Kingdom: Bantam Books, 1996), pp. 2-3.

¹¹⁷Aristotle, *The Politics* (London: Penguin Books, 1992), pp. 109-111.

แนวคิดกฎหมายของกรีกโบราณในยุคนี้แตกต่างจากการวิเคราะห์ของนักนิติศาสตร์ไทยบางท่าน ทั้งในเรื่องแหล่งที่มาของข้อมูล และการตีความหมาย โดยเฉพาะเรื่องการนำ “กฎหมาย” (nomos) กับ “ความยุติธรรม” (dike) มาหลอมรวมเป็นเรื่องเดียวกัน ทั้ง ๆ ที่นัยของกฎหมายและความยุติธรรม มีที่มาแตกต่างกัน กฎหมาย หรือ nomos หมายถึงขนบธรรมเนียม ประเพณี หรือระเบียบแบบแผน ทางสังคม จนกระทั่งถูกใช้เรียกว่า “กฎหมาย” (laws) ขณะที่ความยุติธรรม หรือ dike มีความหมาย ครอบคลุมถึงกระบวนการพิจารณาคดี คำพิพากษา คำตัดสินของศาล (legal procedure) กระบวนการ ระบุข้อพิพาทและตัดสินคดีก็คือการมอบความยุติธรรมให้ ทั้งโฮเมอร์และเฮสิออดแยกประเด็นทั้งสอง เรื่องนี้ไว้ในบทประพันธ์อย่างชัดเจน การตีความในลักษณะนี้สะท้อนมุมมองในการพิจารณาแนวคิด กฎหมายของกรีกยุคโบราณเป็น กฎหมายสาระบัญญัติ (substantive law) และวิธีการบัญญัติ (procedural law) ระบบกฎหมายที่เป็นธรรมก็ต้องมีกฎหมายและมีกระบวนการที่ชอบธรรม จึงจะเรียกได้ว่าบังเกิด “ความยุติธรรม” การศึกษานิติปรัชญากรีกโบราณในบทความฉบับนี้สอดคล้องกับแนวทางการศึกษาวิชานิติปรัชญาที่เป็นสากล

การศึกษานิติปรัชญากรีกยุคโบราณจำเป็นต้องกล่าวถึงคติความเชื่อ หรือการอธิบายปรากฏการณ์ ธรรมชาติ และการเปลี่ยนแปลงของสรรพสิ่งต่าง ๆ โดยยึดโยงกับตำนานของเทพเจ้า เพราะมีอิทธิพล ต่อนักคิดนักปรัชญาในยุคต่อ ๆ มาของโลกตะวันตก แต่ต่างกันตรงที่กระบวนการคิดของนักคิดในยุคต่อมา แสดงให้เห็นถึงการคิดโดยใช้เหตุผล และมีได้อธิบายตามคติความเชื่อหรือตำนานเทพเจ้า ธาเลส เป็นนักปรัชญาคนแรกของโลกตะวันตก เชื่อว่าทุกสิ่งล้วนมีจุดเริ่มต้นมาจากน้ำ เราสังเกตเห็นได้เลยว่า ธาเลสได้รับอิทธิพลมาจากความเชื่อดั้งเดิมของคนในโลกยุคโบราณ อย่างโฮเมอร์และเฮสิออดที่ว่าน้ำ คือที่มาของทุกสรรพสิ่ง แต่มีได้อธิบายตามแบบคติความเชื่อ หรือตามตำนานเทพเจ้าแบบของโฮเมอร์ อานักซิแมนเดอร์ เกิดในยุคสมัยเดียวกับธาเลส เห็นต่างโดยมองว่าน้ำมิได้เป็นต้นตอของสรรพสิ่ง แต่เชื่อว่าน้ำที่ห่อหุ้มโลกถูกปกคลุมด้วยบางสิ่งบางอย่างที่ปกคลุมพื้นน้ำอีกทีหนึ่งและต่อเนื่องกันไป แบบไม่มีที่สิ้นสุดหรือเป็นอนันต์ (infinite) มีการแปลความและถ่ายทอดแนวคิดของอานักซิแมนเดอร์ ที่คล้ายคลึง แต่มีข้อแตกต่างไปจากข้างต้นในงานเขียนของนักนิติศาสตร์ไทยบางท่าน ซึ่งตีความว่า อานักซิแมนเดอร์ต้องการเสนอว่า แนวความคิดของอานักซิแมนเดอร์เรื่องอนันต์บอกแก่เราว่าปฐมธาตุ แห่งสรรพสิ่งมีลักษณะเป็นกลาง และมีศักยภาพที่จะแปรสภาพเป็นอะไรก็ได้ ปรากฏการณ์ธรรมชาติ ที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นระบบระเบียบและเป็นสิ่งที่ถูกกำกับจากอนันต์ กฎหมายก็เช่นเดียวกัน และสรุปว่ากฎหมายอยู่ในฐานะเป็นระเบียบแห่งจักรวาล ทั้ง ๆ เราไม่อาจทราบได้เลยว่าอานักซิแมนเดอร์ มุ่งหมายจะเสนออะไร เพราะผลงานของอานักซิแมนเดอร์ตกทอดถึงคนรุ่นหลังเพียงบางท่อนบางตอน (fragments) เราทราบแต่เพียงข้อความสั้น ๆ ของอานักซิแมนเดอร์ว่า “สรรพสิ่งทั้งหลายล้วน กำเนิดจากสิ่งหนึ่งและสูญสลายไปสู่อีกสิ่งหนึ่ง สรรพสิ่งทั้งหลายล้วนมอบความยุติธรรมและชดเชย ให้ความยุติธรรมของแต่ละสรรพสิ่งตามควรแก่เหตุเมื่อถึงเวลา” เราจึงสัมผัสได้ถึงแนวคิดที่ว่า ในธรรมชาติมีกฎเกณฑ์บางอย่างที่ควบคุมหรือปกครองโลกและจักรวาลอยู่ กฎเกณฑ์ดังกล่าวมิใช่

การดลบันดาลของเทพเจ้าหรือกฎเกณฑ์ของเทพเจ้า และมีใช้ “กฎหมาย” ตามที่นักนิติศาสตร์ไทยบางท่านตีความแต่อย่างใด แต่เป็นกฎแห่งธรรมชาติ (Law of nature) และไม่เป็นการเกินเลยที่จะกล่าวว่านี่เป็นครั้งแรกที่เราสัมผัสได้ถึงแนวคิดปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ซึ่งมีอิทธิพลต่อนักปรัชญาในช่วงเวลาต่อมา

นอกเหนือจากฮาเลสและอานักซิแมนเดอร์ การศึกษานิติปรัชญากรีกในยุคโบราณยังจำเป็นต้องกล่าวถึงนักคิดคนสำคัญอีกหลายท่าน อาทิ อานักซิเมเนสซึ่งสรุปว่าน้ำไม่น่าจะใช่แหล่งกำเนิดของสรรพสิ่ง แต่สิ่งมีชีวิตทุกสรรพสิ่งขาดอากาศไม่ได้ อานักซิเมเนสเชื่อว่าอากาศ คือที่มาของทุกสิ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อสรุปแนวคิดของนักปรัชญาดังกล่าว ซึ่งถือเป็นพื้นฐานของปรัชญา และวิชานิติปรัชญาของตะวันตก มีความแตกต่างจากงานเขียนในประเทศไทย ในวรรณกรรมภาษาไทยมีข้อสรุปที่ผิดแผกไปจากการตีความในบทความนี้และของสากล กล่าวคือ มีการสรุปว่าฮาเลสถือว่าวิชาปรัชญา และศาสนาเป็นอิสระต่อกัน โดยแสดงให้เห็นว่าเราสามารถอธิบายเหตุการณ์ในธรรมชาติได้โดยไม่ต้องอ้างเทพเจ้าและโชคชะตา แต่อธิบายด้วยสิ่งที่เรียกว่ากฎธรรมชาติ เราอาจยังรู้กฎธรรมชาติได้โดยการค้นคว้าให้รู้ถึง “ปฐมธาตุ” อันเป็นวัตถุดิบแห่งเอกภาพ ทั้ง ๆ ที่ฮาเลสไม่ได้หมายความเช่นนั้น แต่เป็นการแสวงหาสิ่งที่เรียกว่า “หลักการพื้นฐานหลักการแรก (First principle)” ซึ่งถือเป็นการวางรากฐานปรัชญาตะวันตก (Western philosophy)

แนวคิดของเฮราคลิตุส เป็นอีกตัวอย่างที่สะท้อนแนวคิดเรื่องกฎหมายในสังคมกรีกยุคโบราณ และแตกต่างจากการตีความของนักนิติศาสตร์ไทยบางท่าน เฮราคลิตุสเชื่อว่า สรรพสิ่งในโลกมีด้านตรงกันข้ามเสมอเหมือนกับความยุติธรรม (dike) และความขัดแย้ง (eris) หากโลกไม่มีสิ่งตรงกันข้าม ก็ย่อมเกิดขึ้นมาไม่ได้ สิ่งเหล่านั้นเรียกว่า “logos” หรือเหตุผล การดำรงอยู่ของมนุษย์จึงเป็นไปตาม logos ของแต่ละบุคคล และ nomos จึงเป็นกฎเกณฑ์บางประการที่เกิดขึ้นโดยกลไกธรรมชาติหรือกฎธรรมชาติ (Natural law) มีข้อแตกต่างระหว่างข้อสรุปดังกล่าวกับงานเขียนของนักกฎหมายไทยบางท่านตีความแนวคิดของเฮราคลิตุสเป็นว่า เฮราคลิตุสแยกกฎหมายออกเป็นสองประเภท คือกฎหมายของเทพเจ้าที่เรียกว่า nomos อันเป็นระเบียบกฎเกณฑ์แห่งจักรวาล กับกฎหมายของมนุษย์ที่เรียกว่า nomoi อันเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นในนครรัฐ ซึ่งควรจะต้องอนุวัติตามกฎหมายของเทพเจ้าคือ nomos นักนิติศาสตร์ท่านนั้นจึงสรุปว่าแนวคิดของเฮราคลิตุสเป็นการแยกกฎหมายบ้านเมืองออกจากกฎหมายธรรมชาติ และแยกความยุติธรรมตามกฎหมายที่มนุษย์กำหนดขึ้นออกจากความยุติธรรมตามธรรมชาติ การแยกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายออกเป็นสองประเภทดังกล่าวถือได้ว่าเป็นจุดกำเนิดของการอธิบายกฎหมายธรรมชาติและความยุติธรรมในลักษณะที่มีเหตุผล โดยที่เฮราคลิตุสไม่ได้กล่าวไว้เลย งานเขียนของเฮราคลิตุสเหลือรอดถึงปัจจุบันเพียงข้อความสั้น ๆ (fragments)

บทความนี้ใช้ชื่อเรื่องว่า “นิติปรัชญากรีกยุคโบราณ (The Jurisprudence of Ancient Greek Philosophy)” เพื่อสื่อให้วัตถุประสงค์สำคัญว่าต้องการมุ่งเน้นศึกษาแนวคิดกฎหมายหรือ “นิติปรัชญา” จากหลักปรัชญาของกรีกยุคโบราณซึ่งค่อย ๆ ก่อตัวขึ้น เราได้เห็นกระบวนการเปลี่ยนผ่านจากการ

อธิบายปรากฏการณ์ธรรมชาติโดยอ้างอิงเทพเจ้า ไปสู่การตั้งคำถามเกี่ยวกับความเป็นไปของธรรมชาติ ภายใต้กฎแห่งธรรมชาติ (Law of nature) การคิดแบบนี้ได้แยกกระบวนการคิดของคนในสังคมกรีกโบราณที่เดิมยึดติดแบบคติความเชื่อสู่การใช้เหตุผล และจากการอธิบายเรื่องโลกและจักรวาลไปสู่การอธิบายความเป็นไปของชีวิตและสังคม แม้แนวคิดนิติปรัชญาตามที่เข้าใจในปัจจุบันจะยังไม่ปรากฏในยุคสมัยนี้ แต่บรรดางานเขียนของนักคิดเหล่านี้ได้สอดแทรกประเด็นกฎหมาย แนวคิดกฎหมาย และเรื่องความยุติธรรม เป็นส่วนหนึ่งของปรัชญาตะวันตก หลายแนวคิดไม่เกี่ยวกับกฎหมายและความยุติธรรมเลย แต่เป็นรากฐานการพัฒนาความคิดที่สัมพันธ์กับกฎหมาย เราไม่อาจจัดกลุ่มนักคิดนักปรัชญาในที่นี้ว่าเป็นแนวคิดกฎหมายธรรมชาติอย่างที่เราเข้าใจในโรงเรียนสอนกฎหมายประเทศไทย เพราะไม่มีนักคิดคนใดกล่าวถึงกฎหมายธรรมชาติเลย และเราไม่อาจจัดกลุ่มนักปรัชญาในยุคต่อมา กล่าวคือโสกราตีส เพลโต และอริสโตเติล รวมกับนักปรัชญาในยุคก่อนหน้าได้เลย เพราะทั้งสามท่านได้เปลี่ยนแนวทางของปรัชญาจากเดิมที่อธิบายเรื่องโลกและจักรวาลไปสู่การอธิบายความเป็นไปของชีวิตและสังคมอย่างเป็นเหตุเป็นผล รวมทั้งเราไม่อาจจัดกลุ่มนักปรัชญาทั้งสามว่าอยู่ในปรัชญากฎหมายธรรมชาติได้เลย เพราะทั้งสามท่านมิได้กล่าวถึงแนวคิดกฎหมายธรรมชาติไว้แต่อย่างใด เราอาจจัดนักปรัชญาทั้งสามท่านได้ว่าเป็นปรัชญาเมธีอมตะ เหตุที่เป็นปรัชญาอมตะ (Classical philosophy) ก็เพราะแนวคิดของทั้งสามเป็นรากฐานแนวคิดของปรัชญาตะวันตก และได้แยกสายเป็นสรรพวิชาหลายสาขาที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

กล่าวเฉพาะปรัชญากฎหมาย แม้ทั้งสามปราชญ์จะมีได้กล่าวถึงแนวคิดกฎหมายธรรมชาติไว้ แต่ได้กล่าวถึงกฎเกณฑ์ในธรรมชาติ และความยุติธรรมในธรรมชาติไว้โดยผสมผสานกับแนวคิดของนักปรัชญาในยุคก่อนหน้า โดยมีได้ชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎแห่งธรรมชาติกับความยุติธรรมหรือกฎเกณฑ์แห่งศีลธรรมไว้แต่อย่างใด กฎหมายในสมัยของโสกราตีส เป็นกฎเกณฑ์ที่มนุษย์สร้างขึ้นเพื่อใช้บังคับในสังคม โสกราตีสเชื่อว่าความยุติธรรม ไม่อาจผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา และมีบรรทัดฐานความยุติธรรมเพียงหนึ่งเดียว เป็นนิรันดร์ เป็นสากล มนุษย์สามารถแสวงความหมายของความยุติธรรมได้ด้วยการใช้จิตสำนึกพิจารณาและใช้เหตุผล สำหรับเพลโตเห็นว่าสภาวะที่แท้จริงในโลกแห่งธรรมชาติดังโลกแห่งศีลธรรมของมนุษย์และสังคมเป็นสิ่งเดียวกัน เป็นนิรันดร์และไม่อาจแยกจากกันได้ มนุษย์สามารถเข้าถึงโลกแห่งเดียวได้ด้วยการใช้เหตุผลพิจารณา ส่วนอริสโตเติลมีแนวคิดที่แตกต่างออกไป โดยเห็นว่าการใช้อารมณ์ความรู้หรือการรับรู้จากประสาทสัมผัสของมนุษย์เกิดเป็นความคิด กลายเป็นสามัญสำนึก สรรพสิ่งในโลกแห่งจินตนาการหรือจิตวิญญาณของมนุษย์ล้วนเป็นภาพสะท้อนที่มนุษย์ได้เรียนรู้และสัมผัสมา อริสโตเติลเชื่อว่า มนุษย์มีเหตุผลอันศักดิ์สิทธิ์ (Divine reason) ซึ่งเป็นสิ่งที่ติดตัวมาแต่กำเนิด มนุษย์จึงมีความสามารถในการคิดและใช้เหตุผล แนวคิดของปราชญ์เมธีอมตะทั้งสามท่านมีอิทธิพลต่อแนวคิดสำนักสโตอิก (Stoic) ที่ผสมผสานแนวความคิดของโสกราตีส เพลโต และอริสโตเติล ส่งผ่านไปสู่อยุคสมัยต่อมา

บรรณานุกรม

- จรัญ โฆษณานันท์. **นิติปรัชญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561.
- ปวีศร เลิศธรรมเทวี. “นิติปรัชญาในโลกมุสลิม.” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 51, 2 (มิถุนายน 2565): 292-313.
- _____. “นิติปรัชญาโรมัน.” **บทบัณฑิตย** 78, 1 (มกราคม-มีนาคม 2565): 26-64.
- _____. “ลัทธิการเมืองในโลกของนิติปรัชญา.” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 52, 1 (มีนาคม 2566): 54-91.
- _____. “เศรษฐกิจการเมืองในโลกของนิติปรัชญา.” **บทบัณฑิตย** 79, 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2566): 1-44.
- _____. “หลักและทฤษฎีสิ่งแวดล้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ.” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 44, 2 (มิถุนายน 2558): 443-467.
- วิษณุ เครืองาม. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2528.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561.
- สุลักษณ์ ศิวรักษ์. **โสกราตีส**. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2523.
- Aristotle. **Metaphysics**. London: Penguin Books, 2004.
- _____. **The Art of Rhetoric**. London: Penguin Books, 1991.
- _____. **The Nicomachean Ethics**. London: Penguin Books, 2020.
- _____. **The Politics**. London: Penguin Books, 1992.
- Barnes, Jonathan. **Early Greek Philosophy**. London: Penguin Classics, 2008.
- Darwin, Charles. **On the Origin of Species**. London: John Murray Publishing House, 1859.
- Dillon, John and Tania Gergel. **The Greek Sophists**. London: Penguin Books, 2003.
- Dorter, Kenneth. **The Transformation of Plato’s Republic**. Oxford: Lexington Book, 2006.
- Fuller, Lon L. **The Morality of Law** (New Haven and London: Yale University Press, 1964).

- Gagarin, Michael and Paul Woodruff. **Early Greek Legal Thought** in Fred D. Miller, Jr. and Carrie-Ann Biondi (eds). **A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics**. London: Springer, 2015.
- Hawking, Stephen. **A Brief History of Time**. London, United Kingdom: Bantam Books, 1996.
- Hesiod. **Theogony and Works and Days**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Homer. **Iliad**. London: Penguin Classics, 1990.
- _____. **Odyssey (8th Century BC)**. London: Penguin Books, 2003.
- Irwin, Terence. **Classical Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- James, Herrick. **The History of Theory of Rhetoric: An Introduction**. Boston: Allyn and Bacon, 2005.
- More, Thomas. **Utopia (1516)**. London: Penguin Books, 2003.
- Nietzsche, Friedrich. **Philosophy in the Tragic Age of the Greeks**. US.: Regnery Gateway, 1962.
- Plato. **Laws**. London: Penguin Books, 2005.
- _____. **Protagoras and Meno**. London: Penguin Books, 2005.
- _____. **Socrates' Defence**. London: Penguin Books, 2005.
- _____. **Timaeus and Critias (360th BC)**. London: Penguin Books, 2008.
- _____. **The Last Days of Socrates**. London: Penguin Books, 1993.
- _____. **The Republic**. London: Penguin Books, 2007.
- Robinson, Richard. **Essay in Greek Philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1969.
- Rovelli, Carlo. **Anaximander and the Nature of Science**. London: Allen Lane, 2007.
- Stocking, Charles H. **The Politics of Sacrifice in Early Greek Myth and Poetry**. New York: Cambridge University Press, 2017.

ปัญหาในการนำหลัก Principal Purpose Test
มาใช้ในประเทศไทย

สรรพร สรรพัชญา

ปัญหาในการนำหลัก Principal Purpose Test มาใช้ในประเทศไทย*

Issues from the Application of Principal Purpose Test in Thailand

สรพร สรรพชญา**
Sanporn Sanpatchaya

บทคัดย่อ

หลัก Principal Purpose Test (“PPT”) เป็นหลักการที่ใช้ในการพิสูจน์ความแท้จริงของธุรกรรมหรือการจัดการในทางระหว่างประเทศ ซึ่งมีสาระสำคัญว่าหากธุรกรรมหรือการจัดการของผู้เสียภาษีมียัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในยัตถุประสงค์หลักในการเข้ารับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยปราศจากยัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือธุรกิจ เจ้าหน้าที่สรรพากรมีอำนาจปฏิเสธสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนได้

ประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญาพหุภาคีเพื่อป้องกันการกีดกันฐานภาษี และการโยกย้ายกำไร โดยมีผลบังคับใช้เมื่อปี พ.ศ. 2566 ที่ผ่านมา อันส่งผลให้ประเทศไทยต้องรับเอาหลัก PPT มาใช้ในประเทศไทยอย่างไรก็ตาม เนื่องจากในปัจจุบัน ประเทศไทยมิได้มีกฎหมายหรือมาตรการในการพิสูจน์ยัตถุประสงค์ของธุรกรรมหรือการจัดการของผู้เสียภาษี ดังนั้น การขาดแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาหลายประการอันนำไปสู่การขาดประสิทธิภาพในการปรับใช้หลัก Principal Purpose Test ดังกล่าว บทความฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาถึงแนวคิดที่มา และสาระสำคัญของหลัก Principal Purpose Test ตลอดจนตัวอย่างในการปรับใช้ และวิเคราะห์ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นเมื่อประเทศไทยได้นำเอาหลัก Principal Purpose Test มาใช้ รวมถึงข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

คำสำคัญ: ภาษีระหว่างประเทศ, หลักยัตถุประสงค์หลัก, อนุสัญญาพหุภาคีเพื่อป้องกันการกีดกันฐานภาษี และการโยกย้ายกำไร

*บทความวิชาการนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

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

**นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. E-mail: sanpomsan@gmail.com

J.S.D. Candidate, Faculty of Law, Chulalongkorn University.

วันที่รับบทความ (received) 3 เมษายน 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 14 พฤษภาคม 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 29 พฤษภาคม 2567.

Abstract

The Principal Purpose Test is a principle utilized to ascertain the true nature of transactions or arrangements. If such transactions or arrangements have principal purpose or one of the principal purposes to obtain tax benefits according to Double Taxation Agreement without economic or business substance, the tax officer possess the authority to deny tax benefits under Double Taxation Agreement.

Thailand has signed the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, which came into effect in the year 2023. Consequently, Thailand is obligated to implement the Principal Purpose Test. However, since Thailand has never implemented the law or legal measure to prove taxpayer's purpose of transaction or arrangement, thus, the lack of clear guidelines may lead to legal issues resulting in inefficiencies in the application of the Principal Purpose Test. This article aims to explore the conceptual framework and essential details of the Principal Purpose Test, examples of its implementation, analyzing potential issues arising from Thailand's adoption of the Principal Purpose Test and suggestions for solutions of the legal issues.

Keywords: international tax, PPT, MLI

1. บทนำ

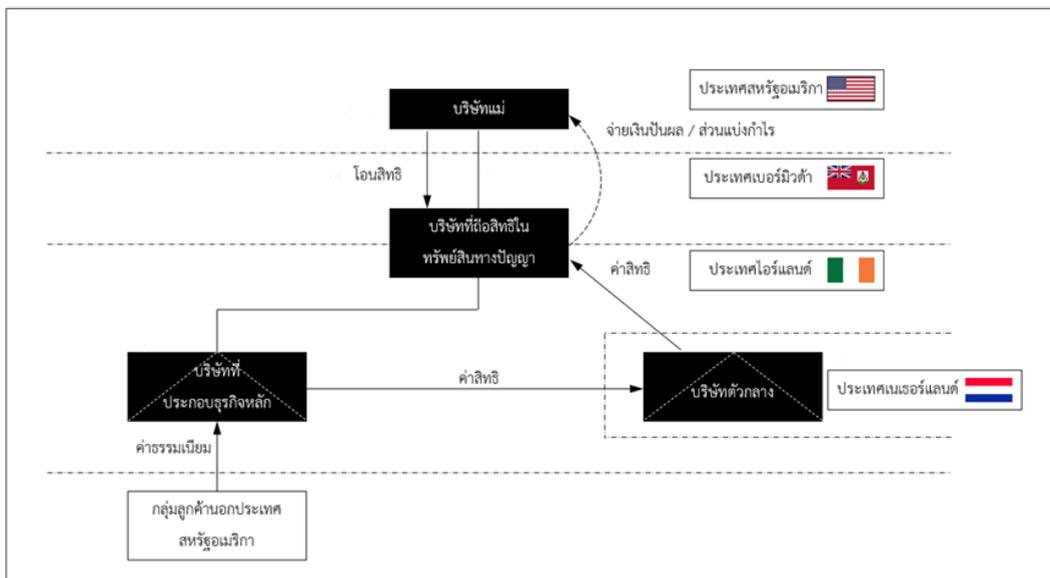
ปัจจุบันการค้าการลงทุนระหว่างประเทศมีการขยายตัวอย่างมากมายอันมีสาเหตุมาจากการที่นโยบายการค้าการลงทุนของแต่ละประเทศมีลักษณะเปิดเสรีทางการค้ามากขึ้นเพื่อกระตุ้นให้เกิดการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศของตน ปัจจัยหนึ่งซึ่งนักลงทุนส่วนใหญ่ใช้ในการตัดสินใจว่าจะลงทุนในประเทศใดคือระบบภาษีอากรในประเทศดังกล่าว กล่าวคือ ภาระภาษีจะต้องไม่มากเกินไปจนสมควร และจะต้องมีความแน่นอน หากประเทศใดอัตราภาษีต่ำ และมีความแน่นอนสูงประเทศนั้นย่อมเป็นจุดหมายปลายทางของนักลงทุนจากต่างประเทศไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม

การที่ประเทศใดให้สิทธิประโยชน์ในทางภาษีเพื่อจูงใจนักลงทุนสามารถกระทำได้โดยผ่านทางกฎหมายภายในหรือทางอนุสัญญาภาษีซ้อน เมื่อมีการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเพื่อจูงใจนักลงทุนย่อมก่อให้เกิดปัญหว่านักลงทุนต้องการลดภาระภาษีให้น้อยที่สุดเพื่อเป็นการลดต้นทุนทางภาษี อันนำมาสู่การที่นักลงทุนสร้างธุรกิจ และการจัดการในระบบภาษีอากรขึ้น ซึ่งคำว่า การสร้างธุรกิจ และการจัดการในที่นี้หมายถึงธุรกิจ และการจัดการที่มีได้มีวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือธุรกิจ แต่หากมีวัตถุประสงค์ในทางภาษีเป็นหลักเพื่อต้องการที่จะเข้ารับเอาประโยชน์ในทางภาษีอากร เช่น กรณี Google Alphabet ซึ่งตั้งอยู่ในประเทศเบอร์มิวด้าและเป็นบริษัทในเครือของ Google Inc. บริษัทแม่ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีรายได้มากถึง 19,200 ล้านดอลลาร์ ทั้งที่ไม่มีพนักงานแม้แต่คนเดียว และไม่มีกรถือครองทรัพย์สินใด ๆ เป็นต้น

กรณีของ Google Inc. นั้น ได้ใช้วิธีการที่เรียกว่า Double Irish Dutch Sandwich¹ ในการจัดโครงสร้างทางภาษี และวางแผนสร้างธุรกิจโดยมีวัตถุประสงค์ทางภาษีเพื่อที่จะลดภาระภาษีของรายได้ที่เกิดขึ้นนอกประเทศสหรัฐอเมริกา วิธีการดังกล่าวจะประกอบไปด้วยบริษัทที่จัดตั้งในประเทศไอร์แลนด์จำนวน 2 บริษัท ซึ่งบริษัทหนึ่งจะเป็นผู้ถือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (IP-Holding) และอีกบริษัทหนึ่งจะทำหน้าที่หลักในการประกอบธุรกิจ (Operating Company) และอีกบริษัทหนึ่งซึ่งจัดตั้งในประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งบริษัทในประเทศเนเธอร์แลนด์จะทำหน้าที่เป็นบริษัทตัวกลาง (Conduit Company) ระหว่างบริษัทที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไอร์แลนด์ทั้งสองบริษัท บริษัทที่ถือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะถูกควบคุมโดยบริษัทแม่ (Parent Company) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ในขณะที่เดียวกันบริษัทที่ถือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัทที่ประกอบธุรกิจหลักในประเทศไอร์แลนด์อีกบริษัทหนึ่ง และบริษัทตัวกลางในประเทศเนเธอร์แลนด์ นอกจากนี้ บริษัท

¹Clemens Fuest and others, “Profit Shifting and ‘Aggressive’ Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform,” ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper 13-078, (October 2013): 4-6.

ที่ถือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีการจัดการ และควบคุมจากประเทศเบอร์มิวด้า ดังนั้น บริษัทที่ถือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีถิ่นที่อยู่ทางภาษีในประเทศเบอร์มิวด้า เนื่องจากกฎหมายภาษีของประเทศไอร์แลนด์กำหนดความเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่จากสถานที่ที่มีการบริหารจัดการที่แท้จริง (Effective place of management) ในขณะเดียวกัน กฎหมายภาษีของประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าบริษัทที่ถือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไอร์แลนด์ เนื่องจากกำหนดความเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่จากสถานที่ที่บริษัทนั้นจดทะเบียนจัดตั้ง (Place of incorporation) รายละเอียดดังภาพประกอบ



กรณีตัวอย่างสามารถพิจารณาได้ว่าธุรกรรม และการจัดการระหว่างกันถูกสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ทางภาษีเป็นหลัก และปราศจากวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือธุรกิจ ซึ่งในมุมมองของนานาประเทศ หากคำนึงถึงผลเสียในเรื่องการที่รัฐที่เกี่ยวข้อง (ซึ่งมักจะเป็นรัฐที่มีอัตราภาษีสูง) ขาดรายได้จากการจัดเก็บภาษี นานาประเทศดังกล่าวเห็นว่าธุรกรรม และการจัดการดังกล่าวไม่สามารถยอมรับได้ แม้จะไม่ผิดกฎหมาย

ผลจากการเกิดขึ้นของธุรกรรม และการจัดการที่มีวัตถุประสงค์ทางภาษีเป็นหลักก่อให้เกิดหลัก Principal Purpose Test (“PPT”) อันเป็นหลักที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่สรรพากรในการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ทางภาษีของผู้เสียภาษีหากเห็นว่าธุรกรรมหรือการจัดการของผู้เสียภาษีเป็นไปโดยมีวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักเป็นการเข้ารับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน ซึ่งประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาพหุภาคีเพื่อป้องกันการกีดกันฐานภาษี และการโยกย้ายกำไร (“อนุสัญญาพหุภาคีฯ” หรือ “MLI”) เมื่อปี พ.ศ. 2565 อันทำให้ประเทศไทยต้องรับเอา

หลัก PPT มาปรับใช้กับอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับภาคีสมาชิกใน MLI อื่น โดยมีผลเริ่มบังคับใช้เมื่อปี พ.ศ. 2566 ที่ผ่านมา อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ได้มีหลักเกณฑ์หรือคำอธิบายในการปรับใช้ PPT ดังกล่าว อันอาจก่อให้เกิดปัญหากฎหมายหลายประการอันส่งผลให้การปรับใช้ PPT ขาดประสิทธิภาพ

2. แนวคิดและความเป็นมาของหลัก Principal Purpose Test

เมื่อปัญหาการสร้างธุรกรรม และการจัดการโดยปราศจากวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจ หรือธุรกิจได้เพิ่มมากขึ้นอันส่งผลให้นานาประเทศไม่สามารถจัดเก็บภาษีอากรอันเป็นรายได้หลักของประเทศได้ องค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจ และการพัฒนาด้วยการสนับสนุนจากประเทศในกลุ่ม G20 OECD ได้มีการจัดทำแผนปฏิบัติการเพื่อป้องกันการกัดกร่อนฐานภาษี และโยกย้ายกำไร (Action Plans on Base Erosion and Profit Shifting) (“แผนปฏิบัติการฯ”) ขึ้น ด้วยหลักการที่ว่าควรที่จะกำหนดมาตรฐานทางภาษีระหว่างประเทศเสียใหม่² แผนปฏิบัติการฯ ได้รับการอนุมัติจาก OECD Committee of Fiscal Affairs (CFA) เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 2013 ต่อมาเมื่อวันที่ 19 - 20 กรกฎาคม ค.ศ. 2013 แผนปฏิบัติการฯ ดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากรัฐมนตรีด้านการเงินการคลังของกลุ่มประเทศ G20 (The G20 finance ministers) แผนปฏิบัติการฯ ดังกล่าวมีเนื้อหาในการกำหนดแนวทางทั้งในประเทศ และระหว่างประเทศซึ่งมีผลทำให้แต่ละรัฐสามารถจัดเก็บภาษีได้ตามสิทธิในการจัดเก็บภาษีตามกฎหมายทางเศรษฐกิจที่แท้จริงได้

แผนปฏิบัติการฯ ที่จัดทำโดย OECD มีทั้งหมด 15 แผนปฏิบัติการ ซึ่งการจัดทำอนุสัญญาพหุภาคีเพื่อดำเนินมาตรการเกี่ยวกับอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในการป้องกันการกัดกร่อนฐานภาษี และโอนกำไรไปยังประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำอยู่ในแผนปฏิบัติการฯ ที่ 15 ซึ่งรวมไปถึงข้อบทว่าด้วยหลัก PPT ด้วย ทั้งนี้ สาเหตุที่ต้องจัดทำอนุสัญญาพหุภาคีฯ เนื่องจากการที่จะให้หลายประเทศนำเอาแผนปฏิบัติการฯ ไปปรับใช้นั้นย่อมต้องให้การแก้ไขอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือมีการจัดทำพิธีสารเพิ่มเติมซึ่งก่อให้เกิดความยุ่งยาก และใช้เวลานาน กล่าวคือ ในการแก้ไขอนุสัญญาภาษีซ้อน และการจัดทำพิธีสารจะต้องมีขั้นตอนการเจรจาแก้ไข และการตกลงกันระหว่างประเทศคู่สัญญาซึ่งจะต้องแก้ไขเป็นรายฉบับ ดังนั้น การใช้อนุสัญญาพหุภาคีฯ จะลดเวลาในการเจรจาแก้ไข และตกลงกันระหว่างประเทศคู่สัญญาเป็นรายฉบับ ซึ่งก็คืออนุสัญญาพหุภาคีฯ จะมีผลใช้บังคับกับประเทศที่ลงนามเป็นภาคีสมาชิกทุกประเทศพร้อมกัน นอกจากจะลดเวลาในการเจรจา และตกลงกันแล้ว อนุสัญญาพหุภาคีฯ ยังคำนึงถึงความพร้อมของประเทศแต่ละประเทศ ซึ่งหากประเทศใด

²OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (OECD Publishing, 2013), pp. 7-11.

ไม่พร้อมนำข้อบทใดไปปฏิบัติ ประเทศนั้นสามารถตั้งข้อสงวนว่าจะไม่นำข้อบทนั้นไปปฏิบัติได้³

หลัก PPT เป็นส่วนหนึ่งของแผนปฏิบัติการฯ ที่ 6 การป้องกันการใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อน โดยบิดเบือน (Prevention of Treaty Abuse) ซึ่งเป็นหนึ่งในสี่แผนปฏิบัติการฯ ที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่ประเทศภาคีสมาชิกในอนุสัญญาพหุภาคีฯ ต้องรับมาปรับใช้กับประเทศของตน โดยมีเงื่อนไขให้ประเทศภาคีสมาชิกในอนุสัญญาพหุภาคีฯ ได้เลือกปฏิบัติดังต่อไปนี้

- 1) ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องรับเอาหลัก PPT ไปปรับใช้เพียงอย่างเดียว หรือ
- 2) ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องรับเอาหลัก PPT ไปปรับใช้คู่กับหลักจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefit - LOB) หรือ

- 3) ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องรับเอาหลัก LOB ไปเพื่อใช้คู่กับมาตรการเพื่อป้องกันการจัดตั้งบริษัทตัวกลางอื่น (anti-abuse measures to counteract conduit financing) ซึ่งมาตรการดังกล่าวสามารถเป็นได้ทั้งมาตรการกฎหมายภายในหรือมาตรการภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน

เมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2564 ประเทศไทยได้ลงนามเข้าร่วมในอนุสัญญาพหุภาคีฯ อันเป็นการตกลงเข้าผูกพันที่จะนำเอามาตรฐานขั้นต่ำภายใต้อนุสัญญาพหุภาคีฯ ซึ่งรวมถึงหลัก PPT มาเป็นส่วนหนึ่งของข้อบทในอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทย โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่รอบระยะเวลาบัญชีวันที่ 1 กรกฎาคม 2565 เป็นต้นไปในกรณีทั่วไป และสำหรับภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายจะเริ่มใช้บังคับตั้งแต่รอบระยะเวลาบัญชีวันที่ 1 มกราคม 2566 เป็นต้นไป

3. สาระสำคัญของหลัก PPT

หลัก PPT มีสาระสำคัญในการทำหน้าที่เป็นเครื่องมือของเจ้าหน้าที่สรรพากรในการตรวจสอบธุรกรรม และการจัดการที่ผู้เสียภาษีได้กระทำขึ้น โดยเจ้าหน้าที่สรรพากรจะต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าการเข้ารับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนของผู้เสียภาษีมิได้เป็นไปโดยมีวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักในการเข้ารับสิทธิประโยชน์ในทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนเท่านั้น แต่จะต้องมีวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือธุรกิจที่สมเหตุสมผลรองรับด้วยหลัก PPT ปกติเป็นถ้อยคำบัญญัติไว้ในวรรคแรกของข้อ 7 ของอนุสัญญาพหุภาคีฯ ซึ่งมีใจความว่า

“แม้ว่าจะมีบทบัญญัติใด ๆ ก็ตามภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนที่บังคับใช้ภายใต้สนธิสัญญานี้ สิทธิประโยชน์ทางภาษีเงินได้หรือผลได้จากทุนภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะถูกปฏิเสธ หากเป็นที่สมเหตุสมผลที่จะเข้าใจได้จากข้อเท็จจริง และสถานการณ์ใด ๆ ว่าการเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษี

³OECD, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project 2015 Final Report (OECD Publishing, 2015), pp. 43-44.

เป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของการจัดการหรือธุรกรรมใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นประโยชน์โดยตรงหรือทางอ้อม เว้นแต่การอนุญาตให้ใช้สิทธิประโยชน์ในสถานการณ์ต่าง ๆ เหล่านั้น จะเป็นไปตามจุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติใด ๆ ที่เกี่ยวข้องภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน”⁴ ซึ่งผู้เขียนสามารถแยกวิเคราะห์รายละเอียดของหลัก PPT ซึ่งบัญญัติใน อนุสัญญาพหุภาคีฯ ได้ดังนี้

3.1 สิทธิประโยชน์ทางภาษีเงินได้หรือผลได้จากทุนภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะถูกปฏิเสธ

ภาษีที่อยู่ในขอบข่ายของหลัก PPT จะอ้างอิงตามประเภทภาษีที่ระบุไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนแต่ละฉบับ ซึ่งในกรณีของประเทศไทย ส่วนมากคือภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ภาษีเงินได้นิติบุคคล ผลได้จากทุน หรือภาษีเงินได้อื่น ๆ อันมีลักษณะในทำนองเดียวกัน โดยภาษีที่ได้กล่าวมาทั้งหมดจัดอยู่ในภาษีประเภทเงินได้ทั้งหมด ดังนั้น หากกรณีผู้เสียได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีประเภทที่ระบุไว้ในขอบข่ายด้านภาษีในอนุสัญญาภาษีซ้อน และเป็นสิทธิประโยชน์ที่ระบุไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับซึ่งผู้เสียภาษีมีสิทธิที่จะใช้ หากพบว่ากรณีสามารถปรับใช้หลัก PPT ได้ ผู้เสียภาษีจะถูกปฏิเสธสิทธิประโยชน์ทางภาษีดังกล่าว ในทางกลับกัน หากกรณีผู้เสียภาษีได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาอื่น หรือตามกฎหมายภายใน หลัก PPT จะไม่ใช่บังคับแก่สิทธิประโยชน์ทางภาษีที่เกิดจากอนุสัญญาอื่น หรือตามกฎหมายภายในนั้น เช่น หากผู้เสียภาษีได้เข้าทำธุรกรรมโดยได้รับสิทธิยกเว้นภาษีเงินได้จากการทำธุรกรรมเช่นว่านั้นตามกฎหมายภายใน เช่นนี้ แม้ว่าวัตถุประสงค์หลักในการเข้าทำธุรกรรมของผู้เสียภาษีคือการเข้ารับประโยชน์ทางภาษีเพียงอย่างเดียว แต่หลัก PPT จะไม่ใช่บังคับ เนื่องจากเป็นสิทธิประโยชน์ทางภาษีตามกฎหมายภายในมิใช่เป็นสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่เกิดขึ้นภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน

⁴Notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement, a benefit under the Covered Tax Agreement shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Covered Tax Agreement.

3.2 หากเป็นที่สมเหตุสมผลที่จะเข้าใจได้จากข้อเท็จจริง และสถานการณ์ใด ๆ ว่าการเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของการจัดการหรือธุรกรรมใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นประโยชน์โดยตรงหรือทางอ้อม

ในหลัก PPT นี้ได้กำหนดเงื่อนไขประการหนึ่งที่ว่าผู้เสียภาษีจะถูกปฏิเสธสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้สนธิสัญญาภาษีซ้อนได้ คือ “หากเป็นที่สมเหตุสมผลที่จะเข้าใจได้จากข้อเท็จจริง และสถานการณ์ใด ๆ” ว่าการเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์หลัก กล่าวคือ ต้องปรากฏโดยข้อเท็จจริง และสถานการณ์ที่สมเหตุสมผลว่าผู้เสียภาษีเข้าทำธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ โดยมีสิทธิประโยชน์ทางภาษีเป็นวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักที่ผู้เสียภาษีได้เข้าทำธุรกรรมหรือการจัดการนั้น ๆ โดยการพิจารณาจากความสมเหตุสมผลของข้อเท็จจริง และสถานการณ์มีหลักการมาจากหลักความสมเหตุสมผล (reasonableness test) ซึ่งเป็นหลักการที่ใช้อย่างแพร่หลายทั้งในทางกฎหมาย และในทางวิชาชีพอื่น เช่น การบัญชี เป็นต้น

ในทางกฎหมายนั้น หลักความสมเหตุสมผลถูกใช้ในกฎหมายหลายสาขา เช่น ในกฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง เป็นต้น ในกฎหมายภาษีอากรนั้น หลักความสมเหตุสมผลถูกใช้อย่างแพร่หลายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) ตัวอย่างเช่น หลักความสมเหตุสมผลถูกกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้เสียภาษีเป็นการหลีกเลี่ยงภาษีหรือไม่ ในมาตรการการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีเป็นการทั่วไป (General Anti Avoidance Rules - GAAR) ของประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา และประเทศแอฟริกาใต้ เป็นต้น หลักความสมเหตุสมผลนั้นถูกกำหนดขึ้นและระบุอยู่ในกฎหมายภาษีอากรของประเทศดังกล่าว เพื่อให้การพิสูจน์อัตวิสัย (subjective) ของผู้เสียภาษีซึ่งแต่เดิมเป็นสิ่งที่พิสูจน์ได้ยาก เนื่องจากเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจของผู้เสียภาษีเป็นภาววิสัย (objective) กล่าวคือ ทำให้สิ่งที่เป็นนามธรรมเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นโดยพิสูจน์จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและสถานการณ์ที่เกิดขึ้น⁵

การพิสูจน์สิ่งที่เป็นอัตวิสัยให้เป็นภาววิสัยโดยการใช้หลักความสมเหตุสมผลได้ถูกนำมาใช้ในหลัก PPT ด้วย ในคำอธิบายของ อนุสัญญาพหุภาคีฯ ซึ่งจัดทำโดย OECD ได้กล่าวถึงหลักสมเหตุสมผลในหลัก PPT ว่า

“ในการพิจารณาว่าหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของผู้เสียภาษีในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ เพื่อเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้สนธิสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่ พึงจะต้องวิเคราะห์โดยใช้หลักภาววิสัย (objective analysis) เพื่อกำหนดจุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์

⁵Dennis Weber, “The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law,” *International Tax Law Review* 1 (August 2017): 49.

ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในธุรกรรม และการจัดการใด ๆ อะไรคือสิ่งซึ่งเป็นจุดมุ่งหมาย (purposes) ของธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ นั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งสามารถจะหาคำตอบได้จากการพิจารณาสถานการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้นโดยรอบการจัดการนั้น ๆ เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์จนสิ้นสงสัยถึงเจตนาของผู้เสียภาษี แต่ต้องพิสูจน์ว่าเป็นการสมเหตุผล (ภายหลังการวิเคราะห์ทางทฤษฎีถึงข้อเท็จจริงและสถานการณ์ใด ๆ) ที่หนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของการจัดการหรือธุรกรรมใด ๆ เป็นไปเพื่อเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน ซึ่งการพิสูจน์นั้นจะต้องไม่ใช่การคาดเดา และการตรวจสอบผลกระทบของการจัดการหรือธุรกรรมใด ๆ จะไม่สามารถหาคำตอบเกี่ยวกับจุดมุ่งหมายของธุรกรรมได้เสมอไป ดังนั้น เมื่อธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ ได้ถูกกระทำ และสามารถอธิบายได้อย่างสมเหตุผลว่าสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่เกิดขึ้นภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน เมื่อนั้นจะสามารถสรุปได้ว่าการจัดการหรือธุรกรรมนั้น ๆ มีวัตถุประสงค์หรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักเป็นการเข้ารับสิทธิประโยชน์ในทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน

นอกจากนี้ บุคคลไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงการตรวจสอบโดยใช้หลักวัตถุประสงค์หลักได้เพียงแค่อ้างว่าการจัดการหรือธุรกรรมนั้น ๆ มิได้ถูกกระทำเพื่อผลประโยชน์ในทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน หลักฐานทั้งหมดจะต้องถูกชั่งน้ำหนัก และพิจารณาว่าเป็นการสมเหตุผลหรือไม่ที่การจัดการหรือธุรกรรมใด ๆ ได้ถูกกระทำโดยมีวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักเป็นการเข้ารับสิทธิประโยชน์ในทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน”

จากคำอธิบาย อนุสัญญาพหุภาคีฯ ของ OECD ผู้เขียนเข้าใจว่าในการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของผู้เสียภาษี จะต้องไม่ใช่การคาดเดา และต้องไม่ใช่แต่เพียงดูที่ผลลัพธ์ของการจัดการหรือธุรกรรมใด ๆ ที่ผู้เสียภาษีได้กระทำ แต่ต้องค้นหาวัตถุประสงค์หลักจากข้อเท็จจริง และชั่งน้ำหนักหลักฐานทั้งหมด ซึ่งหมายถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่รวบรวมมาจากผู้เสียภาษี เช่น ฐานะทางเศรษฐกิจของผู้เสียภาษี ผลของการจัดการหรือธุรกรรมว่าก่อให้เกิดประโยชน์อย่างไร เป็นต้น เพื่อหาข้อสรุปที่สมเหตุผลว่าหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของผู้เสียภาษีคือการเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน ซึ่งข้อสรุปที่สมเหตุผลนั้นไม่จำเป็นต้องสิ้นสงสัยในการกระทำของผู้เสียภาษี

ในกรณีคำว่าธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ ในคำอธิบายอนุสัญญาพหุภาคีของ OECD ได้นิยามว่า “คำว่าธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ จะต้องตีความอย่างกว้างให้รวมถึง นิติกรรมสัญญาบันทึกความเข้าใจ แผนการ ธุรกรรมหรือธุรกรรมที่มีหลายทอด (series of transactions) ไม่ว่าจะ มีผลทางกฎหมายหรือไม่ก็ตาม โดยให้รวมถึงการสร้าง การมอบหมาย การโอน การเข้าครอบครอง ซึ่งเงินได้ หรือทรัพย์สิน หรือสิทธิที่ก่อให้เกิดเงินได้ขึ้น... ซึ่งตัวอย่างของคำว่า การจัดการใด ๆ ให้รวมถึงกรณีที่มีการปฏิบัติหรือการดำเนินการเพื่อยืนยันว่ามีการประชุมของคณะกรรมการขึ้นที่บริษัทซึ่งตั้งอยู่ในประเทศอื่นเพื่อที่พิสูจน์ว่าบริษัทได้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่เกิดการประชุมขึ้นนั้น...”

จากความหมายที่ให้ดังกล่าว ผู้เขียนเห็นด้วยว่าคำว่าธุรกรรม และการจัดการใด ๆ ควรให้มีนิยามที่กว้าง และให้รวมถึงกรณีที่ธุรกรรมหรือการจัดการนั้น ๆ ไม่มีผลทางกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการอุดช่องว่างที่ผู้เสียหายจะสามารถกระทำเพื่อที่จะเข้าทำธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ อันปราศจากวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจได้

นอกจากนี้ สิทธิประโยชน์ทางภาษีที่ได้รับภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนไม่จำเป็นต้องเป็นประโยชน์ทางตรง แม้เป็นประโยชน์ทางอ้อมก็ถือว่าเข้ากรณีสามารถปรับใช้หลักวัตถุประสงค์ได้ เช่น กรณีที่บริษัท เอส. ซึ่งตั้งอยู่ในรัฐ เอส. ได้เข้าซื้อหุ้นและหนี้ทั้งหมดของบริษัทแม่ของบริษัท อาร์. ซึ่งตั้งอยู่ในรัฐ อาร์. ซึ่งหนี้ที่บริษัท เอส. ซื้อจากบริษัทแม่ของบริษัท อาร์. รวมถึงหนี้เงินกู้ยืมโดยมีดอกเบียในอัตราร้อยละ 4 ซึ่งจะถึงกำหนดจ่าย เมื่อทวงถาม รัฐ เอส. มิได้มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐ อาร์. ทำให้เมื่อเกิดการทวงถามให้บริษัท อาร์. ชำระดอกเบี้ยนั้นจะต้องทำการหักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 25 บริษัท เอส. จึงทำงานโอนหนี้ไปให้แก่บริษัท อี. บริษัทในเครือของตนซึ่งตั้งอยู่ในรัฐ อี. แลกเปลี่ยนกับตัวสัญญาใช้เงินโดยมีอัตราดอกเบียร้อยละ 3.9 ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างรัฐ อี. และรัฐ อาร์. ได้มีการกำหนดสิทธิในการเก็บภาษีเงินได้จากดอกเบี้ยให้แก่รัฐ อี. เพียงผู้เดียว ดังนั้น เมื่อบริษัท อี. ได้รับหนี้ดังกล่าว และทวงถามให้บริษัท อี. ชำระหนี้ดอกเบี้ย จึงไม่มีภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่าย ในกรณีเช่นนี้ หลัก PPT อาจถูกปรับใช้กับธุรกรรมระหว่างบริษัท เอส. และบริษัท อี. ในกรณีที่หากเป็นที่สมเหตุสมผลว่าวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์ในการโอนหนี้ดอกเบี้ยให้กับบริษัท อี. มีเพียงเพื่อเข้ารับสิทธิประโยชน์การยกเว้นภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายเท่านั้น โดยปราศจากวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือธุรกิจ จะเห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าวประโยชน์ที่บริษัท เอส. ได้รับคือประโยชน์โดยทางอ้อมมิใช่ประโยชน์ทางตรงซึ่งก็อยู่ในขอบข่ายอำนาจการปรับใช้หลักวัตถุประสงค์ด้วย⁶ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการยาก และซับซ้อนที่จะพิจารณาถึงว่าประโยชน์ใดจะถือว่าเป็นประโยชน์ทางอ้อมของผู้เสียหาย

3.3 เว้นแต่การอนุญาตให้ใช้สิทธิประโยชน์ในสถานการณ์ต่าง ๆ เหล่านั้น จะเป็นไปตามจุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติใด ๆ ที่เกี่ยวข้องภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน

แม้ว่าภายใต้เงื่อนไขในวรรคก่อน เจ้าหน้าที่รัฐจะพิสูจน์โดยสมเหตุสมผลจากข้อเท็จจริงและสถานการณ์ที่เกิดขึ้นว่าการจัดการหรือการเข้าทำธุรกรรมของผู้เสียหายมีวัตถุประสงค์หนึ่งวัตถุประสงค์ใดเพื่อเข้ารับสิทธิประโยชน์ในทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม และผลลัพธ์เป็นไปตามที่พิสูจน์ได้ อย่างไรก็ตาม หลัก PPT ยังคงมีข้อผ่อนปรนว่าเจ้าหน้าที่รัฐก็สามารถอนุญาตให้ผู้เสียหายเข้ารับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนได้ หากว่าการเข้ารับ

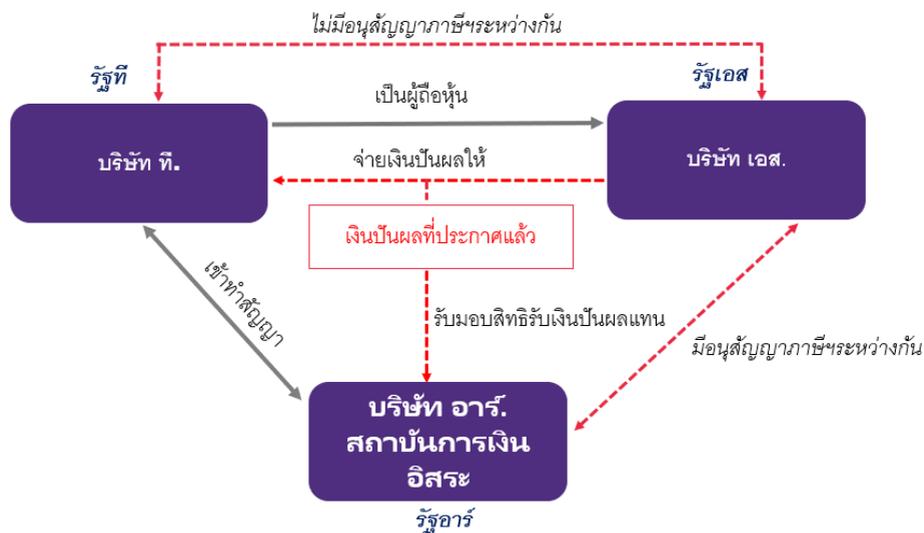
⁶Ibid., p 57.

สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น เป็นไปตามจุดมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อน

4. วิเคราะห์ตัวอย่างการใช้หลัก PPT

4.1 กรณีการโอนสิทธิในการรับเงินปันผล⁷

บริษัท ที. ซึ่งเป็นบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ ที. เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท เอส. เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ของรัฐ เอส. รัฐ ที. ไม่มีอนุสัญญาภาษีกับรัฐ เอส. ดังนั้น เงินปันผลใด ๆ ที่บริษัท เอส. จ่ายให้กับบริษัท ที. จะต้องเสียภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายจากเงินปันผลร้อยละ 25 ตามกฎหมายภายในประเทศของรัฐ เอส. อย่างไรก็ตาม ภายใต้อนุสัญญาภาษีของรัฐ อาร์ - รัฐ เอส. ไม่มีการกำหนดการภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายสำหรับเงินปันผลที่มีถิ่นที่อยู่ในบริษัทในรัฐผู้ทำสัญญา รัฐหนึ่งจ่าย และเป็นเจ้าของที่เป็นประโยชน์โดยผู้มีถิ่นที่อยู่ในบริษัทในอีกรัฐหนึ่ง บริษัท ที. เข้าทำสัญญากับบริษัท อาร์. ซึ่งเป็นสถาบันการเงินอิสระ⁸ ที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ อาร์. ตามที่บริษัท ที. มอบหมายให้บริษัท อาร์. มีสิทธิในการรับเงินปันผลที่ได้ประกาศแล้ว แต่ยังไม่จ่ายโดยบริษัท เอส.



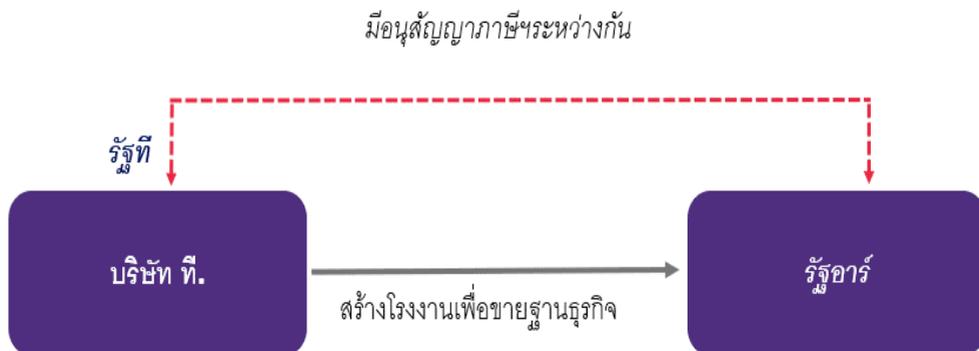
⁷Ibid., p. 59.

⁸หมายถึง สถาบันการเงินที่มีได้ถูกครอบงำหรือถูกควบคุมโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (Independent Financial Institution).

ผู้เขียนเห็นว่าในตัวอย่างนี้กรณีที่ไม่มีข้อเท็จจริง และพฤติการณ์อื่นปรากฏเป็นอย่างอื่นก็ สมเหตุผลที่จะสรุปว่าหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักสำหรับการจัดการ และธุรกรรมที่บริษัท ที. มอบหมาย สิทธิในการรับเงินปันผลให้แก่บริษัท อาร์. คือเพื่อให้บริษัท อาร์. ได้รับประโยชน์ของการยกเว้น ภาษีจากแหล่งที่มาของเงินปันผลที่จัดให้มีขึ้นโดยอนุสัญญาภาษีซ้อนของรัฐ อาร์. - รัฐ เอส. และจะ ชัดต่อเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่จะให้ประโยชน์ของการยกเว้นนั้นภายใต้ ข้อตกลงตามอนุสัญญาภาษีซ้อนนี้

4.2 กรณีการขยายฐานธุรกิจ⁹

บริษัท อาร์. ซึ่งเป็นบริษัทที่อาศัยอยู่ในรัฐ อาร์. อยู่ในธุรกิจการผลิตอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ และธุรกิจของบริษัทกำลังขยายตัวอย่างรวดเร็ว ขณะนี้กำลังพิจารณาที่จะจัดตั้งโรงงานผลิตในประเทศ กำลังพัฒนาเพื่อรับประโยชน์จากต้นทุนการผลิตที่ลดลง หลังจากการตรวจสอบเบื้องต้นแล้วจะมีการ ระบุสถานที่ที่เป็นไปได้ในสามประเทศที่แตกต่างกัน ทั้งสามประเทศมีสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจ และการเมืองที่คล้ายคลึงกัน หลังจากพิจารณาข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐ เอส. เป็นประเทศเดียวในประเทศ เหล่านี้ที่รัฐ อาร์. มีอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีประโยชน์ในด้านภาษีด้วย บริษัท อาร์. ก็ตัดสินใจสร้างโรงงาน ในรัฐ เอส. นั้น

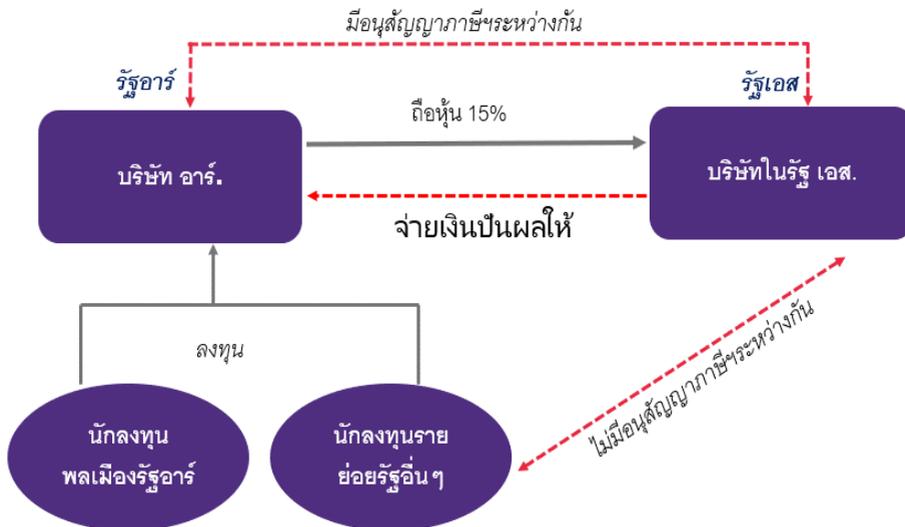


⁹ibid., p. 60.

ผู้เขียนเห็นว่าในตัวอย่างนี้แม้ว่าการตัดสินใจลงทุนในรัฐ เอส. คำนึงถึงผลประโยชน์ที่ได้รับจากอนุสัญญาภาษีซ้อนของรัฐ อาร์. - รัฐ เอส. แต่ก็เป็นที่ชัดเจนว่าวัตถุประสงค์หลักสำหรับการลงทุน และการสร้างโรงงานนั้นเกี่ยวข้องกับการขยายธุรกิจของบริษัท อาร์. และต้นทุนการผลิตของประเทศนั้น ๆ ที่ลดลง อย่างไรก็ตาม ตัวอย่างนี้ไม่สามารถพิจารณาได้อย่างสมเหตุสมผลว่าหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักในการสร้างโรงงานคือการได้รับผลประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน นอกจากนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์ทั่วไปของอนุสัญญาภาษีคือการส่งเสริมการลงทุนข้ามพรมแดนโดยได้รับผลประโยชน์จากอนุสัญญารัฐ อาร์.- รัฐ เอส. สำหรับการลงทุนในโรงงานที่สร้างขึ้นในอนุสัญญารัฐ อาร์.- รัฐ เอส. สำหรับการลงทุนในโรงงานสร้างขึ้นในรัฐ เอส. เป็นไปตามเป้าหมาย และวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น

4.3 กรณีนักลงทุนในประเทศที่ไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนลงทุนผ่านบริษัทจัดการการลงทุน¹⁰

บริษัท อาร์. ซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐอาร์ เป็นบริษัทจัดการการลงทุนที่หลากหลายในตลาดการเงินระหว่างประเทศ ปัจจุบันบริษัท อาร์. ถือหุ้นร้อยละ 15 ในหุ้นของบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ เอส. ซึ่งจะได้รับเงินปันผลประจำปี ภายใต้อนุสัญญาภาษีระหว่างรัฐ อาร์. และรัฐ เอส. อัตราภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายจากเงินปันผลจะลดลงจากร้อยละ 30 เป็นร้อยละ 10



¹⁰ibid., p. 61.

การตัดสินใจลงทุนของบริษัท อาร์. คำนึงถึงการมีอยู่ของสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้ เครือข่ายข้อตกลงด้านภาษีที่ของรัฐ อาร์. นักลงทุนส่วนใหญ่ในบริษัท อาร์. เป็นพลเมืองของรัฐ อาร์. แต่นักลงทุนจำนวนหนึ่ง (นักลงทุนรายย่อย) เป็นพลเมืองของรัฐอื่น ๆ ที่รัฐ เอส. ไม่มีอนุสัญญาภาษี การตัดสินใจของนักลงทุนในการลงทุนในบริษัท อาร์. ไม่ได้ขับเคลื่อนโดยการลงทุนใด ๆ ของบริษัท อาร์. และกลยุทธ์การลงทุนของบริษัท อาร์. ไม่ได้ขับเคลื่อนโดยสถานะทางภาษีของนักลงทุน บริษัท อาร์. แจกจ่ายรายได้เกือบทั้งหมดให้กับนักลงทุนทุกปีและจ่ายภาษีในรัฐ อาร์ สำหรับรายได้ที่ไม่ได้แจกจ่าย ในระหว่างปี

ผู้เขียนเห็นว่าในการตัดสินใจลงทุนในหุ้นของบริษัทที่อาศัยอยู่ในรัฐเอส. บริษัทอาร์. ได้ พิจารณาการมีอยู่ของผลประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีของรัฐ อาร์. - รัฐ เอส. ในส่วนที่เกี่ยวกับ เงินปันผล แต่สิ่งนี้เพียงอย่างเดียวจะไม่เพียงพอที่จะใช้หลัก PPT ได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของ อนุสัญญาภาษีซ้อนคือเพื่อสนับสนุนการลงทุนข้ามพรมแดน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาว่า ธุรกิจ และการจัดการดังกล่าวสามารถปรับใช้หลัก PPT ได้หรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาบริบท ที่ทำการลงทุนด้วย ในตัวอย่างนี้เว้นแต่การลงทุนของบริษัท อาร์. เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงหรือ เกี่ยวข้องกับธุรกรรมหรือการจัดการอื่นที่ดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์หลักในการได้รับผลประโยชน์ ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน เจ้าหน้าที่สรรพากรไม่ควรที่จะปฏิเสธผลประโยชน์ทางภาษีภายใต้ อนุสัญญาภาษีซ้อนของรัฐ อาร์. - รัฐ เอส. ต่อบริษัท อาร์.

จากตัวอย่างที่กล่าวมาในข้างต้น ผู้เขียนสรุปได้ว่าการจะใช้หลัก PPT เจ้าหน้าที่รัฐจะต้อง พิจารณาปัจจัยดังต่อไปนี้

- 1) ข้อเท็จจริง และสถานการณ์แวดล้อมทั้งหมด
- 2) นำพยานหลักฐานทั้งหมดมาซึ่งน้ำหนักเพื่อหาข้อสรุปว่าวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของการจัดการหรือธุรกรรมนั้น ๆ คือการเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีหรือไม่โดยจะต้อง ไม่คาดเดาหรือพิจารณาเพียงแค่เพียงผลลัพธ์ทางภาษีที่ผู้เสียภาษีได้รับเท่านั้น
- 3) การวิเคราะห์ทางทฤษฎีซึ่งจะเป็นตัวกำหนดวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลัก ของผู้เสียภาษีในข้อที่ 2.
- 4) หากกรณีวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักเป็นไปเพื่อการเข้ารับสิทธิ ประโยชน์ในทางภาษี จะต้องพิจารณาว่าการเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีนั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์ ของอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่ หากเป็นไปตามอนุสัญญาภาษีซ้อน เจ้าหน้าที่รัฐสามารถอนุญาตให้ใช้ สิทธิประโยชน์ทางภาษีได้

5. ผลทางภาษีภายหลังการปรับใช้หลัก PPT

เมื่อเจ้าหน้าที่สรรพากรได้พิจารณาแล้วว่าธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ ที่ผู้เสียภาษีได้กระทำ เป็นธุรกรรมหรือการจัดการที่มีวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักในการเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน เจ้าหน้าที่มีสิทธิปฏิเสธ "สิทธิประโยชน์ทางภาษีเงินได้หรือผลได้จากทุนภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน" ได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาความหมายของสิทธิประโยชน์ทางภาษีก่อนว่าสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนมีอย่างไรบ้าง เนื่องจากทั้งในอนุสัญญาภาษีซ้อน และอนุสัญญาพหุภาคีฯ ต่างก็ได้กำหนดความหมายของคำว่าสิทธิประโยชน์ทางภาษีไว้ ผู้เขียนเห็นว่าพึงต้องพิจารณาตามความหมายปกติของบริบท ซึ่งในรายงานฉบับสุดท้ายเรื่องการแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ¹¹ ของ OECD ได้อธิบายว่า "คำว่าสิทธิประโยชน์ให้รวมถึง บทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่เป็นข้อจำกัดทางภาษีทั้งหมด เช่น การลดอัตราภาษี การยกเว้น การเลื่อนระยะเวลาการชำระภาษี และการได้รับเงินภาษีคืน ซึ่งให้โดยประเทศแหล่งเงินได้ ทั้งนี้ตามเงินได้ประเภทต่างๆ ภายใต้ข้อบทที่ 6 - 22 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน การขจัดภาษีซ้อนภายใต้ข้อบทที่ 23 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน และการไม่เลือกปฏิบัติภายใต้ข้อบทที่ 24 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน หรือข้อบทอื่น ๆ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน"

จากคำอธิบายดังกล่าวสามารถพิจารณาได้ว่าสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน มีดังนี้

5.1 ข้อจำกัดทางภาษี เช่น การลดอัตราภาษี การยกเว้นภาษี การเลื่อนการชำระภาษี หรือ การได้รับเงินภาษีคืนตามข้อบทที่ 6 - 22 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนต้นแบบ

โดยปกติแล้ว ในข้อบทที่ 6 - 22 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนต้นแบบ (OECD Treaty Model) จะกล่าวถึงเงินได้ประเภทต่าง ๆ ซึ่งในเงินได้แต่ละประเภทจะกำหนดสิทธิของประเทศคู่สัญญาว่าเงินได้ประเภทใดประเทศไหนมีสิทธิเก็บ ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี คือ ประเทศถิ่นที่อยู่มีสิทธิเก็บเพียงผู้เดียว ประเทศแหล่งเงินได้มีสิทธิเก็บแต่เพียงผู้เดียว และประเทศแหล่งเงินได้มีสิทธิเก็บแต่ต้องไม่เกินอัตราที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อน ซึ่งทั้งสามกรณีอยู่ภายใต้ความหมายของข้อจำกัดทางภาษีที่ผู้เสียภาษีจะได้รับอันถือว่าเป็นประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน เช่น บริษัท ก. มีถิ่นที่อยู่ในประเทศสิงคโปร์ เข้ามาให้บริการในประเทศไทย โดยมีได้ผ่านสถานประกอบการถาวร หากเงินได้ของบริษัท ก. ที่ได้รับเป็นเงินได้ประเภทกำไรจากธุรกิจตามข้อบทที่ 7 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทย - สิงคโปร์ บริษัท ก. จะไม่ต้องเสียภาษีในประเทศไทย เนื่องจากมีข้อจำกัดสิทธิในการเก็บภาษี หรือในกรณีที่บริษัท ก. ได้รับเงินค่าสิทธิจากในประเทศไทยประเภทค่าซอฟต์แวร์

¹¹ibid., p. 56.

จากบริษัทในประเทศไทย บริษัท ก. จะต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายเพียงร้อยละ 5 แทนที่ร้อยละ 15 หากไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อน เป็นต้น ดังนั้น การได้รับประโยชน์จากข้อจำกัดทางภาษีจึงถือเป็นสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่ได้รับภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน

5.2 การการจัดภาษีซ้อนภายใต้ข้อบทที่ 23 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อน

ข้อบทว่าด้วยการจัดภาษีซ้อนเป็นข้อบทที่ใช้สำหรับกรณีเงินได้ที่ผู้มีเงินได้ได้รับเข้าข่ายเสียภาษีในรัฐคู่สัญญาทั้งสองรัฐ ข้อบทดังกล่าวจะทำหน้าที่กำหนดวิธีการในการจัดภาษีซ้อนแก่ประเทศคู่สัญญาซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 วิธี คือ วิธียกเว้น และวิธีเครดิต

5.3 การไม่เลือกปฏิบัติภายใต้ข้อบทที่ 24 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อน

ข้อบทดังกล่าวเป็นการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ซึ่งหมายความว่าประเทศคู่สัญญาไม่สามารถให้สิทธิทางอนุสัญญาภาษีซ้อนแก่คนชาติตนเองพิเศษไปกว่าชาติอื่น หรือไม่สามารถกีดกันสิทธิทางอนุสัญญาภาษีซ้อนแก่คนชาติอื่นให้น้อยกว่าชาติของตนเองได้ รวมถึงไม่สามารถออกข้อกำหนดอันเป็นภาระที่สูงกว่าสิ่งที่คนชาติตนเองต้องปฏิบัติได้

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความหมายตามคำอธิบายดังกล่าว เนื่องจากสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ผู้เสียภาษีได้รับจะต้องเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียภาษีอย่างแท้จริง ซึ่งข้อบทอื่นในอนุสัญญาภาษีซ้อน เช่น ข้อบทที่ 1 - 3 เรื่อง ขอบข่ายด้านภาษี ขอบข่ายด้านบุคคล และคำนิยาม รวมถึงข้อบทที่ 25 เกี่ยวกับวิธีการเพื่อความตกลงร่วมกัน (MAP) เป็นต้น เป็นข้อบทที่ผู้เสียภาษีไม่ได้สิทธิประโยชน์อะไร อย่างไรก็ตาม สิทธิประโยชน์ทางภาษีตามกฎหมายภาษีอันเป็นกฎหมายภายในและกฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายส่งเสริมการลงทุน เป็นต้น ย่อมไม่ใช่สิทธิประโยชน์ทางภาษีอันอยู่ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน

เมื่อพิจารณาแล้วว่าอะไรคือสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน เมื่อเจ้าหน้าที่ปฏิเสธสิทธิประโยชน์ดังกล่าว ผู้เสียภาษียังคงต้องเสียภาษีตามอัตรากฎหมายภายใน เช่น กรณีบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศสิงคโปร์ได้รับเงินค่าสิทธิอันเกี่ยวกับซอฟต์แวร์จากบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย หากเจ้าหน้าที่สรรพากรไทยปรับใช้หลักวัตถุประสงค์แล้วปรากฏว่าวัตถุประสงค์ของการเข้าทำธุรกรรมดังกล่าวคือการเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทย - ประเทศสิงคโปร์ ซึ่งได้รับสิทธิประโยชน์ในการลดอัตราภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายจากร้อยละ 15 ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร เหลือร้อยละ 5 เช่นนี้ เจ้าหน้าที่สรรพากรไทยมีสิทธิปฏิเสธสิทธิประโยชน์ดังกล่าว และให้บริษัทผู้จ่ายเงินได้หักภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายไว้ในอัตราร้อยละ 15 ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร

อย่างไรก็ตาม ในตอนท้ายของหลัก PPT ได้กำหนดข้อยกเว้นว่า “เว้นแต่การอนุญาตให้ใช้สิทธิประโยชน์ในสถานการณ์ต่าง ๆ เหล่านั้น จะเป็นไปตามจุดมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติใด ๆ ที่เกี่ยวข้องภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน” ซึ่งหมายความว่า เจ้าหน้าที่สรรพากรสามารถผ่อนปรนให้ผู้เสียภาษีได้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนดังกล่าว แม้ว่าธุรกรรมหรือการจัดการนั้น ๆ ของผู้เสียภาษีจะเกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักเป็นการเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนก็ตาม แต่ผู้เสียภาษีต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการเข้ารับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนดังกล่าวเป็นไปตามจุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินั้น ๆ ในอนุสัญญาภาษีซ้อน

มีประเด็นต้องพิจารณาประการแรกว่า จุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์มีความหมายแตกต่างกันหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าคำในภาษาอังกฤษของคำว่าจุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ (objective and purpose) นั้น มีความหมายไปในทางเดียวกันซึ่งหมายถึงจุดซึ่งตั้งใจไปให้ถึงและผลที่ประสงค์ให้บรรลุ ดังนั้น คำว่าจุดมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ต่างสามารถใช้แทนที่ซึ่งกัน และกันได้ เนื่องจากเป็นคำที่มีความหมายเดียวกัน (synonyms) ดังนั้น คำว่าจุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ย่อมสื่อถึงสิ่งที่ผู้เสียภาษีได้ตั้งใจให้บรรลุผลเอาไว้

ประเด็นที่ต้องพิจารณาประการต่อมา คือ จุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติในอนุสัญญาภาษีซ้อนคืออะไร และปรากฏอยู่ที่ใดในอนุสัญญาภาษีซ้อน เมื่อผู้เขียนได้พิจารณาอนุสัญญาภาษีซ้อนแล้ว ไม่พบว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนแต่ละข้อบทได้กำหนดจุดมุ่งหมายเอาไว้ อย่างไรก็ตาม Frank Engelen ผู้ซึ่งเป็นนักวิชาการด้านภาษีที่ประเทศเนเธอร์แลนด์ ได้ให้ความเห็นว่า จุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนสามารถหาได้ข้อหวัข้อ และลักษณะของข้อบทในอนุสัญญาภาษีซ้อน กล่าวคือ ชื่อและลักษณะของข้อบทในอนุสัญญาภาษีซ้อนจะบอกจุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ของข้อบทนั้น ๆ เช่น ในข้อบทที่ 6 - 22 เกี่ยวกับประเภทของเงินได้จะเป็นเรื่องการจัดสรรอำนาจในการจัดเก็บภาษีของรัฐถิ่นที่อยู่ และรัฐแหล่งเงินได้ ในข้อบทที่ 23 เกี่ยวกับการขจัดภาษีซ้อนจะเป็นเรื่องวิธีในการขจัดภาษีซ้อน เป็นต้น ดังนี้ เมื่อลักษณะและบริบทของข้อบทเหล่านั้นบ่งบอกจุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ของข้อบทนั้นในอนุสัญญาภาษีซ้อน จึงสามารถพิเคราะห์จุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนจากข้อบทเหล่านั้นได้

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาตามชื่อ และลักษณะของข้อบทในอนุสัญญาภาษีซ้อนเพียงอย่างเดียว อาจจะทำให้เกิดข้อโต้แย้งจากผู้เสียภาษีว่าธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ นั้นเป็นไปตามจุดมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนอยู่แล้ว เช่น บริษัท ก. เป็นบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ต้องการขายหุ้นในราคาสูงกว่ามูลค่าหุ้น (par value) ให้แก่บริษัท ข. ซึ่งเป็นบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยเช่นกัน ผู้ถือหุ้นของบริษัท ก. ได้จัดตั้งบริษัท ค. ในประเทศสิงคโปร์ และขายหุ้นที่ตนถืออยู่ไปยังบริษัท ค. ในราคาหุ้น และให้บริษัท ค. ขายหุ้นให้แก่บริษัท ข. ในราคาที่มีมูลค่าสูงกว่าหุ้น

ดังนั้น ผู้ถือหุ้นของบริษัท ก. จะไม่มีภาระภาษีเงินได้ เนื่องจากเป็นการขายราคาหุ้น และประมวล รัชฎากรอนุญาตให้บุคคลธรรมดาขายหุ้นโดยใช้ราคาหุ้นเป็นราคาตลาดได้ ส่วนมูลค่าที่สูงกว่าหุ้น จากการที่บริษัท ค. ขายหุ้นให้แก่บริษัท ข. จะไม่มีภาระภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่าย เนื่องจากในอนุสัญญา ภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทย - สิงคโปร์ กำหนดให้ประเทศสิงคโปร์ซึ่งเป็นประเทศถิ่นที่อยู่มีสิทธิในการจัด เก็บภาษีจากผลได้จากหุ้นตามข้อบทที่ 13(4) แต่เพียงผู้เดียว ในกรณีนี้หากมีการใช้หลัก PPT เข้ามา ปรับใช้ สิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน คือ การยกเว้นภาษี (เนื่องจากประเทศไทย ไม่มีสิทธิจัดเก็บภาษี) จากธุรกรรมการขายหุ้นระหว่างบริษัท ค. และบริษัท ข. อาจถูกปฏิเสธได้ เพราะ เป็นธุรกรรมที่มีวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักคือการเข้ารับสิทธิประโยชน์ในทาง ภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน

ในกรณีที่ผู้เสียภาษีโต้แย้งโดยใช้เหตุผลในวรรคก่อน ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะต้องนำเอาอารัมภบท ของอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือคำอธิบายอนุสัญญาภาษีซ้อน (commentary) มาใช้พิจารณาจุดมุ่งหมาย และ วัตถุประสงค์ของข้อบทของอนุสัญญาภาษีซ้อน เนื่องจากอารัมภบทของอนุสัญญาสามารถบ่งบอกจุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานั้นด้วย อีกทั้งยังเป็นที่ยอมรับว่าอารัมภบทถือเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญา และสามารถตีความเจตนารมณ์ของอนุสัญญาได้จากอารัมภบทของอนุสัญญาดังกล่าวด้วย¹² ซึ่งในอารัมภบทของอนุสัญญาภาษีซ้อนซึ่งถูกแก้ไขโดยข้อบทที่ 6 ของอนุสัญญาพหุภาคีได้กล่าวว่า “มีความประสงค์จะจัดทำอนุสัญญาภาษีซ้อนเพื่อการขจัดภาษีซ้อนเกี่ยวกับภาษีที่เก็บจากเงินได้ และหุ้น โดยไม่ประสงค์จะก่อให้เกิดการไม่เสียภาษีหรือการลดภาระภาษีผ่านทางภาษี และ การหลีกเลี่ยงภาษี (รวมถึงผ่านทาง การแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบซึ่งมุ่ง ประสงค์จะรับสิทธิประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนสำหรับสิทธิประโยชน์โดยทางอ้อมจากผู้มีถิ่นที่อยู่ใน รัฐที่สาม” ในส่วนของคำอธิบายอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น ผู้เขียนเห็นว่าคำอธิบายถือเป็นส่วนหนึ่ง ของการตีความอนุสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ประเทศไทยจึงสามารถใช้คำอธิบายอนุสัญญา ภาษีซ้อนเพื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ และจุดมุ่งหมายของอนุสัญญาภาษีซ้อนได้เช่นเดียวกัน ดังนี้ เจ้าหน้าที่ สรรพากรไทยสามารถที่จะแย้งได้ว่าการจัดตั้งบริษัท ค. ที่ประเทศสิงคโปร์แล้วโอนขายหุ้นให้แก่บริษัท ข. เป็นการกระทำที่มีเจตนาเพื่อลดหรือยกเว้นภาระภาษีผ่านทาง การหลีกเลี่ยงภาษี ซึ่งขัดต่อจุดมุ่งหมาย และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อน

กล่าวโดยสรุปแล้ว ผลทางภาษีภายหลังจากการปรับใช้หลักวัตถุประสงค์ที่จะเกิดขึ้นก็คือ เจ้าหน้าที่ สรรพากรสามารถที่จะปฏิเสธสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน และประเมินการจัดเก็บภาษี ตามอัตราภาษีของกฎหมายภายในได้ อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่สรรพากรอาจยกเว้นให้ผู้เสียภาษีใช้ สิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนต่อไปได้ หากว่าการเข้ารับสิทธิประโยชน์ดังกล่าว

¹²อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969, มาตรา 31.

เป็นไปตามจุดมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีส้อน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจะต้องพิจารณาจาก ประการแรก ชื่อและลักษณะของข้อบทนั้น ๆ ในอนุสัญญาภาษีส้อน และประการที่สอง อารัมภบท ของอนุสัญญาภาษีส้อน โดยควรต้องพิจารณาทั้งสองประการประกอบกันเพื่อความเป็นธรรมทั้งฝ่าย จัดเก็บภาษี และฝ่ายผู้เสียภาษี

6. วิเคราะห์ปัญหาจากการนำหลัก PPT มาใช้ในประเทศไทย

6.1 ปัญหาด้านขอบเขตการบังคับใช้

หลัก PPT เป็นหลักการทางกฎหมายภาษีส้อนที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาพหุภาคีฯ (MLI) ให้อำนาจเจ้าหน้าที่สรรพากรของประเทศไทยในการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีส้อน หากผู้เสียภาษีได้เข้าทำธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ อันมีวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์ เพียงเพื่อการเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีส้อนภายใต้อนุสัญญาภาษีส้อนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียน เห็นว่าการปรับใช้หลัก PPT ในประเทศไทยอาจก่อให้เกิดปัญหา 2 ประการ ได้แก่

ปัญหาประการแรก หลัก PPT จะใช้บังคับได้แต่เพียงธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ ที่ผู้เสียภาษี ได้ทำขึ้นเพื่อเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีส้อนภายใต้อนุสัญญาภาษีส้อนเท่านั้น กล่าวคือ การที่ผู้เสียภาษี ต้องเข้ารับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีส้อนย่อมมีสาเหตุมาจากธุรกรรมที่ผู้เสียภาษีกระทำ เป็นธุรกรรมระหว่างประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหลัก PPT จะใช้บังคับกับธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ ระหว่าง ประเทศเท่านั้น หากผู้เสียภาษีได้ทำธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ เพียงเพื่อเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีส้อน ภายใต้ประมวลรัษฎากร เช่น สิทธิการยกเว้นภาษีส้อนจากการโอนกิจการทั้งหมด หรือการแยกสัญญาโดย มิได้มีการกระทำตามเนื้อหาของสัญญาอย่างแท้จริงอันเป็นธุรกรรมภายในประเทศ เจ้าหน้าที่สรรพากร ของประเทศไทยไม่สามารถที่จะปรับใช้หลักวัตถุประสงค์ได้

ประการที่สอง เนื่องจากหลัก PPT มีผลสืบเนื่องมาจากการเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกใน อนุสัญญาพหุภาคีฯ (MLI) อันมีเป้าหมายในการแก้ไขเพิ่มเติมอนุสัญญาภาษีส้อนฉบับที่มีอยู่แล้วใน ปัจจุบัน การที่ประเทศไทยจะปรับใช้หลัก PPT นั้น จะต้องพิจารณาถึงประเทศคู่สัญญาในอนุสัญญา ภาษีส้อนด้วยว่ามีเป็นภาคีสมาชิกใน MLI หรือไม่ หากเป็นภาคีสมาชิกใน MLI ประเทศไทยจะต้อง พิจารณาอีกว่าประเทศภาคีสมาชิกอื่นได้รับเอาหลัก PPT ไปใช้ด้วยหรือไม่ หรือว่ามีการตั้งข้อสงวน ไตหรือไม่ ผู้เขียนขอยกตัวอย่าง หากบริษัทในประเทศฟิลิปปินส์ได้เข้ามาจัดตั้งบริษัทในประเทศไทย เพื่อประกอบกิจการในประเทศไทย และบริษัทในประเทศฟิลิปปินส์ดังกล่าวได้มีการเข้าทำธุรกรรมกับ บริษัทลูกในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์ในการนำเอาเงินกำไรออกแก่บริษัทในประเทศฟิลิปปินส์ อย่างไรก็ตาม บริษัทในประเทศฟิลิปปินส์ไม่ยอมเสียภาษีเงินปันผลในอัตราร้อยละ 10 ตามมาตรา 70 แห่ง ประมวลรัษฎากรประกอบกับข้อบทที่ 10 แห่งอนุสัญญาภาษีส้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศฟิลิปปินส์

บริษัทในประเทศฟิลิปปินส์จึงเข้าทำสัญญาบริการกับบริษัทลูกในประเทศไทย เมื่อเป็นสัญญาบริการแล้ว หากบริษัทในประเทศฟิลิปปินส์มีได้มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย จะไม่ต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายตามกฎหมายไทย หากเจ้าหน้าที่สรรพากรของประเทศไทยพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นธุรกรรมที่มีวัตถุประสงค์ทางภาษีเป็นหลัก และต้องการที่จะปรับใช้หลัก PPT ดังนี้ เจ้าหน้าที่สรรพากรของประเทศไทยจะไม่สามารถที่จะปรับใช้หลัก PPT กับธุรกรรมดังกล่าวได้ เนื่องจากประเทศฟิลิปปินส์มิได้เป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาพหุภาคีฯ เมื่อประเทศฟิลิปปินส์มิได้เป็นคู่สัญญาในอนุสัญญาพหุภาคีฯ อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทย และประเทศฟิลิปปินส์จึงมิได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยผลของอนุสัญญาพหุภาคีฯ ดังกล่าว

6.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐาน

หลักความชัดเจนของกฎหมาย (Legal Certainty) เป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏในระบบกฎหมายทุกระบบในทุกประเทศ และมีบทบาทสำคัญในการกำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องรับรองสิทธิของประชาชนที่จะรับทราบบทบัญญัติของกฎหมาย ตลอดจนสิทธิ และภาระหน้าที่ต่าง ๆ ของตน กล่าวคือ กฎหมายต้องชัดเจนมากเพียงพอที่จะให้ประชาชนเข้าใจ และรับรู้ถึงสิทธิ เสรีภาพ และขอบเขตของภาระหน้าที่ที่มีภายใต้กฎหมาย

กฎหมายภาษีอากรถือเป็นกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากกฎหมายภาษีอากรเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้กับประชาชนในการเสียภาษี ในขณะที่เดียวกัน ก็เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการเสียภาษี กล่าวคือ กฎหมายภาษีอากรมีการตีกรอบเสรีภาพของประชาชนไว้ว่าเพียงเท่าใดที่ประชาชนจะใช้เสรีภาพในการวางแผนภาษีได้ ดังนั้น กฎหมายภาษีจึงมีความจำเป็นจะต้องมีความชัดเจนเพื่อให้ผู้เสียภาษีได้ตระหนักถึงภาระภาษีที่ตนจะต้องเสียให้กับรัฐ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศสคดี Administration des Douanes v Societe Anonyme Gondrand Freres and Societe Anonyme Garancini, (1981) ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีจากผู้เสียภาษี โดยศาลวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาว่า

“กฎหมายหรือระเบียบที่จะเรียกเก็บภาษีจากผู้เสียจะต้องชัดเจน และแม่นยำเพื่อให้ผู้เสียภาษีปราศจากความคลุมเครือสงสัยในสิทธิ และภาระหน้าที่ของตน รวมทั้งขั้นตอนการดำเนินการต่าง ๆ ที่ผู้เสียภาษีจะต้องกระทำในขั้นต่อไปด้วย¹³”

หลักการดังกล่าวยังสอดคล้องกับหลักภาษีอากรที่ดีของ Adam Smith อีกด้วย ซึ่งอธิบายว่าระบบภาษีอากรที่ดีต้องมีความชัดเจนแน่นอนต่อผู้เสียภาษี ผู้เสียภาษีจะต้องทราบว่าภาระภาษีของตนมีเท่าใด ซึ่งหมายความว่า กฎหมายภาษีจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอให้ผู้เสียภาษีทราบภาระภาษีของตนเอง

¹³David Scott and Alexandra Felix, *Principles of Administrative Law* (London: Cavendish Publishing), p. 276.

เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาในหลัก PPT แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าหลัก PPT รวมถึงการจะปรับใช้หลัก PPT ขาดข้อกำหนดมาตรฐาน กล่าวคือ หลัก PPT ขาดความชัดเจนเพียงพอที่จะให้ผู้เสียหายทราบสิทธิและหน้าที่ของตน ดังข้อความว่า

“สิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะถูกปฏิเสธหากเป็นที่สมเหตุผลที่เข้าใจได้จากข้อเท็จจริง และสถานการณ์ใด ๆ ว่าการเข้ารับสิทธิประโยชน์ทางภาษีเป็นวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของการจัดการหรือธุรกรรมใด ๆ”

ผู้เขียนเห็นว่าข้อความดังกล่าวมิได้กำหนดลักษณะของธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของการทำธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ อันเป็นไปเพื่อการเข้ารับสิทธิประโยชน์ในทางภาษีอากร ข้อความดังกล่าวเพียงแต่ระบุให้เจ้าหน้าที่สรรพากรต้องพิจารณาถึงความสมเหตุผลของสถานการณ์ที่เกิดขึ้นซึ่งหมายความว่าให้เจ้าหน้าที่สรรพากร และศาลใช้ดุลยพินิจตามที่เห็นควร ซึ่งจะทำให้การพิจารณาธุรกรรมที่ต้องด้วยหลักวัตถุประสงค์นั้น เป็นไปอย่างไม่มีบรรทัดฐาน และไม่มีขอบเขตของการใช้ดุลยพินิจ อีกทั้งการอ้างดุลยพินิจในการตรวจสอบจะก่อให้เกิดคำถามในเชิงเปรียบเทียบสำหรับสองกรณีที่ผลลัพธ์ต่างกันว่าต่างกันอย่างไร

6.3 ปัญหาเกี่ยวกับความพร้อมของเจ้าหน้าที่

เมื่อมีกฎหมายใหม่ใช้บังคับย่อมต้องเกิดปัญหาความพร้อมของบุคลากรผู้ใช้กฎหมาย กล่าวคือ เจ้าหน้าที่สรรพากรหรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการที่จะต้องปรับใช้หลัก PPT กับธุรกรรมของผู้เสียหายที่มีได้มีความเกี่ยวข้องโดยตรงหรือยังไม่มีประสบการณ์ในการเกี่ยวข้องกับกฎหมายดังกล่าว อาจมิได้มีความรู้ ความเข้าใจอย่างเพียงพอ เจ้าหน้าที่สรรพากรที่ทราบเรื่องก็อาจจะมิเพียงไม่กี่ท่านที่ได้ติดต่อหรือรับผิดชอบงานโดยตรงในการพิจารณาร่างอนุสัญญาพหุภาคีฯ หลัก PPT ได้เริ่มบังคับใช้ตั้งแต่รอบระยะเวลาบัญชีวันที่ 1 กรกฎาคม 2565 และมีผลบังคับใช้กับธุรกรรมที่เกิดขึ้นในประเทศไทยตั้งแต่รอบระยะเวลาบัญชีวันที่ 1 มกราคม 2566 นับจนถึงปัจจุบันนับว่าเป็นระยะเวลาหนึ่งปีกว่า ผู้เขียนเห็นว่าความสามารถ และความพร้อมในการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่สรรพากรเป็นส่วนสำคัญในการทำให้การปรับใช้หลัก PPT เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และทำให้สัมฤทธิ์ผลตามเป้าหมายที่ได้กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม ในฐานะที่ผู้เขียนเป็นผู้ที่ติดต่อประสานงานกับเจ้าหน้าที่กรมสรรพากรพื้นที่เป็นประจำ ผู้เขียนได้สอบถามโดยวาจาไปยังเจ้าหน้าที่สรรพากรชั้นปฏิบัติการที่ผู้เขียนได้ติดต่อดำเนิน และนับแต่ที่หลัก PPT ได้ใช้บังคับผู้เขียนได้รับคำตอบจากเจ้าหน้าที่สรรพากรที่ผู้เขียนได้สอบถามทั้งหมดว่าไม่ทราบถึงการเข้ารับเอาหลัก PPT มาใช้ในประเทศไทยอันแสดงให้เห็นถึงความไม่พร้อมในการใช้หลัก PPT ในประเทศไทย เพราะหากเจ้าหน้าที่สรรพากรมิได้มีความรู้

ความเข้าใจที่เพียงพอ ก็จะไม่สามารถปรับใช้หลัก PPT ดังกล่าว ตลอดจนอธิบายให้แก่ผู้เสียหายให้เข้าใจได้ว่าหลัก PPT มีที่มารวมถึงวิธีการใช้อย่างไร ซึ่งทำให้การปรับใช้ PPT ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และไม่เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้

6.4 ปัญหาเกี่ยวกับความเสมอภาค

ในตอนแรกของหลัก PPT นั้นให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ผู้เสียหายได้รับหากเจ้าหน้าที่รัฐพิสูจน์ได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonable to conclude) และในส่วนข้อยกเว้นของหลัก PPT ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถผ่อนปรนให้ผู้เสียหายสามารถเข้ารับสิทธิประโยชน์ในทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนดังกล่าวได้ หากว่าผู้เสียหายสามารถที่จะพิสูจน์ได้ว่า การเข้ารับเอาประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนเป็นไปตามเจตนารมณ์ และความมุ่งหมายของอนุสัญญาภาษีซ้อนซึ่งในส่วนของข้อยกเว้นนี้ภาษาอังกฤษใช้คำว่า establish ซึ่งหมายถึงการทำให้บางสิ่งบางอย่างเป็นที่ยอมรับ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐเพียงแต่สรุปข้อเท็จจริงหากเป็นที่สมเหตุสมผล แต่กำหนดให้ผู้เสียหายต้องทำให้เจ้าหน้าที่รัฐยอมรับว่าธุรกรรม และการจัดการของผู้เสียหายสามารถใช้อ้อยกเว้นได้เป็นการกำหนดภาระที่ไม่เสมอภาคหรือความไม่สมส่วนของภาระการพิสูจน์ (asymmetry of evidentiary requirements) เนื่องจากการที่ผู้เสียหายต้องทำให้เจ้าหน้าที่รัฐยอมรับในสิ่งที่จะเข้าข้อยกเว้นได้นั้นสามารถกระทำได้ยากกว่าและมีภาระที่มากกว่าเจ้าหน้าที่รัฐในการเพียงแค่นำเอาข้อเท็จจริงมาสรุปอย่างสมเหตุสมผลเท่านั้น ปัญหาความเสมอภาคดังกล่าว อาจส่งผลให้ผู้เสียหายหลีกเลี่ยงที่จะใช้หลัก PPT โดยการเข้าทำธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ ในประเทศที่ไม่มีการใช้ MLI นั้นเอง

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

หลัก PPT เป็นหลักการทางกฎหมายภาษีอากรที่มุ่งเน้นการพิสูจน์ความแท้จริงของธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ ผ่านทางวัตถุประสงค์ของธุรกรรม โดยหากธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ ของผู้เสียภาษีมิได้มีวัตถุประสงค์ในทางเศรษฐกิจหรือธุรกิจ แต่เป็นเพียงการสร้างธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ เพียงเพื่อวัตถุประสงค์หลักในการเข้ารับสิทธิประโยชน์ในทางภาษีอากรภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน เจ้าหน้าที่สรรพากรสามารถที่จะปฏิเสธสิทธิประโยชน์ทางภาษีนั้นได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เสียหายยังสามารถที่จะพิสูจน์ได้ว่า การเข้ารับเอาสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์ และเจตนารมณ์ของอนุสัญญาภาษีซ้อน ในกรณีดังกล่าว เจ้าหน้าที่สรรพากรย่อมต้องอนุญาตให้ผู้เสียหายได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนต่อไป อย่างไรก็ตาม การเข้ารับเอาหลักการ PPT มาใช้ในประเทศไทย

อาจก่อให้เกิดปัญหาหลายประการอันส่งผลให้การใช้หลัก PPT ในประเทศไทยไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร อันได้แก่ ปัญหาด้านขอบเขตบังคับใช้ ปัญหาด้านการกำหนดมาตรฐาน ปัญหาด้านความพร้อมของเจ้าหน้าที่สรรพากร และปัญหาความเสมอภาค

ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว เหล่านี้ ประการแรก ผู้เขียนเสนอแนะให้กรมสรรพากรจัดอบรม ภายในเป็นการเร่งด่วนเพื่อให้บุคลากรผู้บังคับใช้กฎหมายมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหลัก PPT เพื่อพร้อมในการนำหลัก PPT ไปปรับใช้กับกรณีของผู้เสียภาษี ประการที่สอง กรมสรรพากรควรจัดทำคู่มือเกี่ยวกับการใช้หลัก PPT เป็นลายลักษณ์อักษร โดยอาจพิจารณาออกแนวปฏิบัติภายในแก่เจ้าหน้าที่สรรพากรก่อน เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการปฏิบัติ และการปรับใช้หลัก PPT แล้วจึงออกหลักเกณฑ์ที่เผยแพร่แก่สาธารณะ รวมถึงผู้เสียภาษีเพื่อให้ผู้เสียภาษียอมรับ เช่น คำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. โดยครอบคลุมถึงด้านเนื้อหา และขั้นตอนการปรับใช้เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้หลัก PPT อย่างเป็นรูปธรรม ประการที่สาม เนื่องจากมีการปรับใช้หลัก PPT ในต่างประเทศมาแล้ว กรมสรรพากรควรจะศึกษาการปรับใช้หลัก PPT ในต่างประเทศ เช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสหราชอาณาจักร เป็นต้น เพื่อนำเอาผลการศึกษามาปรับใช้ในประเทศไทย ประการที่สี่ ประเทศไทยควรจะมีการพัฒนากฎหมายหรือมาตรการ อันเป็นกฎหมายภายในเพื่ออุดช่องโหว่จากการสร้างธุรกรรมหรือการจัดการของผู้เสียภาษีอันเป็นธุรกรรมภายในประเทศ ประการที่ห้า ศาล และสรรพากรควรสร้างแนวทางการปรับใช้หลัก PPT จากแนวคำพิพากษาหรือข้อพิพาทเพื่อสร้างความชัดเจนในการปรับใช้ให้แก่ทั้งเจ้าหน้าที่สรรพากรและผู้เสียภาษี ประการที่หก กรมสรรพากรควรจัดตั้งหรือมอบหมายให้มีหน่วยงานภายในที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้หลัก PPT โดยเฉพาะ ซึ่งอาจจะเป็นกองภาษีระหว่างประเทศ หรือ กองตรวจสอบภาษีกลาง หรือ กองกำกับกิจการผู้เสียภาษีขนาดใหญ่ (LTO) ซึ่งการมีหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยเฉพาะนี้จะทำให้การปรับใช้ PPT มีระเบียบแบบแผนและทิศทางที่ชัดเจนขึ้น ทั้งนี้ ข้อเสนอแนะทั้งหมดที่กล่าวมาก็เพื่อให้การปรับใช้หลัก PPT ในประเทศไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ และเจตนารมณ์ของผู้ร่าง อีกทั้ง ยังเป็นการช่วยให้การเก็บภาษีของประเทศไทยมีหลักการ และขอบเขตที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้นด้วย

บรรณานุกรม

- Fuest, Clemens and others. "Profit Shifting and 'Aggressive' Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform." **ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper** 13-078, (October 2013): 4-6.
- Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting.
- OECD. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**. OECD Publishing, 2013.
- _____. **OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project 2015 Final Report**. OECD Publishing, 2015.
- Scott, David and Alexandra Felix. **Principles of Administrative Law**. London: Cavendish Publishing.
- Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.
- Weber, Dennis. "The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law." **International Tax Law Review** 1 (August 2017): 49.

หน้าที่ในการบอกกล่าว เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผล
ต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม

ธชธร ประตังถาโต

หน้าที่ในการบอกกล่าว เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม*

The Duty to Notify of Any Events Affecting Liabilities of Joint Debtors

ธชธร ประตังธาโต**

Thachathorn Pratangtato

บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้กำหนดหลักการให้การกระทำบางประการของลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งที่ได้ไปกระทำต่อเจ้าหนี้ หรือการกระทำบางประการของเจ้าหนี้ต่อลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง อาจจะมีผลกระทบต่อลูกหนี้ร่วมคนอื่นด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายกลับไม่ได้มีการอธิบายว่า ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ซึ่งต้องผูกพันในผลของการกระทำเหล่านั้นด้วย จะทราบถึงการกระทำนั้นได้อย่างไร

จากการศึกษาพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและของต่างประเทศได้ยอมรับหลักการว่า เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่สำคัญบางประการขึ้น บุคคลที่มีส่วนกระทำให้เกิดผลกระทบต่อความรับผิดชอบและจะกล่าวอ้างสิทธิโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ นั้น ควรเป็นผู้มีหน้าที่ในการบอกกล่าวไปยังผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง โดยหากฝ่าฝืน

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “หน้าที่ในการบอกกล่าว เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ คือ รองศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปาน และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์.

This research article is a part of thesis “The Duty to Notify of Any Events Affecting Liabilities of Joint Debtors.” This thesis has been approved by graduate school as partial fulfillment of the requirements for Master of Laws at Chulalongkorn University. Assistant Professor Dr.Kansak Bejrananda is advisor. Associate Professor Dr.Munin Pongsapan and Assistant Professor Dr.Wirote Watinpongpaun are examiners.

**นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. E-mail: thachathorn.p@gmail.com

LL.M. Candidate, Faculty of Law, Chulalongkorn University.

วันที่รับบทความ (received) 14 มิถุนายน 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 20 สิงหาคม 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 4 กันยายน 2567.

หน้าที่ดังกล่าวย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิของตนโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ได้อย่างเต็มที่ นอกจากนี้ ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ทุกฝ่ายควรที่จะต้องปฏิบัติต่อกันด้วยความสุจริต รวมถึงพึงมีหน้าที่กระทำการป้องกันคุ้มครองสิทธิของกันและกัน อันรวมถึงการบอกกล่าวให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ทราบถึงเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบของเขาด้วย

ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรกำหนดให้ลูกหนี้ร่วมที่จะเข้าชำระหนี้หรือได้ชำระหนี้แล้ว หรือลูกหนี้ร่วมที่ได้รับการปลดหนี้ นั้น มีหน้าที่ในการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ว่าตนจะชำระหนี้หรือตนได้มีการชำระหนี้หรือตนได้รับการปลดหนี้จากเจ้าหนี้แล้ว

คำสำคัญ: ลูกหนี้ร่วม, เหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความรับผิด, หลักสุจริต

Abstract

According to the Civil and Commercial Code of Thailand certain acts of one joint debtors towards the creditor, or certain acts of the creditor towards one joint debtors, may affect to the other joint debtors. However, that is not explained how the other joint debtors, who are bound by the consequences of these actions, will be informed of these actions.

From studies, it has been found that both the Thai Civil and Commercial Code and Foreign Civil Codes acknowledge the principle that when significant events occur, the person whose acts impact the liability and claims rights based on the consequences of the event affecting the liability must notify the relevant parties involved in the obligation. If that person fails to give notice, he cannot fully assert his rights based on the consequences of the event affecting the liability of those involved in the obligation. Furthermore, all parties should act towards each other in good faith. This includes the duty to protect each other's rights, which encompasses notifying relevant parties of any events affecting their liability.

Therefore, according to opinion of the author, one joint debtor who will perform the obligation, has performed the obligation, or has been released from the obligation should have the duty to notify the other joint debtors.

Keywords: joint debtors, events affecting liabilities, good faith

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้มีการกำหนดหลักการให้การกระทำบางประการของลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งที่ได้ไปกระทำต่อเจ้าหนี้ หรือการกระทำบางประการของเจ้าหนี้ต่อลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง อาจจะมีผลกระทบต่อลูกหนี้ร่วมคนอื่นด้วย ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 292-294¹ ซึ่งได้กำหนดให้การที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งชำระหนี้หรือกระทำการใด ๆ อันพึงกระทำแทนการชำระหนี้ วางทรัพย์สินแทนชำระหนี้ หักกลบหนี้ หรือการที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้กับลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง หรือการที่เจ้าหนี้ผิดนัดต่อลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง มีผลถึงลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ด้วย แม้ว่าลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ จะไม่ได้เป็นผู้กระทำการหรือรับรู้ถึงการกระทำนั้นด้วย แต่กฎหมายกลับไม่ได้มีการบัญญัติว่าลูกหนี้ร่วมผู้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ หรือเจ้าหนี้ผู้รับชำระหนี้ หรือเจ้าหนี้ผู้ทำการปลดหนี้ จะต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ แต่อย่างใด เช่นนี้แล้ว จึงน่าสงสัยว่า ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ซึ่งต้องผูกพันในผลของการกระทำเหล่านั้นด้วย จะทราบถึงการกระทำนั้นได้อย่างไร

เมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับบัญญัติกฎหมายเรื่องค้ำประกัน ที่มีความใกล้เคียงกันกับกรณีลูกหนี้ร่วม เนื่องจากเป็นกรณีที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ของบุคคลหลายคนที่ต้องชำระหนี้อันเดียวกัน เช่นเดียวกัน พบว่า ในหลักกฎหมายเรื่องค้ำประกัน กรณีที่ผู้ค้ำประกันได้มีการเข้าชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้กฎหมายได้กำหนดให้ผู้ค้ำประกันพึงต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ด้วย หากปรากฏว่าผู้ค้ำประกันเข้าชำระหนี้โดยไม่ได้ออกกล่าวไปยังลูกหนี้และลูกหนี้ได้เข้าชำระหนี้ซ้ำอีก กฎหมายได้กำหนดเป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกันว่าผู้ค้ำประกันจะไม่สามารถใช้สิทธิไล่เบี่ยเรียกจำนวนเงินที่ได้ชำระหนี้ไปจากลูกหนี้ได้ตามมาตรา 696² ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับกรณีของลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งที่ได้เข้าชำระหนี้โดยไม่ได้มีการบอกกล่าวลูกหนี้ร่วมคนอื่น ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ลูกหนี้ร่วมผู้ชำระหนี้ต้องบอกกล่าว

¹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 292 “การที่ลูกหนี้ร่วมกันคนหนึ่งชำระหนี้นั้น ย่อมได้เป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้คนอื่น ๆ ด้วย วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้บังคับแก่การใด ๆ อันพึงกระทำแทนชำระหนี้ วางทรัพย์สินแทนชำระหนี้ และหักกลบหนี้ด้วย

ลูกหนี้ร่วมกันคนหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องอย่างไร ลูกหนี้คนอื่น ๆ จะเอาสิทธิอันนั้นไปใช้หักกลบหนี้หน้าได้ไม่”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 293 “การปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมกันคนหนึ่งนั้น ย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ลูกหนี้คนอื่น ๆ เพียงเท่าส่วนของลูกหนี้ที่ได้ปลดให้ เว้นแต่จะตัดตกลงกันเป็นอย่างอื่น”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 294 “การที่เจ้าหนี้ผิดนัดต่อลูกหนี้ร่วมกันคนหนึ่งนั้น ย่อมได้เป็นคุณประโยชน์แก่ลูกหนี้คนอื่น ๆ ด้วย.”

²ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 696 “ผู้ค้ำประกันไม่มีสิทธิจะไล่เบี่ยเอาแก่ลูกหนี้ได้ ถ้าว่าตนได้ชำระหนี้แทนไปโดยมิได้บอกลูกหนี้ และลูกหนี้ยังมิรู้ความมาชำระหนี้ซ้ำอีก

ในกรณีเช่นว่านี้ ผู้ค้ำประกันก็ได้แต่เพียงจะฟ้องเจ้าหนี้เพื่อคืนลามิควรรได้เท่านั้น.”

ไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่นแต่อย่างใด และเป็นภาระของลูกหนี้ร่วมผู้ชำระหนี้ซ้ำอีกโดยไม่รู้เหตุการณืนั้นที่จะต้องไปเรียกคืนจากเจ้าหนี้ฐานลามิควรได้เสียเอง

ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติแล้ว คู่สัญญาอาจป้องกันปัญหาข้างต้นได้โดยการกำหนดในข้อสัญญาว่า หากเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม ผู้ที่เป็นต้นเหตุในการก่อให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าว ต้องบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมทุกคนทราบถึงเหตุการณ์นั้นด้วย อย่างไรก็ตามหากในสัญญาไม่มีการกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวเช่นว่า ก็มีปัญหาทางทฤษฎีที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม จะมีใครเป็นผู้มีหน้าที่บอกกล่าวหรือไม่ และหน้าที่ดังกล่าวเกิดขึ้นได้โดยอาศัยฐานใด อนึ่ง ในทางทฤษฎีมีความเห็นแนวหนึ่งซึ่งมองว่า แม้ว่าในสัญญาหรือกฎหมายจะมิได้กำหนดหรือระบุหน้าที่บางประการไว้โดยตรงก็ตาม ก็อาจใช้หลักสุจริตไปเสริมเนื้อหาและอุดช่องว่างของสัญญาได้ เพื่อให้บรรลุความประสงค์อันแท้จริงแห่งนิติสัมพันธ์นั้น ๆ เช่น หน้าที่ของคู่สัญญา หรือหน้าที่ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่ต้องมีต่อกันในการให้ข้อมูล อธิบาย คำเตือนหรือให้ความร่วมมือตามควรแก่กรณี รวมถึงหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในเรื่องการใช้สิทธิหรือปฏิบัติภาระหนี้ตามนิติสัมพันธ์นั้น ๆ ตามควรด้วยความสุจริต³ เช่นนี้แล้ว ถึงแม้ว่าบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ในการบอกกล่าวเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม แต่อาจนำหลักกฎหมายเรื่องหลักสุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณาปรับใช้เพื่อกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าว เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมได้ แต่อย่างไรก็ดี การตีความตามหลักสุจริตเพื่อกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวนั้น เป็นเรื่องดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายของศาล จึงอาจมีความไม่ชัดเจนหรือไม่แน่นอนเท่ากับการบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องหน้าที่ในการบอกกล่าวเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

กล่าวโดยสรุป การที่บทบัญญัติกฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีการบอกกล่าวให้ชัดเจนเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม อาจเป็นการเปิดช่องให้มีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้ ทำให้ลูกหนี้ร่วมที่ไม่ได้รับการบอกกล่าวไม่ทราบถึงเหตุการณ์ที่อาจมีผลต่อความรับผิดชอบของตน ได้รับความเสียหายและเกิดภาระที่มากกว่าที่ควรเป็นได้

³กิตติศักดิ์ ปรกติ, “หลักความสุจริตและเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้,” ใน เอกสารประกอบการศึกษาวิชาความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 92.

2. ระเบียบวิธีวิจัย

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1.1 เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจว่าในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม ผู้ที่เป็นต้นเหตุในการก่อให้เกิดเหตุการณ์นั้น ควรจะต้องมีหน้าที่ในการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมหรือไม่

2.1.2 เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจว่าหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมทราบถึงเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม ควรมีขอบเขตเพียงใด

2.1.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ว่า หากมีการฝ่าฝืนหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมทราบถึงเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม ควรจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร

2.1.4 เพื่อศึกษาและเสนอแนะแนวทางในการนำหลักสุจริต มาปรับใช้เพื่อกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม

2.2 สมมติฐานการวิจัย

แม้ว่าบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ในการบอกกล่าวเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม แต่อาจนำหลักกฎหมายเรื่องหลักสุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาพิจารณาปรับใช้เพื่อกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าว เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมได้

2.3 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการที่ไม่ได้บัญญัติถึงหน้าที่ในการบอกกล่าวไว้อย่างชัดเจน เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม โดยผู้เขียนมุ่งศึกษาว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากเกิดกรณีที่มีเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม หรือส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมผู้ที่เป็นต้นเหตุในการก่อให้เกิดเหตุการณ์นั้น ควรจะต้องมีหน้าที่ที่จะบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมทราบถึงเหตุการณ์ดังกล่าวด้วยหรือไม่ โดยจะทำการศึกษาทั้งในส่วนของตัวบทกฎหมาย คำพิพากษา ความเห็นนักกฎหมาย และศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน และประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

2.4 วิธีในการดำเนินงานวิจัย

การดำเนินการวิจัยของการศึกษานี้ใช้วิธีค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบเอกสาร (Documentary Research) โดยรวบรวมจากหนังสือกฎหมาย บทบัญญัติของกฎหมาย แนวความคิดของนักนิติศาสตร์ คำพิพากษาของศาล วิทยานิพนธ์และบทความที่เกี่ยวข้อง แหล่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต ทั้งในส่วนที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ โดยนำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบ เพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนของหน้าที่ในการบอกกล่าว เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม และลดช่องว่างของโอกาสในการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตระหว่างคู่สัญญา

2.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

2.5.1 ทำให้ทราบและเข้าใจว่าในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม ผู้ที่เป็นต้นเหตุในการก่อให้เกิดเหตุการณ์นั้น ควรจะต้องมีหน้าที่ในการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมหรือไม่

2.5.2 ทำให้ทราบและเข้าใจว่าหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมทราบถึงเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม ควรมีขอบเขตเพียงใด

2.5.3 ทำให้ทราบและเข้าใจว่า หากมีการฝ่าฝืนหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมทราบถึงเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม ควรจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร

2.5.4 ทำให้ทราบแนวทางในการนำหลักสุจริต มาปรับใช้เพื่อกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม

3. แนวคิดเกี่ยวกับหน้าที่ในการบอกกล่าว เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้

ในหัวข้อนี้จะศึกษาเกี่ยวกับหลักความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับเรื่องหนี้และหน้าที่ รวมถึงแนวคิดของหลักสุจริตกับการกระทำของคู่สัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ ประกอบกับศึกษาบทบัญญัติกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและของต่างประเทศที่ได้มีการกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวในกรณีต่าง ๆ เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับหน้าที่ในการบอกกล่าวในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ เพื่อนำไปวิเคราะห์เกี่ยวกับหน้าที่ในการบอกกล่าวในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมต่อไป

⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 249.

3.1 หลักความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหนี้ และหน้าที่

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย และของต่างประเทศไม่ได้มีการกำหนดนิยามหรือความหมายของ “หนี้” ไว้เป็นการเฉพาะ โดยในทางความเห็นของนักวิชาการทางด้านกฎหมาย เช่น ศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายว่า “หนี้” หมายถึง เป็นความผูกพันที่มีผลทางกฎหมาย ซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าเจ้าหนี้ ชอบที่จะได้รับชำระหนี้ มีวัตถุเป็นการกระทำ หรือดเว้นหรือส่งมอบทรัพย์สินจากบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าลูกหนี้⁵ ในทางความเห็นของนักกฎหมายของเยอรมัน เช่น Professor Dr.Heinz – Peter Mansel ก็ได้มีการอธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำว่าหนี้เอาไว้ สอดคล้องกันว่า “หนี้ (Schuld) หมายถึง หน้าที่ในการปฏิบัติชำระหนี้ของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นมาจากนิติสัมพันธ์หรือความสัมพันธ์ทางกฎหมาย” ส่วนในทางกฎหมายญี่ปุ่นนั้น “หนี้ (saiken)” หมายถึง สิทธิในการเรียกร้องให้กระทำการหรือไม่กระทำการอันหนึ่งอันใดที่เฉพาะเจาะจงและมีผลผูกพันในทางกฎหมายจะต้องประกอบไปด้วย 1) เจ้าหนี้และลูกหนี้ 2) วัตถุแห่งหนี้ หรือการกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ที่แน่นอน⁶ โดยจากการศึกษาจึงอาจสรุปได้ว่า “หนี้” คือ ความสัมพันธ์ที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายเจ้าหนี้และฝ่ายลูกหนี้ ซึ่งการพิจารณาว่าฝ่ายใดเป็นเจ้าหนี้ จะพิจารณาในด้านของสิทธิ ว่ามีสิทธิที่ได้รับการชำระหนี้จากลูกหนี้หรือไม่ โดยจะต้องเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ส่วนการพิจารณาว่าฝ่ายใดเป็นลูกหนี้ จะพิจารณาจากหน้าที่ ว่ามีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้หรือไม่ ซึ่งหนี้ที่จะต้องปฏิบัติชำระหนี้ นั้น จะเป็นหนี้การกระทำ หนี้ดเว้นการกระทำ หรือหนี้ส่งมอบทรัพย์สินก็ได้

เมื่อการจะพิจารณาว่าฝ่ายใดเป็นลูกหนี้ นั้นจะต้องพิจารณาว่า มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้หรือไม่ จึงพึงจะต้องเข้าใจความหมายของคำว่า “หน้าที่” เสียก่อน ซึ่งในส่วนของความหมายของคำว่า “หน้าที่” ได้มีนักวิชาการทางด้านกฎหมายให้ความเห็นเอาไว้เช่นกัน กล่าวคือ ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายว่า หน้าที่เป็นความชอบธรรมในทางความผูกพันต่อบุคคล ที่ให้บุคคลผู้มีหน้าที่ตกอยู่ในสถานะที่จะต้องกระทำ หรือดเว้นที่จะกระทำการ หรือยอมให้เขากระทำการ เพื่อให้เป็นไปตามผลประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลอื่น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 ซึ่งบัญญัติว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่ง การชำระหนี้ด้วยการงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมีได้” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางหนี้ว่าหนี้นั้นมีผลอย่างไร ในอีกแง่หนึ่งก็อาจกล่าวได้ว่า มาตรานี้กำหนดว่าลูกหนี้มีหน้าที่อย่างไร และเจ้าหนี้มีสิทธิอย่างไรด้วย⁶ โดยผู้มี

⁵J.E. de Becker, *Annotated Civil Code of Japan* (London: Butterworth & co, 1909), p. 4.

⁶ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร:คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 85.

หน้าที่จะเลือกไม่ได้ว่าจะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติ บุคคลที่มีหน้าที่จะต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือยอมให้เขากระทำการ เพื่อให้เป็นไปตามประโยชน์ของบุคคลอื่น นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.ศรินทร์กรณ์ โสทธิพันธุ์ อธิบายว่า “หน้าที่” อาจมีการเรียกทับซ้อนเมื่ออธิบายเรื่อง “หนี้ตามกฎหมาย” มี “หน้าที่” ซึ่งมีใช้หนี้อยู่ด้วย เพราะในบางกรณีที่มี “หน้าที่” แต่ไม่ใช่หนี้เนื่องจากขาดลักษณะของความเป็นหนี้ ขาดสายสัมพันธ์ทางหนี้ ขาดเจ้าหนี้ลูกหนี้ ขาดวัตถุแห่งหนี้ แต่ปัจเจกชนอาจมี “หน้าที่” บางอย่าง ตามกฎหมายหรือตามเจตนาแล้วแต่กรณี โดยหน้าที่ตามกฎหมาย จะเป็นกรณีที่หน้าที่ที่กฎหมาย กำหนดไว้หรือหน้าที่โดยทั่วไปที่จะงดเว้น เช่น กรณีผู้ทำคำเสนอมีหน้าที่ที่จะไม่ถอนคำเสนอของตน ได้ภายในเวลาอันคาดหมายได้ว่าอีกฝ่ายจะสนองรับ ตามมาตรา 355⁷ และส่วนหน้าที่ตามเจตนา จะเป็นกรณีที่เกิดจากเจตนาหรือการกระทำของตน เช่น กรณีผู้ให้คำมั่นมีหน้าที่ที่จะไม่ถอนคำมั่น หรือกรณี เข้าเจรจาสัญญา ในระหว่างนั้นแม้สัญญายังไม่เกิดขึ้น มีหน้าที่ที่จะต้องไม่เปิดเผยความลับของคู่กรณี และแม้ว่าจะเป็นหน้าที่ตามเจตนา ก็ต้องมีกฎหมายรับรองให้มีผลตามเจตนาด้วย⁸ จึงอาจสรุปได้ว่า หนี้ นั้นเป็นความผูกพันที่จำเป็นที่จะต้องมีการกระทำสองฝ่าย คือ เจ้าหนี้ และลูกหนี้ แต่หน้าที่นั้น อาจมีเพียงบุคคลฝ่ายเดียวที่มีความผูกพันจะต้องกระทำตามหน้าที่ได้โดยไม่ต้องมีหนี้

โดยความหมายทั่วไปแล้ว หนี้ และหน้าที่คงไม่ได้มีความหมายแตกต่างกันมากนัก แต่พึงสังเกตว่าคำว่า หนี้ (Obligation) นั้น มีความหมายกว้างกว่าคำว่า หน้าที่ (Duty) เนื่องจากหน้าที่ (Duty) เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการที่บุคคลหนึ่งมีความผูกพันที่จะต้องกระทำการตามหน้าที่ของเขาเพียง ฝ่ายเดียว ผูกพันบุคคลผู้มีหน้าที่นั้นให้ต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือยอมให้เขากระทำการ เพื่อให้เป็นไปตามประโยชน์ของบุคคลอื่น แต่ในขณะที่ หนี้ (Obligation) เป็นเรื่องความสัมพันธ์ ระหว่างบุคคลหนึ่งกับอีกบุคคลหนึ่งที่มีความผูกพันระหว่างกัน เช่นนี้ เมื่อเกิดขึ้นแล้วไม่ใช่จะมีเพียง ฝ่ายลูกหนี้เพียงเท่านั้นที่มีหน้าที่ แต่ฝ่ายเจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้ได้รับสิทธิที่ย่อมมีหน้าที่ด้วยเช่นกัน⁹ และนอกจากลูกหนี้เจ้าหนี้จะมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกันอันเป็นหน้าที่หลักตามสัญญาแล้ว ในทาง กฎหมายแพ่งเยอรมัน ยังได้มีการแบ่งประเภทของหน้าที่ ว่าจะต้องมีหน้าที่ข้างเคียงในการชำระหนี้

⁷ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 355 “บุคคลทำคำเสนอไปยังผู้อื่นซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง และมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองจะถอนคำเสนอของตนเสียภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าว สอนอนั้น ท่านว่าหากอาจจะถอนได้ไม่.”

⁸ศรินทร์กรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2562), หน้า 272 – 274.

⁹Otta von Gierke, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht : insbesondere die Form der Schul- und Haftungsgeschäfte* (Breslau: M&L. Macus, 1910), p. 113. อ้างถึงใน ชูญา หลีประเสริฐ, หน้าที่ข้างเคียงในการชำระหนี้, หน้า 9.

(Die Nebenleistungspflichten) อีกด้วย ซึ่งหน้าที่ข้างเคียงนั้น หมายถึง หน้าที่อื่น ๆ ซึ่งมีใช้หน้าที่หลัก แต่เป็นหน้าที่ที่ครอบคลุมถึงเรื่องของการเตรียมการ (Vorbereitung) การช่วยเหลือสนับสนุน (Unterstützung) การรับประกัน (Sicherung) และการปฏิบัติการอื่นใดที่มีผลทำให้การชำระหนี้มีผลถูกต้องครบถ้วน (vollständigen Erfüllung หรือ Durchführung) เนื่องจาก ความสำเร็จของการชำระหนี้ นั้น ไม่ได้อาศัยเพียงแต่การปฏิบัติชำระหนี้ของลูกหนี้ตามหน้าที่หลักอย่างเดียวเท่านั้น แต่อาจจะต้องขึ้นอยู่กับองค์ประกอบของสถานการณ์แวดล้อมอื่นประกอบด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า คู่สัญญาไม่ได้มีหน้าที่เพียงปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาเพียงอย่างเดียว แต่คู่สัญญายังมีหน้าที่ข้างเคียงในการคำนึงถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของคู่สัญญาฝ่ายอื่นด้วย ซึ่งหน้าที่ข้างเคียงดังกล่าว มีที่มาจาก การตีความหลักสุจริต

3.2 หลักสุจริตกับการกระทำของคู่สัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้

หลักสุจริต ถือได้ว่าเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายทั้งในกฎหมายของไทยและของต่างประเทศ โดยได้มีการยอมรับและตีความหลักสุจริตเพื่อปรับใช้กับเหตุการณ์ต่าง ๆ กันมาอย่างช้านาน โดยหลักสุจริตนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นหลักแห่งความชอบธรรม หลักแห่งมาตรฐานความซื่อสัตย์หรือความเชื่อมั่นศรัทธาที่บุคคลพึงมีต่อกัน รวมถึงหน้าที่หรือการปฏิบัติต่าง ๆ ต่อกันด้วยความสุจริตด้วย เป็นขอบเขตที่กำหนดความประพฤติของบุคคลในสังคมให้เป็นในทิศทางที่ดีที่ชอบ กำหนดวางให้หลักสุจริตอยู่ในฐานะหลักทั่วไปของกฎหมาย เพื่อที่จะได้เป็นหลักพื้นฐานในการกำหนดหน้าที่ของบุคคลทุกคนไปในทิศทางเดียวกัน คือ จะต้องกระทำการใช้สิทธิของตนหรือปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต อันเป็นมาตรฐานทางคุณค่าทางสังคมตามกฎหมายเกณฑ์ที่ยอมรับกันว่าสอดคล้องกับความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของบุคคลโดยทั่วไป หรือตามมาตรฐานของวิญญูชนที่เกี่ยวข้องนั่นเอง¹⁰

โดยในทางกฎหมายแพ่งของเยอรมันได้มีการยอมรับหลักสุจริต และพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับหลักสุจริตจนได้นำหลักสุจริตไปบัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 241(2) ด้วย ซึ่งในมาตรา 241¹¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันได้กำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ซึ่งเกิดจากความสัมพันธ์ทางหนี้เอาไว้ว่า

“1) ด้วยอำนาจของความสัมพันธ์ทางหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้จากลูกหนี้ได้ โดยการชำระหนี้นี้อาจรวมถึงการงดเว้นกระทำกราก็ได้

¹⁰กิตติศักดิ์ ปรกติ, เรื่องเดิม, หน้า 12.

¹¹The German Civil Code, Section 241 “(1) By virtue of an obligation, an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist of forbearance.

(2) By its contents, an obligation may oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party.”

2) ความสัมพันธ์ทางหนี้ซึ่งขึ้นอยู่กับเนื้อหาของความสัมพันธ์นั้น ๆ ย่อมผูกพันคู่กรณีแต่ละฝ่ายในอันที่จะต้องพิจารณาถึงสิทธิ ผลประโยชน์ทางกฎหมายและผลประโยชน์อื่นของคู่กรณีอีกฝ่ายด้วย”

พบว่าในบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันในมาตรา 241 นั้น อาจจำแนกหน้าที่ซึ่งเกิดมาจากความสัมพันธ์ทางหนี้ได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน โดยหน้าที่ประเภทแรก คือ หน้าที่หลักในการปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งมาจากบทบัญญัติมาตรา 241(1) และหน้าที่ประเภทที่สอง คือ หน้าที่ในการคุ้มครองป้องกันในการต้องไม่ทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียประโยชน์ ตามความในมาตรา 241(2) ซึ่งหน้าที่รองหรือหน้าที่ในการคุ้มครองป้องกันในการต้องไม่ทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียประโยชน์ ตามมาตรา 241(2) นั้น มีรากฐานมาจากการตีความหลักสุจริตของศาลนั่นเอง โดยนักกฎหมายเยอรมันส่วนใหญ่เรียกหน้าที่ในมาตรา 241(2) นี้ว่า หน้าที่ในการคุ้มครองป้องกัน หรือหน้าที่ข้างเคียงในการชำระหนี้

หัวใจหลักของหน้าที่ข้างเคียงซึ่งเกิดจากหลักสุจริตนั้น คือ การมุ่งหมายว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องช่วยเหลือคู่สัญญาอีกฝ่ายในการชำระหนี้ตามสัญญา ทำให้การชำระหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถกระทำสำเร็จได้ ไม่กระทำการละเมิดต่อประโยชน์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและต้องไม่ทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาเสื่อมเสียไป¹² โดยหน้าที่ข้างเคียงมักเกิดขึ้นในกรณีที่จำเป็นต้องทำให้การชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายอื่นสำเร็จลงได้ ซึ่งขอบเขตของหน้าที่ดังกล่าวมีเพียงไรนั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ วัตถุประสงค์ของแต่ละสัญญา ไม่อาจกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่จากแนวบรรทัดฐานที่ศาลเยอรมันได้มีการวินิจฉัยถึงหน้าที่ข้างเคียงไปในทำนองเดียวกันโดยทำให้อาจจำแนกหน้าที่ข้างเคียงซึ่งมีที่มาจากหลักการตีความหลักสุจริตของคำพิพากษาของศาลเยอรมันได้ออกเป็น 5 ประเภทด้วยกัน (1) หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (2) หน้าที่ในการแลกเปลี่ยนอย่างสุจริต (3) หน้าที่ในการหลีกเลี่ยงไม่ทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาเสื่อมเสียไป ซึ่งลูกหนี้มีหน้าที่ต้องกระทำการที่เขาทำได้เพื่อปกป้องให้การชำระหนี้ตามสัญญานั้นเป็นไปได้ (4) หน้าที่ในการให้ความร่วมมือและให้ความช่วยเหลือแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเพื่อให้การชำระหนี้ตามสัญญาสำเร็จลงได้ (5) หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นสาระสำคัญแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย¹³ จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายนอกจากที่จะมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกันตามที่ปรากฏในสัญญาอันเป็นหน้าที่หลักแล้วนั้น ยังมีหน้าที่รองหรือหน้าที่ข้างเคียงที่จะต้องช่วยเหลือกันให้การปฏิบัติตามสัญญาสำเร็จลงได้และไม่ทำให้อีกฝ่ายต้องเสื่อมเสียผลประโยชน์

¹²ศุภวิชญ์ ธีรจันทรางกูร, หน้าที่ในการให้ความร่วมมือในการชำระหนี้, (2563), หน้า 34.

¹³Jack Beatson and Daniel Friedmann, *Good Faith and Fault in Contract Law* (New York: Clarendon Press, 1997), pp. 177 – 178.

3.3 ข้อค้นพบเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้ผู้ที่เป็นต้นเหตุในการก่อให้เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ ต้องบอกกล่าวเหตุการณ์ดังกล่าวไปยังผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้

จากการศึกษาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้เกิดขึ้น กฎหมายมักจะกำหนดให้บุคคลที่มีส่วนกระทำให้เกิดผลกระทบต่อความรับผิด และจะกล่าวอ้างสิทธิโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ นั้น เป็นผู้มีหน้าที่ในการบอกกล่าวไปยังผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ให้ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงนั้นด้วย โดยกฎหมายได้กำหนดไว้ในหลายกรณีด้วยกัน ซึ่งอาจยกตัวอย่างโดยสรุปได้ดังนี้

3.3.1 กรณีที่เจ้าหนี้ได้มีการโอนหนี้ที่พึงได้รับจากลูกหนี้ไปให้แก่บุคคลภายนอก ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 306¹⁴ ได้มีการกำหนดไว้ให้เจ้าหนี้และ/หรือผู้รับโอน ซึ่งเป็นผู้ก่อให้เกิดเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ จะต้องบอกกล่าวเหตุการณ์นั้นไปยังลูกหนี้ด้วย และถึงแม้ว่าบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น จะไม่ได้มีการกำหนดชัดแจ้งให้บุคคลใดต้องมีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้เอาไว้อย่างชัดแจ้ง แต่กฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นก็ประสงค์ให้บุคคลภายนอกผู้รับโอน มีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 466(3)¹⁵ ว่าในกรณีที่บุคคลภายนอกผู้รับโอนได้มีการเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ และกำหนดระยะเวลาให้ชำระหนี้แก่ตนตามสมควร ลูกหนี้จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกผู้รับโอนไม่ได้ ซึ่งการที่บุคคลภายนอกผู้รับโอน ได้เรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในกำหนดระยะเวลาตามสมควร ย่อมมีผลเสมือนเป็นการแจ้งหรือบอกกล่าวลูกหนี้ให้ทราบเช่นกันว่าได้มีการโอน

¹⁴ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 306 “การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะ เจาะจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่ง การโอนหนี้นั้นท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ

ถ้าลูกหนี้ทำให้พอแก่ใจผู้โอนด้วยการใช้เงิน หรือด้วยประการอื่นเสียแต่ก่อนได้รับบอกกล่าว หรือก่อนได้ตกลงให้โอนไซ้ ลูกหนี้นั้นก็พ้นอันหลุดพ้นจากหนี้.”

¹⁵The Japan Civil Code, Section 466 “(3) In the case prescribed in the preceding paragraph, the obligor may refuse to perform the obligation to a third party such as the assignee that knew or did not know due to gross negligence that the manifestation of intention to restrict assignment was made, and may duly assert against such third party any event that results in extinguishment of the obligation such as payment to the assignor.”

สิทธิเรียกร้องเกิดขึ้นแล้ว และในส่วนของบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน แม้จะไม่ได้กำหนดให้มีการบอกกล่าวอย่างชัดแจ้ง แต่กฎหมายแพ่งของเยอรมันได้มุ่งเน้นให้ความสำคัญคุ้มครองลูกหนี้บนพื้นฐานของการกระทำโดยสุจริต โดยหากลูกหนี้ไม่ได้รับรู้หรือรับทราบถึงการโอนสิทธิเรียกร้อง และได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เดิม (ผู้โอน) ไป ลูกหนี้ที่ได้กระทำโดยสุจริต ย่อมหลุดพ้นจากหนี้ ผู้รับโอนไม่สามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนได้ แต่ถ้าหากปรากฏว่าลูกหนี้ได้รับรู้หรือรับทราบถึงการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวแล้ว กลับได้เข้าปฏิบัติชำระหนี้ให้แก่ผู้โอน เช่นนี้ ลูกหนี้จะไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง¹⁶

3.3.2 กรณีที่เจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 686¹⁷ ได้มีการกำหนดให้เจ้าหนี้จะต้องมีหนังสือบอกกล่าวการผิดนัดของลูกหนี้ไปยังผู้ค้ำประกันด้วย ภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด จึงจะสามารถเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ได้ และหากเจ้าหนี้ไม่ได้บอกกล่าวภายในกำหนด ผู้ค้ำประกัน

¹⁶The German Civil Code, Section 407 “(1) The new obligee must allow performance that the obligor renders to the previous obligee after the assignment, as well as any legal transaction entered into after assignment between the obligor and the previous obligee in respect of the claim, to be asserted against them, unless the obligor is aware of the assignment upon performance or upon entering into the legal transaction.

(2) If, in a legal dispute that became pending at court between the obligor and the previous obligee after the assignment, a final and binding judgment on the claim has been rendered, the new obligee must allow the judgment to be asserted against them, unless the obligor was aware of the assignment when legal proceedings became pending.”

¹⁷ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 686 “เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ให้เจ้าหนี้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้ค้ำประกันภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด และไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดเจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ก่อนที่หนังสือบอกกล่าวจะไปถึงผู้ค้ำประกันมิได้ แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ค้ำประกันที่จะชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ในกรณีที่เจ้าหนี้มีหนังสือบอกกล่าวภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิดในดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทน ตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้น บรรดาที่เกิดขึ้นภายหลังจากพ้นกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง

เมื่อเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้หรือผู้ค้ำประกันมีสิทธิชำระหนี้ได้ตามวรรคหนึ่ง ผู้ค้ำประกันอาจชำระหนี้ทั้งหมดหรือใช้สิทธิชำระหนี้ตามเงื่อนไขและวิธีการในการชำระหนี้ที่ลูกหนี้มีอยู่กับเจ้าหนี้ก่อนการผิดนัดชำระหนี้ ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ตนต้องรับผิดชอบก็ได้ และให้นำความในมาตรา 701 วรรคสอง มาใช้โดยอนุโลม

ในระหว่างที่ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ตามเงื่อนไขและวิธีการในการชำระหนี้ของลูกหนี้ตามวรรคสาม เจ้าหนี้จะเรียกดอกเบี้ยเพิ่มขึ้นเพราะเหตุที่ลูกหนี้ผิดนัดในระหว่างนั้นมีได้

การชำระหนี้ของผู้ค้ำประกันตามมาตรานี้ ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของผู้ค้ำประกันตามมาตรา 693.”

จะหลุดพ้นจากความรับผิดบางประการ ส่วนบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นนั้นไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ของเจ้าหนี้ไว้โดยตรงว่าจะต้องบอกกล่าวเหตุการณ์ที่ลูกหนี้ผิดนัดไปยังผู้ค้ำประกัน แต่เมื่อพิจารณาตามหลักทั่วไปแล้วเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและลูกหนี้ไม่ได้เข้าปฏิบัติชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ สิทธิของเจ้าหนี้อาจเกิดขึ้นที่จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้แก่ตนได้ทันที และหากผู้ค้ำประกัน (ที่เข้ามาค้ำประกันตามที่ลูกหนี้ร้องขอ) ได้ร้องขอไปยังเจ้าหนี้ เจ้าหนี้มีหน้าที่ที่จะต้องบอกกล่าวเกี่ยวกับสถานะในการชำระหนี้ของลูกหนี้ เช่น รายละเอียดการชำระหนี้ต้นเงินล่าช้า ดอกเบี้ยค่าปรับ ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวข้องกับหนี้ประธาน เป็นต้น ซึ่งเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผลกระทบที่เกิดขึ้นเพราะเหตุที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้า ซึ่งผู้ค้ำประกันต้องร่วมรับผิดชอบ ตามมาตรา 458-2¹⁸ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น และในส่วนของบทบัญญัติกฎหมายแพ่งของเยอรมันนั้น แม้ไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับหน้าที่ของเจ้าหนี้ว่า เจ้าหนี้จะต้องบอกกล่าวถึงเหตุการณ์ผิดนัดของลูกหนี้ให้ผู้ค้ำประกันทราบเสียก่อน เจ้าหนี้จึงจะสามารถเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ได้เช่นเดียวกัน แต่ในทางกฎหมายแพ่งของเยอรมันตามมาตรา 777(1)¹⁹ กำหนดว่า ในกรณีที่หนี้สัญญาค้ำประกันที่มีกำหนดเวลา หากเจ้าหนี้ต้องการที่จะขยายระยะเวลาความรับผิดของผู้ค้ำประกันที่มีกำหนดระยะเวลา อันอาจส่งผลกระทบต่อความรับผิด กล่าวคือ ทำให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดมากขึ้นกว่าเดิมในเชิงระยะเวลา (จากการที่ผู้ค้ำประกันยังไม่หลุดพ้นจากการค้ำประกันแม้ระยะเวลาได้สิ้นสุดลงแล้ว โดยยังคงต้องรับผิดในหนี้ประธานที่ยังคงเหลืออยู่)

¹⁸The Japan Civil Code, Section 458-2 “If a guarantor gives guarantee as requested by the principal obligor, the obligee, upon request of the guarantor, must provide, without delay, the guarantor with information concerning whether or not there has been a default in terms of the principal of the principal obligation or any interest, penalty or compensation for loss or damage in connection with the principal obligation or any other charges secondary to the obligation, as well as the remaining amount of these items and the amount of those already due.”

¹⁹The German Civil Code, Section 777 “(1) Where the surety has provided suretyship for an existing obligation for a specified period of time, then the surety is released at the end of the specified period of time, unless the creditor effects collection of the claim without undue delay under the provisions of section 772, continues the proceedings without any substantial delay and notifies the surety without undue delay after the end of the proceedings that they are claiming payment from the surety. If the surety is not entitled to the defence of failure to pursue remedies, then they are released at the end of a specified period of time, unless the creditor makes this notification to them without undue delay.”

เจ้าหนี้จะต้องบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 772²⁰ โดยไม่ชักช้าเสียก่อน และหลังจากที่เจ้าหนี้ได้บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้แล้ว เจ้าหนี้จะต้องบอกกล่าวไปยังผู้ค้ำประกันโดยทันทีด้วยว่าเจ้าหนี้จะเรียกชำระหนี้จากผู้ค้ำประกัน ในหนี้ประเภทที่ยังเหลืออยู่หลังจากบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้แล้ว ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่กฎหมายแพ่งของเยอรมันได้กำหนดให้เจ้าหนี้ผู้ที่จะก่อให้เกิดให้ผู้ค้ำประกันจะต้องมีความรับผิดชอบมากขึ้น ในเชิงระยะเวลา เป็นผู้ที่ต้องบอกกล่าวข้อมูลบางประการไปยังผู้ค้ำประกันให้ทราบด้วยนั่นเอง

3.3.3 กรณีที่ผู้ค้ำประกันเข้าชำระหนี้แทนลูกหนี้ ในส่วนของบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน ไม่ได้มีการกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ค้ำประกันจะต้องทำการบอกกล่าวถึงการชำระหนี้ดังกล่าวไปยังลูกหนี้ ผู้ค้ำประกันอาจไม่มีหน้าที่ที่จะต้องบอกกล่าวเหตุการณ์ดังกล่าวไปยังลูกหนี้ แต่ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 696²¹ และประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น มาตรา 463(1)²² ได้กำหนดไปในทิศทางที่สอดคล้องกัน กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้กำหนดเป็นโทษไว้แก่ผู้ค้ำประกัน หากว่าผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้แทนลูกหนี้ไปโดยไม่ได้บอกกล่าวลูกหนี้ และลูกหนี้ได้เข้าชำระหนี้ซ้ำอีก ผู้ค้ำประกันจะไม่มีสิทธิ

²⁰The German Civil Code, Section 772 “(1) If the suretyship applies to a monetary claim, then compulsory enforcement must be attempted against the movable things of the principal debtor at their residence and, if the principal debtor has a commercial establishment in another locality, at the latter as well, and, in the absence of a residence and a commercial establishment, at their place of abode.

(2) If the creditor has a pledge over or right of retention to a movable thing of the principal debtor, then the creditor must make efforts satisfy their claim from this thing as well. If the creditor has such a right to the thing for another claim as well, then this only applies if both claims are covered by the value of the thing.”

²¹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 696 “ผู้ค้ำประกันไม่มีสิทธิจะไล่เบี้ยเอาแก่ลูกหนี้ได้ ถ้าว่าตนได้ชำระหนี้แทนไปโดยมิได้บอกลูกหนี้ และลูกหนี้ยังมีความมาชำระหนี้ซ้ำอีก

ในกรณีเช่นว่านี้ ผู้ค้ำประกันก็ได้แต่เพียงจะฟ้องเจ้าหนี้เพื่อคืนลาภมิควรได้เท่านั้น.”

²²The Japan Civil Code, Section 463 “(1) If a guarantor gives guarantee as requested by the principal obligor and performs an act for extinguishment of obligation without giving prior notice to the principal obligor, the principal obligor may assert against the guarantor any defense that could have been asserted against the obligee. In such a case, if the principal obligor asserts a set-off against the guarantor, the guarantor may request the obligee to perform the obligation which should have been extinguished due to the set-off.”

ไล่เบียดเอาแก่ลูกหนี้ได้ ส่วนบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ค้าประกันต้องบอกกล่าวหรือแจ้งไปยังลูกหนี้ให้ทราบล่วงหน้าก่อนที่ผู้ค้าประกันจะเข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ด้วย เพื่อที่ผู้ค้าประกันจะได้มีโอกาสทราบจากลูกหนี้ว่าลูกหนี้มีข้อต่อสู้อย่างใด ๆ ต่อเจ้าหนี้หรือไม่ หากผู้ค้าประกันได้เข้าปฏิบัติชำระหนี้โดยไม่ได้มีการบอกกล่าวหรือแจ้งไปยังลูกหนี้ขึ้นต้นให้ทราบล่วงหน้านั้น ลูกหนี้อาจยกข้อต่อสู้อย่างใด ๆ ที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อผู้ค้าประกันได้

โดยจากการศึกษาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 306 มาตรา 686 และมาตรา 696 ประกอบกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศตามที่ได้ยกตัวอย่างไปข้างต้น จะพบว่ามีกรยอมรับหลักการทั่วไปที่ว่า เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้เกิดขึ้น บทบัญญัติของกฎหมายได้มีการยอมรับและมักจะกำหนดให้ผู้ที่มีส่วนกระทำให้เกิดผลกระทบต่อความรับผิดชอบ และจะกล่าวอ้างสิทธิโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ นั้น เป็นผู้มีส่วนที่ในการบอกกล่าวไปยังผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ด้วย

4. ผลการศึกษา

4.1 ข้อค้นพบเกี่ยวกับหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมทราบถึงเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม

เมื่อบุคคลหลายคนเข้าผูกพันเป็นลูกหนี้ร่วม ไม่ว่าจะโดยสัญญาหรือโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยสิ้นเชิงในหนี้อันหนึ่งอันเดียวกัน เสมือนเป็นหนี้อันเดียวกัน ลูกหนี้คนเดียวกัน และเนื่องจากหนี้ร่วมมีลักษณะเป็นหนี้ที่ร่วมกัน เป็นหนี้อันเดียวกัน หากมีเหตุหรือการกระทำหนึ่งเกิดขึ้นในหนี้ดังกล่าวอันมีผลกระทบต่อตัวหนี้ทั้งหมด ย่อมจะมีผลต่อลูกหนี้ร่วมนั้นทั้งหมดทุกคน ซึ่งเหตุหรือการกระทำที่เกิดขึ้นแล้วมีผลกระทบยังลูกหนี้ร่วมหมดทุกคน เรียกว่า “เหตุในลักษณะคดี” หรือ “ผลในลักษณะคดี”²³

หลักการเกี่ยวกับความผูกพันของลูกหนี้ร่วม หมายถึง การที่บุคคลหลายคนผูกพันในหนี้อันเดียวกันในการที่จะชำระหนี้อันหนึ่งอันเดียวกันนี้ให้แก่เจ้าหนี้จนสิ้นเชิง โดยเจ้าหนี้จะเรียกให้ลูกหนี้คนใดคนหนึ่งชำระหนี้ก็ได้ มีข้อจำกัดเพียงว่า เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้สิ้นเชิงแต่เพียงครั้งเดียว และทราบได้ที่หนี้ร่วมนี้ยังไม่ได้มีการชำระหนี้จนสิ้นเชิง ลูกหนี้ร่วมทุกคนก็ยังคงผูกพันต้องร่วมรับผิดชอบในส่วนที่ขาดอยู่ร่วมกันทุกคน จนกว่าหนี้ร่วมทั้งจำนวนจะได้ชำระเสร็จจนสิ้นเชิง เพราะเป็นหนี้

²³ดาราพร ธีระวัฒน์, *กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 188.

ก่อนเดียวกันไม่แบ่งแยก เมื่อมีการกระทำหนึ่งซึ่งผลกระทบต่อหนึ่งร่วม ทำให้หนึ่งร่วมมีผลระงับไปสิ้นเชิง หนึ่งร่วมอันเดียวกันนี้ที่ลูกหนึ่งร่วมทุกคนผูกพันอยู่ย่อมหมดไป ดังนั้น เหตุที่ทำให้หนึ่งระงับไปโดยลูกหนึ่งร่วมคนหนึ่งได้กระทำขึ้นอันมีผลทำให้หนึ่งร่วมระงับ ลูกหนึ่งร่วมคนอื่นย่อมจะได้รับประโยชน์ของการที่ตัวหนึ่งนั้นระงับไปด้วย เช่น การชำระหนี้ การกระทำแทนการชำระหนี้ การวางทรัพย์สินแทนการชำระหนี้ หักกลบลบหนี้ และการปลดหนี้ โดยในระหว่างลูกหนึ่งร่วมด้วยตนเอง หากไม่ได้มีการตกลงกันไว้อย่างชัดแจ้ง แต่ละคนย่อมจะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่า ๆ กัน เมื่อลูกหนึ่งร่วมคนหนึ่งได้ปฏิบัติชำระหนี้แล้ว ย่อมสามารถที่จะไปเรียกเงินที่ตนได้ชำระเกินส่วนที่ตนต้องรับผิดชอบได้ แต่อย่างไรก็ดี พบว่า ในส่วนของบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่ได้มีการอธิบายไว้ว่า ลูกหนึ่งร่วมคนอื่น ๆ ที่ต้องผูกพันรับผลของการกระทำของลูกหนึ่งร่วมคนหนึ่งซึ่งผลกระทบต่อหนึ่งร่วมทำให้หนึ่งร่วมระงับทั้งหมด/บางส่วนดังกล่าว จะทราบถึงการกระทำดังกล่าวได้อย่างไร ซึ่งกรณีเช่นนี้อาจส่งผลให้เกิดปัญหาสืบเนื่องตามมา เช่น หากลูกหนึ่งร่วมคนหนึ่งได้ชำระหนี้แล้ว อาจมีลูกหนึ่งร่วมอีกคนหนึ่งชำระหนี้ซ้ำอีก หรือลูกหนึ่งร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้แล้ว เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในการเรียกให้ลูกหนึ่งร่วมคนอื่นชำระหนี้อีก เป็นต้น

โดยจากการศึกษาเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนึ่งร่วมนั้น พบว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและของต่างประเทศ มีการกำหนดให้การกระทำบางประการของลูกหนึ่งร่วมคนหนึ่ง มีผลต่อความรับผิดชอบของลูกหนึ่งร่วมคนอื่น ๆ ด้วย อย่างไรก็ตาม มีเพียงกฎหมายของบางประเทศเท่านั้นที่กำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนึ่งร่วมทราบถึงเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนึ่งร่วม รวมถึงขอบเขตของหน้าที่ในการบอกกล่าวดังกล่าว ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

4.1.1 กรณีที่ลูกหนึ่งร่วมคนหนึ่งได้เข้าปฏิบัติชำระหนี้

จากการศึกษาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน และบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น ในกรณีที่เหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนึ่งร่วมและทำให้หนึ่งระงับเป็นกรณีการชำระหนี้ นั้น พบว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน แม้จะมีการยอมรับให้การกระทำบางประการของลูกหนึ่งร่วมคนหนึ่งต่อเจ้าหนี้ หรือการกระทำบางประการของเจ้าหนี้ต่อลูกหนึ่งร่วมคนหนึ่ง ที่เป็นประโยชน์ต่อตัวลูกหนึ่งจะมีผลถึงลูกหนึ่งร่วมคนอื่น ๆ ด้วยทุกคน และได้กำหนดให้การเข้าชำระหนี้ของลูกหนึ่งร่วมคนหนึ่งอันทำให้หนึ่งร่วมระงับสิ้นไป มีผลกระทบต่อลูกหนึ่งร่วมคนอื่น ๆ ด้วยทุกคน ซึ่งการเข้าชำระหนี้ของลูกหนึ่งร่วมคนหนึ่งอันทำให้หนึ่งร่วมระงับนี้ เป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนึ่งร่วม แต่กฎหมายกลับไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่า ลูกหนึ่งร่วมคนอื่น ๆ จะทราบถึงเหตุการณ์ดังกล่าวได้อย่างไร ในขณะเดียวกัน ในส่วนบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นนั้น ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับ

ข้อจำกัดของลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งที่ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เอาไว้ว่า หากลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้เข้าทำการชำระหนี้หรือได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดโดยการแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตน โดยที่รู้ถึงการมีอยู่ของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ เขาจะสามารถเรียกเงินที่ชำระเกินส่วนที่ตนต้องรับผิดชอบไปเอากับลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ได้อย่างไม่มีข้อโต้แย้ง ก็ต่อเมื่อเขาได้ทำการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ แล้วว่าเขาจะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ หรือจะได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดโดยการแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตน หากลูกหนี้ร่วมที่ได้ทำการชำระหนี้หรือได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดโดยการแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตนนั้นไม่ได้มีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ว่าตนจะชำระหนี้จนสิ้นเชิงหรือจะได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดโดยแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตนและปรากฏว่าลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ มีข้อต่อสู้ใด ๆ ต่อเจ้าหนี้ ลูกหนี้ร่วมคนอื่นอาจยกข้อต่อสู้ขึ้นสู้ลูกหนี้ร่วมผู้ชำระหนี้หรือได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดแต่ไม่ได้มีการบอกกล่าวได้ (ทั้งนี้ การยกข้อต่อสู้ดังกล่าวจะอยู่ภายใต้ขอบเขตของหนี้ในส่วนของลูกหนี้ร่วมที่มีข้อต่อสู้จะต้องรับผิดชอบเท่านั้น) ทำให้ลูกหนี้ร่วมผู้ชำระหนี้หรือได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดโดยแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตนแต่ไม่ได้มีการบอกกล่าวอาจถูกโต้แย้งสิทธิในการเรียกเงินที่ชำระเกินส่วนไปจากลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ได้ อย่างไรก็ตามหากข้อต่อสู้ที่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นยกขึ้นต่อสู้กับลูกหนี้ร่วมผู้ได้ชำระหนี้หรือได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดโดยแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตนเป็นเรื่องการหักกลบลบหนี้ ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้ทำการชำระหนี้หรือได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดโดยแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตนและบกพร่องในการที่ไม่ได้บอกกล่าวหรือแจ้งไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ยังคงมีสิทธิเรียกให้เจ้าหนี้ทำการชำระหนี้ซึ่งควรจะต้องระงับเพราะการหักกลบลบหนี้ได้ ปรากฏตามมาตรา 443(1) ของประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น²⁴

²⁴The Japan Civil Code, Section 443(1) “If one of the joint and several obligors performs the obligation or otherwise obtains a common discharge in exchange for that obligor’s own property, while knowing the existence of other joint and several obligors but without giving notice of the common discharge to the other joint and several obligors, another joint and several obligor has a defense that can be duly asserted against the obligee, the other joint and several obligor may duly assert that defense against the joint and several obligor that obtained the discharge to the extent of the other obligor’s share of the obligation. In such a case, if the other joint and several obligor duly asserts a set-off as defense against the joint and several obligor that obtained the discharge, the joint and several obligor may request the obligee to perform the obligation which should have been extinguished due to set-off.”

นอกจากนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แล้วหรือได้รับการทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดโดยแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตนแล้ว แต่ไม่ได้บอกกล่าวเหตุการณ์นั้นไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ให้ทราบ จนส่งผลให้ลูกหนี้ร่วมอีกคนหนึ่งชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ซ้ำอีก ประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นยังได้กำหนดเป็นโทษแก่ลูกหนี้ร่วมผู้ชำระหนี้คนแรกหรือได้รับการทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดโดยแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตน แต่บกพร่องไม่ได้บอกกล่าวเหตุการณ์การระงับแห่งหนี้ นั้น โดยกำหนดให้ลูกหนี้ร่วมที่ได้ชำระหนี้ภายหลังโดยสุจริต (โดยไม่รู้ข้อเท็จจริง) มีสิทธิถือว่า การกระทำชำระหนี้ของเขานั้นสมบูรณ์ กล่าวคือ ลูกหนี้ร่วมผู้ชำระหนี้ภายหลังสามารถเรียกเงินที่ได้ชำระไปจากลูกหนี้ร่วมคนอื่นและลูกหนี้ร่วมที่ได้ชำระหนี้ไปก่อนหรือได้รับการทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดโดยแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตนแต่ไม่บอกกล่าวได้ ปรากฏตามมาตรา 443(2) ของประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น²⁵

ผู้เขียนเห็นว่า ในเรื่องของการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ โดยลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งนั้น เป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ด้วยทุกคนทำให้หนี้ร่วมระงับสิ้นไป เมื่อเหตุการณ์ดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ทุกคน ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ทุกคนจึงสมควรได้รับรู้ว่ามีภาระหนี้เกิดขึ้นอันส่งผลกระทบต่อความรับผิดของตนด้วย ซึ่งจากการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน และประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น พบว่า มีเพียงบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นที่ได้มีการกำหนดให้ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งที่จะชำระหนี้หรือได้เข้าปฏิบัติชำระหนี้ ซึ่งเป็นบุคคลที่ทำให้เกิดเหตุการณ์ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ มีหน้าที่ต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ด้วยทุกคน และประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นก็ได้กำหนดเป็นผลเสียแก่ลูกหนี้ร่วมผู้ซึ่งจะชำระหนี้หรือได้เข้าปฏิบัติชำระหนี้อันเป็นผลให้หนี้ระงับแล้วแต่ไม่ได้มีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ เอาไว้ด้วย จึงกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นได้มุ่งคุ้มครองเพื่อให้ลูกหนี้ร่วมทุกคนได้ทราบถึงสถานะของหนี้ร่วมว่าจะระงับสิ้นไปหรือได้มีการระงับสิ้นไปจากการเข้าปฏิบัติชำระหนี้ของลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง และเพื่อเป็นการคุ้มครองลูกหนี้ร่วมทุกคนไม่ให้เกิดการชำระหนี้ซ้ำซ้อนอีกด้วย

²⁵The Japan Civil Code, Section 443(2) "If one of the joint and several obligors that has performed the obligation or otherwise obtained a common discharge in exchange for that obligor's own property, while knowing the existence of other joint and several obligors, fails to give notice of the acquisition of the discharge to the other joint and several obligors, and as a result, another joint and several obligor performs the obligation or performs another act in good faith to obtain discharge in exchange for that obligor's own property, the other joint and several obligor may deem that the act performed to obtain the discharge is valid."

4.1.2 กรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้จากเจ้าหนี้

จากการศึกษาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ ในกรณีที่เหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วมและทำให้หนี้ระงับเป็นกรณีเจ้าหนี้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้คนหนึ่งนั้น พบว่า แม้จะมีการกำหนดให้การที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้กับลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง เป็นประโยชน์ถึงลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ด้วยกันทุกคน อันเป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วมทุกคน แต่ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันกลับไม่ได้มีการบัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า หากเจ้าหนี้ได้ตกลงปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งอันเป็นประโยชน์ถึงลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ด้วย แล้วลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ จะทราบได้อย่างไร แต่ในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นนั้น แม้จะไม่ได้มีการกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวของลูกหนี้ร่วมที่ได้รับการปลดหนี้ไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องบอกกล่าวเหตุการณ์นั้นไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ด้วย แต่มาตรา 445 ของประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น²⁶ กำหนดหลักไว้ว่า หากลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้ หรืออายุความของลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้สิ้นสุดลง ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ อาจใช้สิทธิเรียกเงินที่ได้ชำระไป จากลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้รับการปลดหนี้หรือลูกหนี้ร่วมผู้ที่ยุอายุความสิ้นสุดลงได้ เช่นนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นดังกล่าวได้กำหนดหน้าที่โดยปริยายให้แก่ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้รับการปลดหนี้หรือลูกหนี้ร่วมผู้ที่ยุอายุความได้สิ้นสุดลง ให้ต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่นให้ทราบถึงเหตุการณ์ดังกล่าวด้วย เนื่องจากหากลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้รับการปลดหนี้หรือลูกหนี้ร่วมผู้ที่ยุอายุความได้สิ้นสุดลงไม่ได้บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ให้ทราบถึงเหตุการณ์นั้น และปรากฏว่าลูกหนี้ร่วมคนอื่นได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้หรือได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดโดยแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตนแล้ว ลูกหนี้ร่วมคนดังกล่าวอาจจะมาเรียกเอาเงินที่ได้ชำระเกินส่วนที่เขาจะต้องรับผิดไปจากลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้รับการปลดหนี้หรือลูกหนี้ร่วมผู้ที่ยุอายุความได้สิ้นสุดลงได้ตามความในมาตรา 445 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น

4.1.3 ข้อสรุปเกี่ยวกับหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมทราบถึงเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วม ขอบเขตของหน้าที่ดังกล่าวและผลกระทบของการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว

ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วมอย่างกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ปฏิบัติชำระหนี้ และกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้

²⁶The Japan Civil Code, Section 445 “Even if one of the joint and several obligors is released from the obligation or the prescription period expires for one of the joint and several obligors, other joint and several obligors may exercise the right to reimbursement referred to in Article 442, paragraph (1) against that one joint and several obligor.”

ประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นได้กำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวเอาไว้ว่า ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้ปฏิบัติชำระหนี้ หรือได้รับการปลดหนี้ มีหน้าที่ในการบอกกล่าวเหตุการณ์นั้นไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ให้ทราบด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้ปฏิบัติชำระหนี้ หรือได้รับการปลดหนี้ เป็นบุคคลที่จะกล่าวอ้างเหตุการณ์การปฏิบัติชำระหนี้หรือการได้รับการปลดหนี้ไปอ้างอิงกับลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ (เพื่อให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นชำระหนี้แก่ตนในส่วนที่ตนได้ชำระเกินส่วนไปหรือเพื่อปฏิเสธที่จะชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนอื่น) นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นยังได้กำหนดผลเสียแก่ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้ปฏิบัติชำระหนี้ แต่บกพร่องไม่ได้บอกกล่าวไว้ว่า อาจทำให้สิทธิของเขาที่จะไปยกขึ้นอ้างต่อลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ นั้นถูกโต้แย้งได้ และในกรณีที่มีลูกหนี้ร่วมที่ไม่รู้ข้อเท็จจริงว่ามีการชำระหนี้แล้ว ได้ชำระหนี้ซ้ำอีก ลูกหนี้ร่วมผู้ชำระหนี้ซ้ำดังกล่าวย่อมสามารถถือว่าการชำระหนี้ของเขามีผลสมบูรณ์ และสามารถไปเรียกเงินที่ชำระเกินขอบเขตที่ตนต้องรับผิดชอบจากลูกหนี้ร่วมที่ได้ชำระหนี้ไปก่อน และในส่วนของลูกหนี้ที่ได้รับการปลดหนี้ แต่ไม่ได้บอกกล่าวที่ตนได้รับการปลดหนี้แล้วไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น กฎหมายได้กำหนดให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นที่ได้ปฏิบัติชำระหนี้ไป ยังคงสามารถที่จะเรียกเงินในส่วนที่เขาได้ชำระเกินส่วนไปจากลูกหนี้ร่วมที่ได้รับการปลดหนี้ได้ ดังนั้น ลูกหนี้ร่วมที่ได้รับการปลดหนี้ จึงควรที่จะป้องกันสิทธิของตนไม่ให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ มาเรียกเงินจากตนในส่วนที่เขาได้ชำระแก่เจ้าหนี้ไป โดยการบอกกล่าวเหตุการณ์นั้นไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่นเสียก่อนที่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นจะได้ชำระหนี้ในส่วนที่ได้รับการปลดไปแล้ว

โดยผู้เขียนอาจสรุปขอบเขตหน้าที่ในการบอกกล่าวแก่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นและผลของการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวที่ค้นพบจากการศึกษาได้เป็น 2 กรณีคือหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นทราบในกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งจะชำระหนี้และได้ชำระหนี้แล้ว และหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นทราบในกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้ ดังนี้

1) กรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งจะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้ร่วมคนดังกล่าวควรจะต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ให้ทราบว่าตนจะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ หากฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว กล่าวคือ ไม่ได้มีการบอกกล่าวเหตุการณ์ที่ตนจะได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ และปรากฏว่าลูกหนี้ร่วมคนอื่นที่มีข้อต่อสู้กับเจ้าหนี้ ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ จะสามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้นสู้ลูกหนี้ร่วมคนที่ได้ชำระหนี้ แต่บกพร่องไม่ได้บอกกล่าวลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ได้ ภายใต้ขอบเขตของหนี้ที่ลูกหนี้ร่วมที่มีข้อต่อสู้ต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม หากข้อต่อสู้ที่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นยกขึ้นต่อสู้กับลูกหนี้ร่วมผู้ได้ชำระหนี้หรือได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดชอบโดยแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตนเป็นเรื่องการหักกลบลบหนี้ ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้ทำการชำระหนี้หรือได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดชอบโดยแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตนและบกพร่องในการที่ไม่ได้บอกกล่าวหรือแจ้งไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ยังคงมีสิทธิเรียกให้เจ้าหนี้ทำการชำระหนี้ ซึ่งควรจะต้องระงับเพราะการหักกลบลบหนี้ได้

และในกรณีที่ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้เข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แล้ว ลูกหนี้ร่วมคนดังกล่าวจะต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ว่าตนชำระหนี้แล้วด้วย หากลูกหนี้ร่วมคนดังกล่าวไม่ได้บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ว่าตนได้ชำระหนี้แล้ว อันเป็นผลให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นได้เข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ซ้ำอีกโดยไม่รู้ข้อเท็จจริง (โดยสุจริต) ว่ามีการชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ร่วมผู้ชำระหนี้ภายหลัง มีสิทธิถือว่าการกระทำของเขานั้นสมบูรณ์ กล่าวคือ ลูกหนี้ร่วมผู้ชำระหนี้ภายหลังสามารถเรียกเอาเงินที่ตนชำระไป จากลูกหนี้ร่วมคนอื่น รวมถึงลูกหนี้ร่วมที่ได้ชำระหนี้ไปก่อนแต่ไม่บอกกล่าวได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งญาปน มาตรา 443(2)

2) กรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้ ลูกหนี้ร่วมผู้ได้รับการปลดหนี้จะต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ให้ทราบถึงการที่ตนได้รับการปลดหนี้ นั้น ซึ่งหากฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว และมีลูกหนี้ร่วมคนอื่นได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไปตามจำนวนหนี้เดิม ลูกหนี้ร่วมคนดังกล่าวอาจเรียกเอาเงินที่ได้ชำระเกินส่วนที่เขาต้องรับผิดชอบไปจากลูกหนี้ร่วมผู้ได้รับการปลดหนี้แต่ไม่ได้บอกกล่าวได้

4.2 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม

จากการศึกษาเกี่ยวกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย และบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ ในเรื่องเกี่ยวกับกรณีเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม พบว่า ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย และประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้ผู้ที่ เป็นต้นเหตุมีหน้าที่ที่จะต้องบอกกล่าวเหตุการณ์ดังกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมด้วย ซึ่งอาจเป็นช่องว่างของกฎหมายทำให้เกิดการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้ กล่าวคือ เจ้าหนี้อาจเรียกให้ลูกหนี้ร่วมชำระหนี้ซ้ำได้ เพราะเหตุแห่งการไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าลูกหนี้ร่วมอีกคนหนึ่งได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้และหนี้ระงับแล้ว แต่เมื่อได้ศึกษาถึงหลักการพื้นฐานของลูกหนี้ร่วมประกอบกับหลักความสุจริตที่ว่าคู่สัญญาพึงปฏิบัติต่อกันด้วยความสุจริตแล้ว เห็นว่าแม้ในบางกรณีกฎหมายอาจไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้ผู้ที่ เป็นต้นเหตุมีหน้าที่ที่จะต้องบอกกล่าวเหตุการณ์ดังกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วม แต่หากเกิดกรณีที่คู่สัญญามีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตระหว่างกันเกิดขึ้น กฎหมายย่อมมุ่งคุ้มครองฝ่ายที่ได้กระทำลงด้วยความสุจริตเป็นสำคัญยิ่งกว่าสิ่งใด

4.2.1 การปรับใช้หลักสุจริตเพื่อกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวในกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งจะเข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นยกข้อต่อสู้กับเจ้าหนี้ได้ และป้องกันมิให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นชำระหนี้ซ้ำอีก

บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย และบทบัญญัติกฎหมายแพ่งของเยอรมันไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ในกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งจะเข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้

ลูกหนี้ร่วมคนนั้นจะต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ เสียก่อนว่าตนจะได้เข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ด้วยเหตุนี้จึงเกิดปัญหาว่า หากลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ มีข้อต่อสู้ที่อาจยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้ (เช่น มีสิทธิหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้) ลูกหนี้ร่วมที่มีข้อต่อสู้จะสามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้นสู้ลูกหนี้ร่วมที่ได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไปโดยไม่ได้บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ว่าตนจะเข้าชำระหนี้ได้หรือไม่ และลูกหนี้ร่วมที่ได้ชำระหนี้โดยไม่ได้มีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ว่าตนจะเข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ เขาจะสามารถไปเรียกเอาเงินจากลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ได้เพียงใด ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า การกระทำดังกล่าวของลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งที่ได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ นั้น เป็นเหตุการณ์ที่อาจกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ คือ ทำให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ที่อาจมีข้อต่อสู้ต่อเจ้าหนี้ ไม่อาจยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้นได้อย่างทันท่วงที และเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักสุจริตเห็นว่า ลูกหนี้ร่วมพึงปฏิบัติต่อกันด้วยความสุจริตและพึงมีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองสิทธิของลูกหนี้ร่วมด้วยกัน ด้วยเหตุนี้ ลูกหนี้ร่วมที่จะเข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งเป็นผู้ที่มีส่วนกระทำการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความรับผิดชอบ และจะกล่าวอ้างสิทธิโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ (ในการที่จะเรียกเงินที่ตนได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไปจากลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ) จึงควรจะต้องมีหน้าที่ในการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ เสียก่อนว่าตนจะเข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นยกข้อต่อสู้ขึ้นสู้กับเจ้าหนี้ได้อย่างทันท่วงที และป้องกันมิให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นชำระหนี้ซ้ำอีก นอกจากนี้ หากลูกหนี้ที่จะเข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการบอกกล่าวดังกล่าว ผลเสียที่ควรจะเกิดขึ้นก็คือ ลูกหนี้ร่วมที่มีข้อต่อสู้นั้นจะสามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าว ขึ้นสู้ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้ชำระหนี้แต่บกพร่องไม่ได้บอกกล่าวลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ว่าตนจะเข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ ทั้งนี้ ภายใต้ขอบเขตของหนี้ที่ลูกหนี้ร่วมที่มีข้อต่อสู้ต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ดี หากข้อต่อสู้ที่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นยกขึ้นต่อสู้กับลูกหนี้ร่วมผู้ได้ชำระหนี้หรือได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดชอบ โดยแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตนเป็นเรื่องการหักกลบลบหนี้ ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้ทำการชำระหนี้หรือได้รับการทำให้พ้นจากความรับผิดชอบโดยแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินของตนและบกพร่องในการที่ไม่ได้บอกกล่าวหรือแจ้งไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ก็ควรที่จะยังคงมีสิทธิเรียกให้เจ้าหนี้ทำการชำระหนี้ ซึ่งควรจะต้องระงับเพราะการหักกลบลบหนี้ได้

4.2.2 การปรับใช้หลักสุจริตเพื่อกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวในกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งชำระหนี้แล้ว อันจะเป็นการป้องกันมิให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นชำระหนี้ซ้ำอีก

แม้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย และบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันจะไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า หากลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ชำระหนี้แล้ว จะต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ให้ทราบด้วยว่าเกิดการระงับแห่งหนี้ขึ้น แต่หากลูกหนี้ร่วมคนดังกล่าวไม่ได้บอกกล่าว แล้วเกิดกรณีที่ลูกหนี้ร่วมอีกคนหนึ่งได้ชำระหนี้ซ้ำอีกโดยไม่ทราบว่ามีการระงับแห่งหนี้เกิดขึ้นแล้ว เมื่อต้องพิจารณาว่าการชำระหนี้ของลูกหนี้ร่วมคนใด

ควรจะมีสิทธิทางกฎหมายดีกว่า โดยถ้าพิจารณาจากหลักทั่วไปของกฎหมายแล้ว กฎหมายย่อมมุ่งหมายที่จะคุ้มครองบุคคลที่ได้กระทำโดยสุจริตเป็นสำคัญ ซึ่งลูกหนี้ที่ได้เข้าชำระหนี้ภายหลังนั้นได้กระทำไปโดยสุจริต โดยได้เข้าชำระหนี้โดยที่ไม่ทราบว่าได้เกิดเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบ (เกิดการระงับแห่งหนี้จากการที่ลูกหนี้ร่วมคนแรกได้เข้าชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จนสิ้นเชิงแล้ว) ลูกหนี้ร่วมที่ได้กระทำชำระหนี้ในภายหลังโดยสุจริตควรจะเป็นผู้ที่หลุดพ้นจากหนี้ และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างลูกหนี้ร่วมด้วยกันเอง ลูกหนี้ร่วมที่ได้เข้าชำระหนี้คนแรก ซึ่งเป็นบุคคลที่เป็นผู้ก่อให้เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ จากการเข้าชำระหนี้ของตน ย่อมเป็นบุคคลที่ทราบถึงเหตุการณ์ดังกล่าวดีที่สุดท่ามกลางลูกหนี้ร่วมด้วยกันเอง และเมื่อพิจารณาจากหลักสุจริตแล้ว ลูกหนี้ร่วมทุกคนพึงปฏิบัติต่อกันด้วยความสุจริต ด้วยเหตุนี้ ลูกหนี้ร่วมคนแรกที่ได้เข้าชำระหนี้ จึงพึงมีหน้าที่กระทำการปกป้องคุ้มครองสิทธิของลูกหนี้ร่วมด้วยกันเอง โดยการบอกกล่าวลูกหนี้ร่วมคนอื่นว่าตนชำระหนี้แล้ว เพื่อป้องกันไม่ให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นชำระหนี้ซ้ำ ยิ่งไปกว่านั้น จะเห็นได้ว่า ลูกหนี้ร่วมคนแรกที่ได้เข้าปฏิบัติชำระหนี้ยังเป็นผู้ที่จะกล่าวอ้างถึงการชำระหนี้ของตนเพื่อไปเรียกเอาเงินจากลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ในส่วนที่ตนได้ชำระเกินส่วนไปอีกด้วย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การกำหนดหน้าที่ตามหลักสุจริตดังกล่าวจะสอดคล้องกับหลักการทั่วไปที่ว่า ผู้ที่มีส่วนกระทำให้เกิดผลกระทบต่อความรับผิดชอบและจะกล่าวอ้างสิทธิโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ เป็นผู้ที่มีหน้าที่ต้องบอกกล่าวไปยังผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ด้วย ทั้งนี้ เมื่อมีการกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวโดยอาศัยหลักสุจริตแล้ว จำเป็นจะต้องกำหนดผลเสียของการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวด้วย ซึ่งผลเสียที่ควรเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวคือ หากลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แต่ไม่ได้บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ อันเป็นผลให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นได้มีการชำระหนี้ซ้ำ ลูกหนี้ร่วมที่ได้ชำระหนี้ไปก่อนหน้า จะไม่สามารถไปเรียกเอาเงินจากลูกหนี้ร่วมที่ได้ชำระหนี้ไปโดยสุจริตในภายหลังได้

4.2.3 การปรับใช้หลักสุจริตเพื่อกำหนดหน้าที่ในการบอกกล่าวในกรณีที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้กับลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง อันเป็นการป้องกันการที่เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเรียกให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นชำระหนี้ที่ได้รับการปลดไปแล้ว

ด้วยเหตุที่บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า เมื่อลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้จากเจ้าหนี้ ลูกหนี้ร่วมผู้ได้รับการปลดหนี้ นั้นจะต้องมีการบอกกล่าวเหตุการณ์ปลดหนี้ไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น เมื่อได้พิจารณาถึงหลักสุจริตและบทบาทของหลักสุจริต ประกอบกับกรณีที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้กับลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า กรณีที่เจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งแล้ว อันเป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ทุกคน และเจ้าหนี้ก็ยังคงเรียกให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นชำระหนี้แก่ตนตามจำนวนเดิมโดยที่ไม่หักส่วนที่ได้ปลดหนี้ไปและจงใจไม่บอกกล่าว

หนี้ได้ระงับไปแล้วบางส่วน เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของเจ้าหนี้ ทำให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ผู้ไม่ทราบถึงการที่เจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งนั้น ต้องชำระหนี้เกินกว่าที่ควรจะเป็น และทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้เกินกว่าจำนวนที่ควรได้รับ ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายย่อมมุ่งหมายคุ้มครองบุคคลที่ได้กระทำโดยสุจริตเป็นสำคัญ และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างลูกหนี้ร่วมด้วยตนเองนั้น ลูกหนี้ร่วมผู้ซึ่งได้รับการปลดหนี้จากเจ้าหนี้ถือเป็นผู้มีส่วนก่อให้เกิดเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ และถือว่าเป็นบุคคลที่ทราบเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมคนอื่นเช่นเดียวกับเจ้าหนี้ ดังนั้น หากปรากฏกรณีว่า หลังจากมีการปลดหนี้แล้ว ลูกหนี้ร่วมคนอื่นได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไปโดยที่ไม่ทราบถึงเหตุการณ์ที่เจ้าหนี้ได้มีการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งนั้น เมื่อพิจารณาบนหลักสุจริตแล้วเห็นว่า ลูกหนี้ร่วมที่ได้รับการปลดหนี้ซึ่งเป็นผู้ที่รับรู้ถึงเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมคนอื่น จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของลูกหนี้ร่วมคนอื่นในการระงับไม่ให้เขาทำการชำระหนี้ที่ปลดไปแล้วด้วย โดยจะต้องมีหน้าที่บอกกล่าวแก่ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ว่าเจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้แก่ตนแล้ว หากไม่ทำหน้าที่ดังกล่าว ลูกหนี้ร่วมคนอื่นผู้ที่ได้ชำระหนี้โดยสุจริต (กล่าวคือ ไม่รู้ข้อเท็จจริงของการปลดหนี้จากเจ้าหนี้) ควรมีสิทธิในการที่จะไปเรียกเอาเงินจากลูกหนี้ร่วมที่ได้รับการปลดหนี้ ในกรณีเช่นว่าลูกหนี้ร่วมผู้ได้รับการปลดหนี้ นั้นไม่ควรจะมีสิทธิยกข้อต่อสู้ปฏิเสธที่จะไม่ชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้ชำระหนี้โดยสุจริต (กล่าวคือ ไม่รู้ข้อเท็จจริงของการปลดหนี้จากเจ้าหนี้) เพราะลูกหนี้ร่วมผู้ได้รับการปลดหนี้ก็ไม่ได้มีการบอกกล่าวหรือแจ้งไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่นว่าตนได้รับการปลดหนี้จากเจ้าหนี้ทำให้หนี้ร่วมที่ทุกคนผูกพันรับผิดชอบได้ระงับไปแล้วบางส่วน ทั้งที่ตนก็มีส่วนในการปลดหนี้ดังกล่าวและทราบถึงการปลดหนี้ดังกล่าว อีกทั้ง ยังหวังว่าตนจะอ้างการปลดหนี้ดังกล่าวเพื่อปฏิเสธการชำระหนี้เงินให้แก่ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้ชำระหนี้ที่ปลดไปแล้วโดยสุจริต เช่นนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะไม่ได้กำหนดอย่างชัดแจ้งว่า ให้ลูกหนี้ร่วมที่ได้รับการปลดหนี้ ต้องมีการบอกกล่าวการชำระหนี้ไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ แต่เมื่ออาศัยฐานของหลักสุจริตแล้ว ลูกหนี้ร่วมที่ได้รับการปลดหนี้ควรมีหน้าที่ต้องบอกกล่าวถึงการปลดหนี้ให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นทราบด้วย หากลูกหนี้ร่วมผู้ได้รับการปลดหนี้บกร่องไม่ได้บอกกล่าว เขาจะยกเหตุการณ์ที่ได้รับการปลดหนี้ อันเป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมคนอื่นขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธการชำระหนี้เงินให้แก่ลูกหนี้ร่วมที่ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไม่ได้ อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าหน้าที่บอกกล่าวหรือแจ้งเรื่องการปลดหนี้ไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่นด้วย จะสามารถป้องกันการชำระหนี้เกินกว่าที่ควรจะเป็น และป้องกันไม่ให้เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิเรียกให้ชำระหนี้เกินกว่าที่ควรได้รับอันเป็นการไม่สุจริตได้

จากการศึกษาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับหลักสุจริต ทำให้ผู้เขียนได้ข้อสรุปว่า ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ทุกฝ่ายควรที่จะต้องปฏิบัติต่อกันด้วยความสุจริต อันตีความรวมถึงพึงมีหน้าที่กระทำการปกป้องคุ้มครองสิทธิของกันและกันด้วย โดยเมื่อ

เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม เช่น การจะเข้าชำระหนี้ของลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง การเข้าชำระหนี้ของลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง หรือการที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้ ลูกหนี้ร่วมที่จะเข้าชำระหนี้ ลูกหนี้ร่วมที่ได้เข้าชำระหนี้แล้ว หรือลูกหนี้ร่วมที่ได้รับการปลดหนี้แล้ว ซึ่งเป็นบุคคลที่มีส่วนกระทำให้เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ และเป็นบุคคลที่ทราบถึงเหตุการณ์ดังกล่าวดีที่สุดท่ามกลางลูกหนี้ร่วมด้วยตัวเอง รวมถึงยังเป็นบุคคลที่จะกล่าวอ้างเหตุการณ์การชำระหนี้ดังกล่าวขึ้นอ้างต่อลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ในการที่จะไปเรียกเงินเอาจากลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ในส่วนที่ตนได้ชำระเกินส่วนไป หรือเป็นบุคคลที่อาจกล่าวอ้างเหตุการณ์การได้รับการปลดหนี้จากเจ้าหนี้ในการปฏิเสธการชำระเงินแก่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นที่ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้เกินส่วนไปโดยไม่ทราบว่ามีผลการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งเกิดขึ้น จึงควรมีหน้าที่ที่จะต้องบอกกล่าวเหตุการณ์ดังกล่าวให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นด้วย โดยจะเห็นได้ว่า การกำหนดหน้าที่ตามหลักสุจริตดังกล่าว จะสอดคล้องกับหลักการทั่วไปที่ว่า ผู้มีส่วนกระทำให้เกิดผลกระทบต่อความรับผิดชอบและจะกล่าวอ้างสิทธิโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้เป็นผู้มีหน้าที่ต้องบอกกล่าวไปยังผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้นั่นเอง

4.3 สรุปผลการศึกษา

จากการศึกษาพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศได้ยอมรับหลักการว่า เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่สำคัญบางประการขึ้น มักจะกำหนดให้ผู้ที่มีส่วนกระทำให้เกิดผลกระทบต่อความรับผิดชอบ และจะกล่าวอ้างสิทธิโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ นั้น เป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการบอกกล่าวไปยังผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง หากผู้ที่มีหน้าที่ในการบอกกล่าวไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิของตนโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น ในกรณีเรื่องลูกหนี้ร่วม หากเกิดเหตุการณ์ที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้มีการชำระหนี้ หรือได้รับการปลดหนี้ อันเป็นเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ลูกหนี้ร่วมที่จะชำระหนี้หรือได้ชำระหนี้แล้ว และลูกหนี้ร่วมที่ได้รับการปลดหนี้ ซึ่งเป็นผู้ที่มีส่วนกระทำให้เกิดผลกระทบต่อความรับผิดชอบ และจะกล่าวอ้างสิทธิโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ นั้น ควรที่จะต้องมีหน้าที่บอกกล่าวเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ได้ทราบด้วย โดยหากลูกหนี้ร่วมผู้ที่มีหน้าที่ในการบอกกล่าวไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิของตนโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ได้อย่างเต็มที่

โดยขอขอบเขตหน้าที่ในการบอกกล่าวแก่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นและผลของการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว อาจสรุปได้ดังนี้

4.3.1 กรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งจะเข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ควรจะต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ให้ทราบว่าจะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ หากฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว กล่าวคือ ไม่ได้มีการบอกกล่าวเหตุการณ์ที่ตนจะได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ นั้นไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ และปรากฏว่า ลูกหนี้ร่วมคนอื่นที่มีชื่อต่อสู้อยู่กับเจ้าหนี้ ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ จะสามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้นสู้ลูกหนี้ร่วมคนที่ได้เข้าชำระหนี้ แต่บทประองไม่ได้บอกกล่าวลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ได้ ภายใต้ขอบเขตของหนี้ที่ลูกหนี้ร่วมที่มีชื่อต่อสู้ต้องรับผิดชอบ

และในกรณีที่ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้เข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แล้ว ลูกหนี้ร่วมคนดังกล่าว จะต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ว่าตนชำระหนี้แล้วด้วย หากลูกหนี้ร่วมคนดังกล่าวไม่ได้บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ว่าตนได้ชำระหนี้แล้ว อันเป็นผลให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นได้เข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ซ้ำอีกโดยไม่รู้ข้อเท็จจริง (โดยสุจริต) ว่ามีการชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ร่วมผู้ชำระหนี้ภายหลัง มีสิทธิถือว่าการกระทำของเขานั้นสมบูรณ์

4.3.2 กรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้ ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้รับการปลดหนี้จะต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ให้ทราบถึงการที่ตนได้รับการปลดหนี้ นั้น ซึ่งหากฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว และมีลูกหนี้ร่วมคนอื่นได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไปตามจำนวนหนี้เดิม ลูกหนี้ร่วมคนดังกล่าวอาจเรียกเอาเงินที่ได้ชำระเกินส่วนที่เขาต้องรับผิดชอบไปจากลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้รับการปลดหนี้แต่ไม่ได้บอกกล่าวได้

นอกจากนี้ จากการศึกษาหลักสุจริต ทำให้ผู้เขียนได้ข้อสรุปว่าผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ทุกฝ่ายควรที่จะต้องปฏิบัติต่อกันด้วยความสุจริต อันตีความรวมถึงพึงมีหน้าที่กระทำการปกป้องคุ้มครองสิทธิของกันและกันด้วย โดยในกรณีลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งที่จะชำระหนี้หรือได้ชำระหนี้แล้ว และในกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งที่ได้รับการปลดหนี้ ลูกหนี้ร่วมเหล่านั้นควรจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการเปิดโอกาสให้เขาได้ยกข้อต่อสู้ที่เขาผิดต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ หรือการป้องกันไม่ให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นทำการชำระหนี้ที่ได้มีการชำระหนี้ไปแล้วหรือชำระหนี้ที่ปลดไปแล้วอีก เช่นนี้ เมื่อคำนึงถึงการปกป้องผลประโยชน์ของลูกหนี้ร่วมคนอื่นแล้ว ลูกหนี้ร่วมเหล่านั้นจึงควรมีหน้าที่ที่จะต้องบอกกล่าวเหตุการณ์ดังกล่าวให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นด้วย โดยจะเห็นได้ว่า การกำหนดหน้าที่ตามหลักสุจริตดังกล่าว จะสอดคล้องกับหลักการทั่วไปที่ว่า ผู้มีส่วนกระทำให้เกิดผลกระทบต่อความรับผิดชอบและจะกล่าวอ้างสิทธิโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดชอบของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ เป็นผู้ที่มีหน้าที่ต้องบอกกล่าวไปยังผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้

5. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย และบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ พบว่า แนวคิดและลักษณะเกี่ยวกับเรื่องลูกหนี้ร่วมมีหลักการที่คล้ายคลึงกัน แต่อาจมีบทบัญญัติของประมวลกฎหมายในบางประการเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองสิทธิ

ลูกหนี้ร่วมที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ ในบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังพบปัญหาและข้อสงสัยที่ทำให้ไม่อาจคุ้มครองสิทธิของลูกหนี้ร่วมได้อย่างเพียงพอ เนื่องจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในบางมาตรายังขาดความชัดเจนและยังมีช่องว่างของกฎหมายที่อาจเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้ ทำให้ลูกหนี้ร่วมอาจไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิอย่างเพียงพอ ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นและหาแนวทางในการคุ้มครองสิทธิเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ลูกหนี้ร่วมมากขึ้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะและแนวทางสำหรับการแก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ดังต่อไปนี้

5.1 การสร้างหน้าที่ในการบอกกล่าวเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วมโดยอาศัยหลักการทั่วไปในการบอกกล่าวผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ให้ทราบถึงเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความรับผิดของเขาและหลักสุจริต

จากการศึกษาพบว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มักจะกำหนดให้บุคคลที่มีส่วนกระทำให้เกิดผลกระทบต่อความรับผิดและจะกล่าวอ้างสิทธิโดยอาศัยผลของเหตุการณ์ที่กระทบต่อความรับผิดของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ เป็นผู้มีหน้าที่ในการบอกกล่าวไปยังผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ ได้แก่ กรณีที่เจ้าหนี้ได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องที่พึงได้รับจากลูกหนี้ไปให้แก่บุคคลภายนอก กรณีที่เจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ผิดนัด กรณีที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ตกลงกันลดจำนวนหนี้ที่มีการค้ำประกันไว้ และกรณีที่ผู้ค้ำประกันชำระหนี้แทนลูกหนี้ แต่ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเกี่ยวกับกรณีลูกหนี้ร่วมกลับไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า หากเกิดเหตุการณ์ที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้มีการชำระหนี้ หรือได้รับการปลดหนี้ อันเป็นเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ บุคคลใดควรที่จะต้องมีหน้าที่บอกกล่าวเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ได้ทราบ

เมื่อพิจารณาหลักที่กฎหมายให้การยอมรับเกี่ยวกับหน้าที่ในการบอกกล่าวที่ได้กล่าวข้างต้น ประกอบกับหลักสุจริต ที่ค้นพบว่า บุคคลควรมีหน้าที่ข้างเคียงในการคำนึงถึงสิทธิและผลประโยชน์ตามกฎหมายของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในมูลหนี้ด้วย ดังนั้น เจ้าหนี้และลูกหนี้ร่วมทุกคนจึงพึงปฏิบัติต่อกันและคุ้มครองป้องกันในการต้องไม่ทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียประโยชน์ด้วย ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยวางอยู่บนฐานของแนวคิดที่ว่า บุคคลที่มีความเหมาะสมที่จะมีหน้าที่ในการบอกกล่าวเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วม คือ บุคคลที่เป็นผู้ที่มีส่วนกระทำให้เกิดผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วม และจะยกเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดของลูกหนี้ร่วมนั้นขึ้นกล่าวอ้างสิทธิ เพื่อให้ลูกหนี้ร่วมจะต้องกระทำการหรือไม่กระทำการบางอย่างแก่ตน กล่าวคือ ลูกหนี้ร่วมผู้ได้ชำระหนี้หรือลูกหนี้ร่วมที่ได้รับการปลดหนี้ควรที่จะต้องมีหน้าที่ในการบอกกล่าวลูกหนี้ร่วมทุกคนให้ทราบว่าหนี้ร่วมได้ระงับลงเพราะเหตุ

แห่งการชำระหนี้หรือการปลดหนี้แล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมทุกคนและลูกหนี้ร่วมทุกคนผู้ได้รับผลกระทบสมควรที่จะได้รับทราบเหตุการณ์ดังกล่าว

5.2 วิธีการที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมทราบถึงเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม

ตามที่ได้เสนอไปแล้วในข้อ 5.1 ว่า ควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดให้ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมอย่างกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ปฏิบัติชำระหนี้ และกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้ นั่น ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้ปฏิบัติชำระหนี้ หรือได้รับการปลดหนี้ ซึ่งเป็นบุคคลที่เป็นผู้ที่มีส่วนกระทำให้เกิดผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม และจะยกเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมนั้นขึ้นกล่าวอ้างสิทธิ เพื่อให้ลูกหนี้ร่วมจะต้องกระทำการหรือไม่กระทำการบางอย่างแก่ตน เป็นบุคคลที่จะต้องทำหน้าที่ในการบอกกล่าวเหตุการณ์เหล่านั้น โดยผู้เขียนขอเสนอให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ในการบอกกล่าว ดังนี้

5.2.1 กรณีลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งจะปฏิบัติชำระหนี้/ได้ปฏิบัติชำระหนี้แล้ว

1) กรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งจะเข้าปฏิบัติชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ควรจะต้องมีการบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ก่อนที่จะได้เข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ เพื่อที่ว่าหากลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ มีข้อต่อสู้ข้อขัดแย้งใด ๆ ต่อเจ้าหนี้ (เช่น มีสิทธิขอหักกลบลบหนี้) ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ จะสามารถยกข้อต่อสู้ของตนเองได้ทันเวลาที่

2) กรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ปฏิบัติชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไปแล้ว ลูกหนี้ร่วมคนอื่นดังกล่าว ควรจะต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ โดยไม่ชักช้าให้ทราบถึงการชำระหนี้ดังกล่าว

5.2.2 กรณีลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้ ลูกหนี้ร่วมที่ได้รับการปลดหนี้ นั้น ควรจะต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ โดยไม่ชักช้าให้ทราบถึงการปลดหนี้ดังกล่าว

โดยไม่ว่าจะเป็นกรณีลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งจะปฏิบัติชำระหนี้/ได้ปฏิบัติชำระหนี้ หรือกรณีลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้ก็ตาม หากไม่ได้มีการบอกกล่าวเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วมคนอื่นนั้น ย่อมจะเกิดผลเสียแก่ลูกหนี้ร่วมได้ปฏิบัติชำระหนี้ หรือผู้ที่ได้รับการปลดหนี้ แต่บกพร่องไม่ได้บอกกล่าวด้วย ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในข้อ 5.3

5.3 ผลที่เหมาะสมของการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมทราบถึงเหตุการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของลูกหนี้ร่วม

5.3.1 ผลที่เหมาะสมของการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมทราบถึงเหตุการณ์ที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งจะชำระหนี้หรือชำระหนี้

ด้วยเหตุที่การชำระหนี้โดยลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง ย่อมจะเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นด้วยกันทุกคน ดังนั้น เพื่อเป็นมาตรการในการคุ้มครองลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ไม่ให้เกิดปัญหาตามมาหลังจากที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ชำระหนี้ เช่น อาจมีลูกหนี้ร่วมอีกคนหนึ่งชำระหนี้ซ้ำอีก ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอให้กำหนดเป็นโทษโดยชัดแจ้งแก่ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้ปฏิบัติชำระหนี้ แต่บกพร่องไม่ได้บอกกล่าวแก่ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ว่าตนจะปฏิบัติชำระหนี้หรือได้ปฏิบัติชำระหนี้แล้ว ดังนี้

1) กรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งจะเข้าปฏิบัติชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แต่ไม่ได้มีการบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ก่อนที่จะเข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ หากลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ มีข้อต่อสู้ข้อใด ๆ ต่อเจ้าหนี้ (เช่น มีสิทธิขอหักกลบบหนี้) ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ จะได้สามารถยกข้อต่อสู้นั้นขึ้นสู่ลูกหนี้ร่วมผู้ชำระหนี้โดยไม่ได้มีการบอกกล่าวได้ ภายใต้ขอบเขตของหนี้ในส่วนที่ลูกหนี้ร่วมที่มีข้อต่อสู้ต้องรับผิดชอบ ทั้งนี้ หากลูกหนี้ร่วมผู้มีข้อต่อสู้เป็นข้อต่อสู้เรื่องหักกลบบหนี้ ลูกหนี้ร่วมที่เข้าชำระหนี้โดยไม่ได้บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่นว่าตนจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ยังคงสามารถเรียกร้องให้เจ้าหนี้ชำระหนี้ที่ควรจะระงับไปเพราะการหักกลบบหนี้ได้

2) ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ปฏิบัติชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไปแล้ว โดยไม่ได้มีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ โดยไม่ชักช้าให้ทราบถึงการชำระหนี้ดังกล่าว เป็นเหตุให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นชำระหนี้ซ้ำ ลูกหนี้ร่วมคนอื่นย่อมสามารถถือได้ว่า การชำระหนี้ของเขามีผลสมบูรณ์ได้ และสามารถไปเรียกเงินที่ชำระเกินขอบเขตที่ตนต้องรับผิดชอบจากลูกหนี้ร่วมที่ได้ชำระหนี้โดยไม่ได้บอกกล่าวได้

5.3.2 ผลที่เหมาะสมของการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ร่วมทราบถึงเหตุการณ์ที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้กับลูกหนี้ร่วมคนหนึ่ง

เนื่องจากการที่เจ้าหนี้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งนั้น มีผลทำให้หนี้ร่วมได้ระงับไปตามที่เจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วม ซึ่งบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมนั้นไว้เพียงเล็กน้อยและไม่มีความชัดเจนมากนัก เพื่อเป็นมาตรการในการคุ้มครองลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ไม่ให้เกิดปัญหาตามมาหลังจากที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ชำระหนี้ เช่น เจ้าหนี้อาจปลดหนี้ให้กับลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งแล้ว เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเรียกให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นชำระหนี้ซ้ำได้ ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเป็นโทษอย่างชัดแจ้งว่า หากลูกหนี้ร่วมผู้ได้รับการปลดหนี้ นั้น ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ให้ทราบด้วยว่าหนี้ร่วมได้ระงับไปบางส่วนเพราะเหตุแห่งการปลดหนี้ ลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้รับการปลดหนี้จะไม่อาจยกข้อต่อสู้เรื่องการได้รับการปลดหนี้จากเจ้าหนี้เพื่อที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นได้ หากปรากฏว่าลูกหนี้ร่วมคนอื่นได้มีการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไปตามจำนวนหนี้เดิมโดยไม่ทราบว่าเจ้าหนี้ได้มีการปลดหนี้บางส่วนไปให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งไปแล้ว

5.4 ข้อเสนอแนะในการแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากการศึกษาผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 292 ซึ่งเกี่ยวกับการที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ชำระหนี้ให้มีความชัดเจนและให้ความคุ้มครองสิทธิของลูกหนี้ร่วมมากขึ้น ดังนี้

บทบัญญัติของกฎหมาย	บทบัญญัติของกฎหมายที่เสนอแก้ไขเพิ่มเติม
<p>มาตรา 292 “การที่ลูกหนี้ร่วมกันคนหนึ่งชำระหนี้ที่ย่อมได้เป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้คนอื่น ๆ ด้วยวิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้บังคับแก่การใด ๆ อันพึงกระทำแทนชำระหนี้ วางทรัพย์สินแทนชำระหนี้ และหักกลบลบหนี้ด้วย</p> <p>ลูกหนี้ร่วมกันคนหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องอย่างไรลูกหนี้คนอื่น ๆ จะเอาสิทธิอันนั้นไปใช้หักกลบลบหนี้หาได้ไม่”</p>	<p>มาตรา 292 “การที่ลูกหนี้ร่วมกันคนหนึ่งชำระหนี้ที่ย่อมได้เป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้คนอื่น ๆ ด้วยวิธีเดียวกันนี้ให้ใช้บังคับแก่การใด ๆ อันพึงกระทำแทนชำระหนี้ วางทรัพย์สินแทนชำระหนี้ และหักกลบลบหนี้ด้วย</p> <p>ลูกหนี้ร่วมกันคนหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องอย่างไร ลูกหนี้คนอื่น ๆ จะเอาสิทธิอันนั้นไปใช้หักกลบลบหนี้หาได้ไม่</p> <p>เมื่อลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งชำระหนี้โดยไม่ได้มีการบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่นให้ทราบว่าจะได้มีการชำระหนี้ หากลูกหนี้ร่วมคนอื่นมีข้อต่อสู้ข้อใด ๆ ต่อเจ้าหนี้ ลูกหนี้ร่วมคนดังกล่าวย่อมสามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้นอ้างต่อลูกหนี้ร่วมผู้ที่ได้ชำระหนี้ แต่ไม่ได้บอกกล่าวได้ ภายใต้ขอบเขตของหนี้ในส่วนที่ลูกหนี้ร่วมที่มีข้อต่อสู้จะต้องรับผิดชอบ ทั้งนี้ ข้อต่อสู้ที่ลูกหนี้ร่วมคนอื่นมีเป็นข้อต่อสู้เรื่องหักกลบลบหนี้ ลูกหนี้ร่วมที่ได้ชำระหนี้โดยไม่ได้บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่นว่าตนจะชำระหนี้ ยังคงสามารถเรียกร้องให้เจ้าหนี้ชำระหนี้ที่ควรจะระงับไปเพราะการหักกลบลบหนี้ได้</p> <p>หากการที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ชำระหนี้แล้ว แต่ไม่ได้บอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่นให้ทราบโดยไม่ชักช้า ว่าตนได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แล้ว อันเป็นผลให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นได้เข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ซ้ำอีกโดยสุจริต ลูกหนี้ร่วมผู้เข้าชำระหนี้ภายหลัง มีสิทธิถือว่าการกระทำของเขานั้นสมบูรณ์</p>

*หมายเหตุ: ความในวรรคสามและวรรคสี่ของมาตรา 292 ตามที่ได้เสนอแก้ไขเพิ่มเติม นั้น เป็นผลมาจากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เฉพาะในกรณีลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้

โดยไม่ได้ศึกษาไปถึงกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งกระทำการใด ๆ อันพึงกระทำแทนชำระหนี้ วางทรัพย์สินแทนชำระหนี้ และหักกลบลบหนี้ ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะกรณีลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้เพื่อให้สอดคล้องกับสิ่งที่ได้ศึกษาและวิเคราะห์มา แต่ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ความในวรรคสามและวรรคสี่ น่าจะสามารถนำไปใช้กับกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้กระทำการใด ๆ อันพึงกระทำแทนชำระหนี้ วางทรัพย์สินแทนชำระหนี้ และหักกลบลบหนี้ได้ด้วย เนื่องจากเป็นกรณีที่ทำให้หนี้ร่วมระงับเช่นเดียวกับกรณีที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งชำระหนี้

ส่วนในกรณีที่เจ้าหนี้ได้ปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งนั้น ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 293 ให้มีความชัดเจนและให้ความคุ้มครองสิทธิของลูกหนี้ร่วมมากขึ้น ดังนี้

บทบัญญัติของกฎหมาย	บทบัญญัติของกฎหมายที่เสนอแก้ไขเพิ่มเติม
<p>มาตรา 293 “การปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมกันคนหนึ่งนั้น ย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ลูกหนี้คนอื่น ๆ เพียงเท่าส่วนของลูกหนี้ที่ได้ปลดให้ เว้นแต่จะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น”</p>	<p>มาตรา 293 “การปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ร่วมกันคนหนึ่งนั้น ย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ลูกหนี้คนอื่น ๆ เพียงเท่าส่วนของลูกหนี้ที่ได้ปลดให้ เว้นแต่จะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น</p> <p>เมื่อลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งได้รับการปลดหนี้ ต้องมีการบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ โดยไม่ชักช้าว่าตนได้รับการปลดหนี้</p> <p>หากลูกหนี้ผู้ที่ได้รับการปลดหนี้ ไม่ได้มีการบอกกล่าวเป็นหนังสือตามความในวรรคสอง ลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ อาจใช้สิทธิเรียกเงินที่ได้ชำระไปจากลูกหนี้ร่วมคนที่ได้รับการปลดหนี้ แต่ไม่ได้บอกกล่าวได้</p>

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า หากได้มีการแก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามที่เสนอแล้ว ย่อมจะเป็นการเพิ่มหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิของลูกหนี้ร่วมทุกคนและทำให้ลูกหนี้ร่วมที่มีสิทธิเรียกร้องอย่างใด ๆ สามารถที่จะแสดงสิทธิเรียกร้องของตนได้อย่างเต็มที่ รวมถึงยังเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดหนี้ซ้ำอีกจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในการเรียกให้ลูกหนี้ร่วมคนอื่นชำระหนี้ซ้ำอีกด้วย

บรรณานุกรม

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. “หลักความสุจริตและเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้.” ใน **เอกสารประกอบการศึกษาวิชาความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย คณะนิติศาสตร์**. หน้า 92. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- จิตติ เศรษฐบุตร์. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้**. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- จิตติ ติงศภัทย์ และ ยล ธีรกุล. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึงมาตรา 452**. พระนคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2503.
- จรัญ ภักดีชนากุล. **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยผลและความระงับแห่งหนี้**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: บริษัท พี. เพรส จำกัด, 2561.
- ชะลอ ว่องวัฒนาภิกุล. **คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้**. กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2549
- ชญา หลีประเสริฐ. “หน้าที่ข้างเคียงในการชำระหนี้.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, 2556.
- ดารารพร ธีระวัฒน์. **กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563.
- _____. **กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- ฉัตรรัตน์ สง่าแสง. “ผลของอายุความสะดุดหยุดลง เปรียบเทียบระหว่างกรณีลูกหนี้กับผู้ค้าประกันและระหว่างลูกหนี้ร่วม.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2556.
- นิลบุล เลิศนุวัฒน์. **กฎหมายค้ำประกัน**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.
- ปัญญา ถนอมรอด. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ค้ำประกัน จำนอง จำนำ**. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2564.
- ปติกุล จีระมงคลพาณิชย์. **กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำนำ**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ, 2526.

- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559.
- พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วณิกกุล). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 1. กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ตังศภัทีย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2476.
- _____. และ ยล อีร์กุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194 – 353. กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ตังศภัทีย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- วิชัย วิวิตเสวี. การปลดหนี้ให้ลูกหนี้ร่วม. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2550 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่ 24. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564.
- _____. คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- _____. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- ศุภวิชญ์ อีร์จันทรางกูร. “หน้าที่ในการให้ความร่วมมือการชำระหนี้.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.
- สุนทรมณีสวัสดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์: หนี้. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2). พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- _____. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2512.
- โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2553.
- Basil Markensinis, Hannes Unberath and Anhus Johnston. *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*. 2nd ed. Oregon: Hart Publishing, 2006.

- Beatson, Jack and Daniel Friedmann. **Good Faith and Fault in Contract Law**. New York: Clarendon Press, 1997.
- Bénédicte Faurarque-Cosson and Denis Mazeaud Mazeaud. **European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology Guiding, Principles, Model Rules**. Walter de Gruyter, 2009.
- Cohn, E.J. **Manual of German Law Volume I**. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, Inc., 1968.
- De Becker, J.E. **The Principle and Practice of The Civil Code of Japan**. London: Butterworth&co, 1921.
- De Becker, J.E. **Annotated Civil Code of Japan**. London: Butterworth&co, 1909.
- Ebke, Werner F. and Matthew W. Finkin. **An Introduction to German Law**. Hague: Kluwer Law International, 1996.
- Heinrich, Christian. **Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.
- Otta von Gierke. **Schuld und Haftungimlteren deutschen Recht : insbesondere die Form der Schul- und Haftungsgeschafte**. Breslau: M & L.Macus, 1910.
- Partners, City-Yuwa. **Civil Code reform: amendment to guarantee obligations** [Online]. Available URL: <https://www.lexology.com/commentary/banking-financial-services/japan/city-yuwa-partners/civil-code-reform-amendments-to-guarantee-obligations#4>, 2022 (February, 27).
- Schuster, Ernest J. **The Principle of German Civil Law**. Oxford: The Clarendon Press, 1907.
- Shimada, Makoto. "Termination of a continuous contract and good faith under Japanese and English law." **Keio law journal** 38 (2017).
- Zimmermann, Reinhard. **The New German Law of Obligations: Historical and Comparatives**. New York: Oxford University Press, 2010.

การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับผู้ประกอบการ
เพื่อป้องกันความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่ม
แอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่

วัชรพงศ์ ค่อยจะโปะ

การกำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับผู้ประกอบการเพื่อป้องกันความรุนแรงใน สถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่*

The Criminalization of the Offense for the Provider to Prevent Violence in On-Premises Alcohol Outlet

วัชรพงศ์ ค่อยจะโปะ**
Watcharapong Koijapho

บทคัดย่อ

ปัญหาความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ เป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อทั้งผู้ถูกระทำความรุนแรง ผู้ใช้บริการโดยทั่วไป สถานประกอบการ ตลอดจนระบบเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ซึ่งมีสาเหตุส่วนหนึ่งมาจากปัจจัยด้านสภาพแวดล้อมของสถานประกอบการ และปัจจัยด้านการกำกับดูแลสถานประกอบการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของภาครัฐ อันเป็นปัจจัยที่ภาครัฐสามารถใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุม และกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายเพื่อป้องปรามอาชญากรรมความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายได้ แต่เมื่อได้พิจารณามาตรการ

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “การกำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับผู้ประกอบการเพื่อป้องกันความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณัฏพล จิตติรัตน์ คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ และศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม.

This research article is a part of thesis “The criminalization of the offense for the provider to prevent violence in on-premises alcohol outlets.” This thesis has been approved by graduate school as partial fulfillment of the requirements for Master of Laws at Chulalongkorn University. Assistant Professor Dr.Natchapol Jittirut is advisor. Professor Dr.Narong Jaiharn and Professor Dr.Kanaphon Chanhom are examiners.

**นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. E-mail: doomza_2009@hotmail.com

LL.M. Candidate, Faculty of Law, Chulalongkorn University.

วันที่รับบทความ (received) 12 มิถุนายน 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 27 สิงหาคม 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 4 กันยายน 2567.

ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาดังกล่าว พบว่า ไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการควบคุม และกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ที่ไม่ใช่สถานบริการเพื่อป้องกันความรุนแรงในสถานที่จำหน่าย ทั้งในการรักษาความปลอดภัย และรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานที่จำหน่ายไว้โดยเฉพาะ และในส่วนมาตรการทางกฎหมายในการควบคุม และกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ที่เป็นสถานบริการซึ่งเป็นสถานที่จำหน่ายที่มีความเสี่ยงต่อการเกิดความรุนแรงสูง แต่กลับไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการรักษาความปลอดภัย และรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานที่จำหน่ายที่เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ หลังจากศึกษาแนวคิดหลักการ และทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง และเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ จึงเห็นว่าควรกำหนดความผิดทางอาญา และความผิดทางพินัยแก่ผู้ประกอบการในการควบคุม และกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ไว้โดยเฉพาะ ตลอดจนกำหนดหน้าที่ในการจัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัย และการรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานที่จำหน่ายให้เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: สถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่, ความรุนแรง, ผู้ประกอบการ

Abstract

Violence in on-premises alcohol outlets affects not only the victims but also the patrons, establishments, and the broader socioeconomic system of the country. One contributing factor is the environment of these establishments and the supervision of alcohol sales by the government. These are factors that can be addressed through legal measures to control and monitor alcohol sales venues to deter violent crime. However, upon reviewing existing legal measures, it was found that there are insufficient regulations specifically designed to control and supervise non-entertainment venues selling alcohol, which could prevent violence and ensure public safety and order within these establishments. On the other hand, while there are legal measures for entertainment venues where they are considered as places with a higher risk of violence. These do not adequately outline the responsibilities of operators in safeguarding safety and maintaining public order. After studying relevant concepts, principles, and theories, and comparing the legal measures of foreign countries, it is suggested that criminal offenses and regulatory fines should be clearly defined for operators of on-premises alcohol outlets. Additionally, there should be a specific obligation for operators to implement security systems and maintain public order effectively within these establishments.

Keywords: on-premises alcohol outlets, violence, provider

1. บทนำ

ปัญหาความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ หมายถึง การกระทำที่เป็นความตั้งใจกำลังหรืออำนาจทางกายข่มขู่ คุกคาม ทำร้ายตนเอง ผู้อื่น กลุ่มคนหรือสังคม ทำให้เกิดการบาดเจ็บ เสียชีวิต การทำร้ายจิตใจ ยับยั้ง และปิดกั้นการเจริญงอกงาม สูญเสีย หรือจำกัดสิทธิบางประการ¹ ที่เป็นอาชญากรรมในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ที่อนุญาตให้ผู้ใช้บริการสามารถดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในบริเวณสถานที่จำหน่ายได้โดยในประเทศไทย มีรูปแบบ และลักษณะการก่อความรุนแรง เช่น การทะเลาะวิวาทไปจนถึงการทำร้ายร่างกายของผู้ใช้บริการ การลักทรัพย์ การคุกคามทางเพศ หรือการใช้สารเสพติด เป็นต้น² ซึ่งปัญหาความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายไม่ได้มีสาเหตุจำกัดอยู่เฉพาะปัจจัยด้านบุคคลผู้ก่อความรุนแรงจากสาเหตุการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือการกระทำเฉพาะบุคคลเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีปัจจัยด้านสภาพแวดล้อมของสถานประกอบการ และปัจจัยด้านการกำกับดูแลสถานประกอบการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของภาครัฐ อันเป็นปัจจัยที่ภาครัฐสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการควบคุม และกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายเพื่อป้องปรามอาชญากรรมความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณามาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ ประกอบด้วย 1) มาตรการทางกฎหมายกรณีเป็นสถานที่จำหน่ายที่ไม่เป็นสถานบริการ ได้แก่ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติสรรพสามิต พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 2) มาตรการทางกฎหมายกรณีเป็นสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่เป็นสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ ได้มีคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 เป็นกฎหมายพิเศษควบคุมเพิ่มเติมขึ้น และ 3) มาตรการทางกฎหมายกรณีเป็นสถานบริการตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการ ได้มีพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 เป็นกฎหมายพิเศษควบคุมเพิ่มเติมขึ้นอีก ได้พบปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการเพื่อป้องกันความรุนแรงในสถานที่จำหน่าย ดังนี้

¹James A. Mercy and others, **Chapter 5 Interpersonal Violence: Global Impact and Paths to Prevention** [Online], available URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK525208/#:%20textInter%20personal%20violence%20involves%20the%20intentional,may%20involve%20deprivation%20and%20neglect>, 2023 (October, 12).

²อภิวิชญ์ ภัทรกุล, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการ “การจัดการความรู้ด้านการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับสถานบริการ,” (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2558), หน้า 54-58.

ประการแรก ปัญหาการไม่ได้กำหนดประเภทมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ที่ไม่เป็นสถานบริการไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ กรณีสถานที่จำหน่ายที่ไม่ได้เป็นสถานบริการแม้ได้มีมาตรการทางกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการ ประกอบด้วย (1) ผู้ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 (2) ผู้ขายสุราตามพระราชบัญญัติสรรพสามิต พ.ศ. 2560 และ (3) ผู้จำหน่ายอาหารตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 แต่ไม่ได้มีการกำหนดหน้าที่เพื่อป้องกันความรุนแรงในสถานที่จำหน่าย ทั้งการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการจัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยอันเป็นมาตรการป้องกันก่อนเกิดเหตุการณ์รุนแรงและหน้าที่ให้ผู้ประกอบการรักษาความสงบเรียบร้อยอันเป็นมาตรการระงับเหตุการณ์รุนแรงไว้แต่อย่างใด

ประการที่สอง ปัญหาการกำหนดค่านิยมของคำว่า “สถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ” ตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ไม่มีความชัดเจนแน่นอน จึงทำให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับสถานประกอบการอาจเกิดความลักลั่นไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วทั้งประเทศ ตลอดจนการกำหนดมาตรการทางปกครองที่รุนแรงเกินไปทำให้ผู้ประกอบการหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามมาตรการบังคับดังกล่าว

ประการที่สาม ปัญหาการกำหนดหน้าที่ให้ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งเป็นสถานที่จำหน่ายที่มีความรุนแรงสูง แต่ไม่ได้มีการกำหนดหน้าที่ให้ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการในฐานะผู้ประกอบการจัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยและรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานบริการให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

ดังนั้น บทความนี้จะอธิบายให้เห็นถึงปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการที่ส่งผลต่อความรุนแรงในสถานที่จำหน่าย ประกอบด้วย มาตรการควบคุมและกำกับดูแลสถานที่จำหน่าย มาตรการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการจัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัย และมาตรการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานที่ ตลอดจนศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายสำหรับผู้ประกอบการเพื่อป้องกันความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐนิวยอร์ค ประเทศสหรัฐอเมริกา ดินแดนนอร์เทิร์นเทร์ริทอรี ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์ โดยนำเสนอแนวทางการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่ผู้ประกอบการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายต่อไป

2. แนวคิด หลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับผู้ประกอบการเพื่อป้องกันความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายจำเป็นต้องพิจารณาแนวคิด หลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ทราบถึงสาเหตุของปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและมาตรการกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยมีแนวคิด หลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

2.1 ทฤษฎีอาชญาวิทยาที่เกี่ยวข้องกับปัจจัยที่ก่อให้เกิดความรุนแรงในสถานที่จำหน่าย

2.1.1 ทฤษฎีการป้องกันอาชญากรรมตามสถานการณ์ (The Situational Crime Preventions Theory) เป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงปัจจัยด้านสภาพแวดล้อมในสถานประกอบการของโรนัลด์ คลาร์ก (Ronald Clarke) ที่ได้เสนอว่า การก่ออาชญากรรมเป็นการตัดสินใจอย่างเป็นเหตุผลโดยชั่งน้ำหนักถึงความเสี่ยงและผลประโยชน์ที่ได้รับหลังการก่ออาชญากรรม ประกอบด้วยหลักการป้องกันอาชญากรรม 4 ข้อ ได้แก่ 1) การเพิ่มความพยายามให้แก่ตัวอาชญากร การกำหนดมาตรการทางกายภาพทำให้อาชญากรกระทำการได้ยาก เช่น การกำหนดให้สถานที่จำหน่ายต้องมีพนักงานรักษาความปลอดภัยที่ได้รับการฝึกอบรมมาคัดกรองบุคคลที่ต้องการเข้าสถานที่ เป็นต้น 2) การเพิ่มความเสี่ยงให้แก่อาชญากรที่มีผลต่อการเกิดความรุนแรงอย่างมีนัยยะสำคัญ เช่น การเข้มงวดในการปฏิบัติตามกฎระเบียบภายในสถานที่ เป็นต้น 3) การลดขนาดรางวัลของอาชญากร เป็นการลดผลตอบแทนที่ผู้ก่อความรุนแรงจะได้รับ เช่น การควบคุมไม่ให้ผู้ใช้บริการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จำนวนมากเกินไปจนไม่ได้สติ เป็นต้น และ 4) การตัดการแก้ตัวของอาชญากร เช่น ป้องกันไม่ให้ผู้ก่อความรุนแรงเห็นว่าการกระทำความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายเป็นเรื่องปกติ เป็นต้น³ ดังนั้น หากสถานที่จำหน่ายใดไม่มีมาตรการสภาพแวดล้อมในการป้องกันความรุนแรง เช่น การติดตั้งกล้องวงจรปิด (CCTV) เป็นต้น ประกอบกับผู้ใช้บริการที่เป็นผู้ถูกกระทำความรุนแรงมีพฤติกรรมที่เพิ่มขนาดความรุนแรงขึ้น เช่น การพกพาทรัพย์สินไปสถานประกอบการเป็นจำนวนมาก เป็นต้น สถานที่จำหน่ายนั้นย่อมเพิ่มโอกาสให้ผู้ก่อความรุนแรงในการกระทำความรุนแรงในสถานที่เพิ่มขึ้นมากกว่าปกติ

2.1.2 ทฤษฎีกฎระเบียบแบบตอบสนอง (The Responsive Regulation Theory) เป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงปัจจัยด้านการกำกับดูแลสถานประกอบการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของภาครัฐของโรเบิร์ต บอลด์วิน (Robert Baldwin) ที่ได้เสนอว่า การปฏิบัติตามกฎหมายของภาคอุตสาหกรรมธุรกิจมีแนวโน้มมากขึ้นเมื่อหน่วยงานกำกับดูแลที่ได้ออกใบอนุญาตดำเนินการบังคับใช้

³จอมเดช ตรีเมฆ, ปัญหาอาชญากรรมและนโยบายทางอาญา (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์หนังสือมหาวิทยาลัยรังสิต, 2565), หน้า 74-78

อย่างชัดเจนเป็นระเบียบแบบแผนจากมาตรการเบาไปถึงมาตรการหนักสุด และประชาสัมพันธ์ถึงผลร้ายที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามมาตรการของรัฐอยู่เป็นประจำ ตั้งแต่การตักเตือน การลงภาคทัณฑ์ มาตรการลงโทษทางแพ่ง มาตรการลงโทษทางอาญา การระงับใบอนุญาต ไปจนถึงการเพิกถอนใบอนุญาต⁴ ดังนั้น หากประเทศใดไม่มีการดำเนินการบังคับใช้ใบอนุญาตจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่อย่างชัดเจนเป็นระเบียบแบบแผนจากมาตรการเบาไปถึงมาตรการหนักสุดย่อมเป็นปัจจัยส่งเสริมให้เกิดความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายมากกว่าปกติ

2.2 หลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่ผู้ประกอบการ

การพิจารณาถึงการกำหนดว่าการกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษอาญาอาจเกิดปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ (Overcriminalization) ขึ้นได้ หากไม่ได้พิจารณาถึงประสิทธิภาพและกลไกของรัฐในการบังคับใช้⁵ เพื่อให้การกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่ผู้ประกอบการเป็นไปด้วยความจำเป็นและเหมาะสม จึงจำเป็นต้องพิจารณาหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญา ดังนี้

2.2.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดทางอาญาเกินความจำเป็นของ ดักลาส ฮูซัค (Douglas Husak) ซึ่งได้พิจารณาข้อจำกัด 4 ประการ ดังต่อไปนี้⁶

1) ข้อจำกัดเกี่ยวกับอันตรายหรือความชั่วร้ายที่สำคัญ (The Nontrivial Harm or Evil Constraint) การกำหนดความรับผิดทางอาญาต้องบัญญัติเฉพาะการกระทำที่เป็นอันตรายหรือมีความชั่วร้ายที่สำคัญเท่านั้น

2) ข้อจำกัดเกี่ยวกับความไม่ชอบธรรม (The Wrongfulness Constraint) การกำหนดความรับผิดทางอาญาและการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดต้องมีความชอบธรรม เนื่องจากโทษทางอาญาเป็นมาตรการลงโทษที่มีความรุนแรง และก่อให้เกิดความเสื่อมเสียชื่อเสียงแก่ผู้รับโทษทางอาญา

3) ข้อจำกัดการลงโทษที่ผู้กระทำความผิดควรได้รับ (The Desert Constraint) กำหนดให้เมื่อบุคคลสมควรที่จะมีความรับผิดทางอาญาและมีความชอบธรรมที่จะได้รับโทษทางอาญาแล้ว โทษที่จะกำหนดให้แก่บุคคลต้องมีขอบเขตความสมควรที่บุคคลต้องได้รับโทษเช่นนั้น

⁴Robert Baldwin, Martin Cave and Martin Lodge, *Understanding Regulation : Theory, Strategy, and Practice*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2011), pp. 259-265.

⁵เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นติ้ง, 2551), หน้า 7.

⁶Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 37, 55-56, 84 and 100.

4) ข้อจำกัดเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ (The Burden of Proof Constraint) ห้ามไม่ให้กำหนดความรับผิดอาญาที่เป็นภาระการพิสูจน์จะตกแก่ผู้ถูกกล่าวหา ไม่ว่าจะเป็นบทสันนิษฐานความผิด หรือความรับผิดโดยเด็ดขาด (Strict Liability) เนื่องจากจำเป็นต้องมีการพิจารณาการกระทำที่เป็นความชั่วร้ายที่สำคัญของการกระทำและผู้กระทำอยู่เสมอ

2.2.2 หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญ สืบเนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 77 วรรคสาม กำหนดว่า “รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง” และคณะกรรมการพัฒนากฎหมายโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้ออกคำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายเพื่อให้กำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง⁷ ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้⁸

ข้อ 1 การกระทำที่เป็นความผิดร้ายแรงต้องเป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง

ข้อ 2 เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผล และมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้

ข้อ 3 ความผิดที่บัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด หากบทบัญญัติความผิดที่มีโทษอาญาในพระราชบัญญัติใดมีองค์ประกอบความผิดเหมือนหรือคล้ายคลึงกับความผิดที่กำหนดในภาคความผิดของประมวลกฎหมายอาญามีให้กำหนดโทษอาญาในร่างกฎหมายนั้น เว้นแต่จะมีเหตุผลความจำเป็นพิเศษว่าเป็นกฎหมายเฉพาะจำเป็นต้องมีโทษสูงกว่าหรือมีโทษอุกปรัก

ข้อ 4 ในกรณีที่มีพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันประเทศไทยให้ต้องตรากฎหมายที่มีโทษอาญาตามที่กำหนดไว้ในพันธกรณีนั้น ให้กำหนดโทษอาญาได้ตามความจำเป็น และเหมาะสมและมีเขตแดนโทษ

ข้อ 5 การกระทำใดที่เป็นกรรมเดียว และมีโทษอาญาอยู่แล้ว จะกำหนดให้การกระทำกรรมเดียวกันนั้นมีโทษอย่างอื่นด้วย เพื่อจูงใจให้ยอมรับโทษอย่างอื่นนั้นเพื่อระงับคดียอมกระทำไม่ได้

⁷ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญาภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2564), หน้า 33-35.

⁸“คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 132 (27 พฤศจิกายน 2562): 18.

2.3 แนวคิดการกำหนดมาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยแก่ผู้ประกอบการ

การพิจารณากำหนดมาตรการทางกฎหมายแก่ผู้ประกอบการบางมาตรการอาจไม่จำเป็นต้องกำหนดสภาพบังคับทางอาญา หากไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา ดังนี้ มาตรการลงโทษ “ปรับเป็นพินัย” ซึ่งเป็นโทษปรับสถานเดียวที่ใช้สำหรับการฝ่าฝืนกฎหมายที่ไม่ร้ายแรงแทนโทษอาญา จึงเป็นสภาพบังคับทางกฎหมายซึ่งอาจนำมาใช้แทนได้ในบางมาตรการ โดยประเทศไทยได้มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 อันเป็นไปตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ให้รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง โดยมีหลักการให้มิ “ความผิดทางพินัย” หมายความว่า การกระทำหรืองดเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และกฎหมายนั้นบัญญัติให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย และกรณีกฎหมายที่ได้กำหนดความผิดในทางอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวไว้ก่อนสำหรับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางพินัยต้องเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรงตามคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายตามที่ได้นำเสนอมาแล้ว⁹ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ได้แก่พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ได้ถูกกำหนดให้เปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวเป็นความผิดทางพินัย

2.4 แนวคิด และหลักเกณฑ์การกำหนดมาตรการทางปกครองแก่ผู้ประกอบการ

การพิจารณากำหนดมาตรการควบคุม และกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายจำเป็นต้องพิจารณาแนวคิด และหลักเกณฑ์การกำหนดมาตรการทางปกครองที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.4.1 หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการเนื้อหาสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐซึ่งห้ามไม่ให้รัฐใช้อำนาจเกินส่วนหรือเกินกว่าที่ควรจะเป็นโดยไม่ก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้น จากการพิจารณาก่อนว่าการกำหนดมาตรการทางปกครองแต่ละมาตรการสิ่งใดเป็นวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการ จากนั้นพิจารณาตรวจสอบใน 3 ขั้นตอน 1) หลักแห่งความเหมาะสมหรือหลักความสัมฤทธิ์ผล ตรวจสอบว่า มาตรการที่กำหนดหน้าที่ให้บุคคลต้องปฏิบัติหรือห้ามไม่ให้ปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งมีความเหมาะสมที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการ 2) หลักความจำเป็น ตรวจสอบว่ามาตรการทางปกครองที่เหมาะสมหรืออาจสัมฤทธิ์ผลเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ โดยพิจารณาจากการที่รัฐต้องใช้เครื่องมือที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ 3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมาย

⁹ อารักษ์ ลานี, คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565. [Online], available URL: <http://www.drive.google.com/file/d/18Efz3Cpfsmpx8KJnpjgS98XQ4cfquRhF/view?usp=drivesdk,2567> (เมษายน, 12).

อย่างแคบ ตรวจสอบว่าผลกระทบที่ปัจเจกชนได้รับจากการใช้มาตรการทางปกครองนั้นสัมพันธ์กันอย่างไร มีเหตุผลกับผลประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับหรือไม่¹⁰ ดังนั้น จึงอาจนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการพิจารณามาตรการทางปกครองที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันว่ามีการใช้อำนาจเกินส่วนหรือเกินกว่าที่ควรจะเป็นโดยไม่ก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพจนทำให้เกิดความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายหรือไม่ ตลอดจนพิจารณากำหนดมาตรการทางปกครองเพิ่มเติมเท่าที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

2.4.2 หลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดระบบอนุญาตในกฎหมาย การพิจารณากำหนดระบบอนุญาตเพื่อควบคุมและกำกับดูแลการประกอบกิจการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่จำเป็นต้องพิจารณากำหนดเท่าที่จำเป็นต่อการป้องกันความรุนแรง เนื่องจากมาตรการระบบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมก่อนหน้ามีผลให้รัฐต้องตรวจสอบคุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามของบุคคล ตลอดจนการดำเนินการที่เกี่ยวข้องก่อนจะพิจารณาอนุญาตให้สิทธิตามกฎหมายแก่บุคคลในการประกอบอาชีพ จึงเป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพของประชาชน และความสามารถในการแข่งขันกับต่างประเทศ¹¹ ทั้งนี้ ในส่วนมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศได้มีการนำมาตรการอื่นมาใช้เพื่อแทนระบบอนุญาตในหลายรูปแบบด้วยกัน ได้แก่ 1) มาตรการควบคุมก่อนหน้า (ex ante control) เช่น การรับรอง การจดทะเบียนหรือขึ้นทะเบียน และ 2) มาตรการควบคุมภายหลัง (ex post control) เช่น การแจ้งก่อนการดำเนินการ หรือการกำหนดกฎหมายที่ให้ออกชนต้องปฏิบัติ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ระบบที่อาจนำมาใช้ในการควบคุม และกำกับดูแลการประกอบกิจการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ได้อย่างเหมาะสม ได้แก่ ระบบการจดทะเบียน ซึ่งมีลักษณะเป็นการห้ามประกอบกิจการจนกว่าจะได้แจ้งความประสงค์ในการประกอบกิจการนั้นให้เจ้าหน้าที่ทราบ เพื่อให้รัฐได้ทราบข้อมูล และใช้ข้อมูลเชิงสถิติในการบริหารจัดการภาครัฐ ตลอดจนการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจ โดยเมื่อผู้ประกอบการแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ทราบแล้วจะมีการออกใบรับแจ้งให้เป็นหลักฐาน และจะไม่มี การตรวจสอบคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้จดทะเบียนแต่อย่างใด และหน่วยงานผู้รับผิดชอบมีหน้าที่เพียงยืนยันความครบถ้วนของรายการเท่านั้น ทั้งนี้ ภาครัฐอาจกำหนดมาตรฐานของการประกอบกิจการนั้น และมีกระบวนการสุ่มตรวจ และระงับการดำเนินการที่ผิดกฎหมายหรือเป็นอันตรายได้¹²

¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: อานกฤษฎา, 2564), หน้า 294-300.

¹¹ กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดระบบอนุญาตในกฎหมาย [Online], available URL: <https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1579148886-2cqso-rwvy6.pdf>, 2566 (มิถุนายน, 10).

¹² “คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 132 ก (27 พฤศจิกายน 2562): 14.

3. มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย

เพื่อให้สามารถทราบถึงสภาพปัญหาทางกฎหมาย มาตรการทางกฎหมาย สำหรับผู้ประกอบการ เกี่ยวกับการป้องกันความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายได้ ผู้เขียนขอเสนอปัญหาของมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

3.1 พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560

กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายภาษีอากรในการควบคุมการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ด้วยระบบใบอนุญาต โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อสร้างรายได้แก่รัฐ และจำกัด ควบคุม หรือ เพิ่มต้นทุนในการบริโภคสินค้าหรือบริการบางประเภทที่มีลักษณะก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพ และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน¹³ ซึ่งการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ต้อง ขออนุญาตจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามกฎหมายฉบับนี้ในฐานะผู้ประสงค์จะขายสุรา¹⁴ ให้ยื่นคำขออนุญาตต่อเจ้าพนักงานสรรพสามิต หากฝ่าฝืนไม่ขออนุญาตต้องระวางโทษปรับทางอาญา ไม่เกิน 5,000 บาท (มาตรา 196 ประกอบ 155) และกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบการไว้ 2 ด้าน ได้แก่ มาตรการด้านใบอนุญาต เช่น ห้ามใช้ใบอนุญาตไม่ตรงกับสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาต หรือ ต้องแสดงใบอนุญาตไว้ในที่เปิดเผย หากฝ่าฝืนระวางโทษปรับไม่เกิน 5,000 บาท (มาตรา 205) เป็นต้น และมาตรการด้านวิธีการจำหน่าย เช่น ห้ามไม่ให้ผู้ขายเปลี่ยนแปลงภาชนะบรรจุสุราเพื่อการค้า เว้นแต่ เป็นผู้ได้รับใบอนุญาตขายสุราประเภทที่ 2 เฉพาะกรณีผู้ซื้อได้ร้องขอให้เปลี่ยนแปลงภาชนะบรรจุ สุราเพื่อดื่มในขณะนั้น หากฝ่าฝืนมีโทษปรับไม่เกิน 5,000 บาท (มาตรา 196) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณากฎหมายฉบับดังกล่าวที่มุ่งหมายเพื่อจัดเก็บภาษีรายได้ให้แก่รัฐในการควบคุมการบริโภค เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของประชาชน แต่ไม่ได้เป็นไปเพื่อป้องกันความรุนแรงที่เกิดขึ้นในสถานที่จำหน่าย ทำให้ไม่มีการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการกำหนดมาตรการทางกายภาพเพื่อป้องกันความรุนแรง ในสถานที่จำหน่าย ตลอดจนภาครัฐไม่มีข้อมูลจุดบริการจำหน่ายเพื่อใช้เป็นแนวทางในการป้องกัน อาชญากรรมอันเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาความรุนแรง

¹³บุญธรรม ราชรักษ์, เศรษฐศาสตร์ภาษีอากรไทย (THE ECONOMICS OF THAI TAXATION) (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543), หน้า 151-153.

¹⁴พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560, มาตรา 154 “...“สุรา” หมายความว่าความรวมถึงวัตถุทั้งหลายหรือ ของผสมที่มีแอลกอฮอล์ ซึ่งสามารถดื่มกินได้เช่นเดียวกับน้ำสุรา หรือซึ่งดื่มกินไม่ได้แต่เมื่อได้ผสมกับน้ำหรือของเหลว อย่างอื่นแล้วสามารถดื่มกินได้เช่นเดียวกับน้ำสุรา แต่ไม่รวมถึงเครื่องดื่มที่มีปริมาณแอลกอฮอล์ไม่เกินศูนย์จุดห้าดีกรี...”

3.2 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการกำกับดูแล และป้องกันเกี่ยวกับการอนามัยสิ่งแวดล้อมได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการจำหน่ายอาหารมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ ซึ่งสำหรับกรณีสถานประกอบการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับการบริโภคในสถานที่ที่จำหน่ายอาหารร่วมด้วย ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ แต่สำหรับสถานประกอบการที่ไม่ได้จำหน่ายอาหารร่วมด้วย ได้มีบันทึกการตอบข้อหารือกรมอนามัยกำหนดแนวทางให้สถานที่จำหน่ายอาหาร รวมถึงการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ด้วย¹⁵ ดังนั้น สถานประกอบการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับการบริโภคในสถานที่ทุกประเภทจึงต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ด้วย ทั้งนี้ มาตรการทางกฎหมายฉบับนี้ แบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มแรก สถานที่จำหน่ายที่ไม่ได้จำหน่ายในตลาดกำหนดหลักเกณฑ์ต้องขออนุญาต หากมีพื้นที่เกิน 200 ตารางเมตร หรือแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นหากมีพื้นที่ไม่เกิน 200 ตารางเมตร หากฝ่าฝืนไม่ขออนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 บาท หรือไม่จดแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกิน 25,000 บาท แล้วแต่กรณี (มาตรา 72) โดยเมื่อผู้ประกอบการได้จดแจ้งหรือขออนุญาตต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นแล้วจะมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงสุขลักษณะของสถานที่จำหน่ายอาหาร พ.ศ. 2561 (ออกโดยอาศัยอำนาจมาตรา 6) ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ประกอบกิจการปฏิบัติในการจำหน่ายอาหารให้มีสุขลักษณะที่ดีและลดความเสี่ยงต่อการเกิดโรค

กลุ่มที่สอง สถานที่จำหน่ายในตลาด เช่น การจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในตลาดนัด ตอนกลางคืน เป็นต้น ผู้จัดตั้งตลาดจะเป็นผู้ขออนุญาตจัดตั้งตลาด (มาตรา 3) โดยผู้ประกอบการไม่มีหน้าที่ต้องจดแจ้งหรือขออนุญาตจำหน่ายอาหารแต่อย่างใด แต่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎกระทรวงว่าด้วยสุขลักษณะของตลาด พ.ศ. 2551

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณากฎหมายดังกล่าวที่แม้ผู้ประกอบการต้องขออนุญาตหรือจดแจ้งการจำหน่ายอาหารต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นซึ่งเป็นหน่วยงานที่อยู่ใกล้ชิดประชาชน และมีความสะดวกต่อการควบคุม และกำกับดูแลการประกอบกิจการ แต่กลับไม่มีการกำหนดบังคับให้ผู้ขออนุญาตหรือผู้จดแจ้งต้องแจ้งข้อมูลการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพิ่มขึ้นด้วย อันเป็นเหตุให้หน่วยงานส่วนท้องถิ่นไม่มีข้อมูลจุดบริการจำหน่ายเพื่อใช้เป็นแนวทางในการป้องกันอาชญากรรม

¹⁵ กรมอนามัย, บันทึกการตอบข้อหารือกรมอนามัย เรื่อง แนวทางการควบคุมดูแลแผงขายอาหารที่มีลักษณะเป็นซุ้มเต็นท์ผ้าใบ และสถานที่จำหน่ายอาหารที่มีการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม [Online], available URL: http://foodsantiation.bangkok.go.th/assets/uploads/guidelines/document/20210831_92842.pdf, 2566 (มกราคม, 5).

3.3 พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551

กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายเกี่ยวกับควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ฉบับแรกของประเทศไทย และยังคงใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยลดปัญหา และผลกระทบทั้งด้านสังคม และเศรษฐกิจ ช่วยสร้างเสริมสุขภาพของประชาชนโดยให้ตระหนักถึงพิษภัยของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ตลอดจนช่วยป้องกันเด็ก และเยาวชนมิให้เข้าถึงเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ได้ง่าย¹⁶ โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดนิยามคำว่า “เครื่องตี้มแอลกอฮอล์” หมายความว่า สุราตามกฎหมายว่าด้วยสุรานั้นนี้ ไม่รวมถึงยา วัตถุออกฤทธิ์ต่อจิต และประสาท ยาเสพติดให้โทษตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น” และนิยามคำว่า “ขาย” หมายความว่ารวมถึง จำหน่าย จ่าย แจก แลกเปลี่ยน ให้ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า” (มาตรา 3) ซึ่งผู้ประกอบการจำหน่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ต้องจำหน่าย และโฆษณาเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ภายใต้มาตรการทางกฎหมายที่กำหนด แบ่งเป็น 5 ด้าน ประกอบด้วย

3.3.1 มาตรการด้านสถานที่ กำหนดสถานที่ห้ามขายในสถานที่หรือบริเวณที่กฎหมายกำหนด หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 39 ประกอบ 27)

3.3.2 มาตรการด้านวันเวลาจำหน่าย กำหนดให้นายกรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการนโยบายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ประกาศกำหนดวันหรือเวลาห้ามขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 39 ประกอบ 27)

3.3.3 มาตรการด้านบุคคลที่จำหน่ายกำหนดห้ามขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ให้แก่บุคคลที่กฎหมายห้าม หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 40 ประกอบ 29)

3.3.4 มาตรการด้านวิธีการจำหน่าย กำหนดห้ามขายด้วยวิธีการและลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 40 ประกอบ 30(1)) และการจำหน่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์โดยวิธีการอื่น หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 41 ประกอบ 30(1))

3.3.5 มาตรการด้านการโฆษณา กำหนดห้ามโฆษณาเครื่องตี้มแอลกอฮอล์หรือแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์อันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นตี้มโดยตรงหรือโดยอ้อม หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 500,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกิน 50,000 บาท ตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ (มาตรา 43 ประกอบ 32)

¹⁶บันทึกหลักการและเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551.

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ทุกประเภทต้องปฏิบัติตามมาตรการ 5 ด้าน ซึ่งเป็นหน้าที่ประกอบกิจการให้มีบริการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อย่างมีความรับผิดชอบ (Responsible Beverage Service) ดังที่นำเสนอข้างต้นแล้ว แต่ยังไม่มีการกำหนดหน้าที่จัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยหรือรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานที่จำหน่ายแต่อย่างใด เช่น หากเกิดการทะเลาะวิวาทกันในสถานที่จำหน่าย ผู้ประกอบการไม่มีหน้าที่ต้องระงับเหตุหรือแจ้งเหตุทะเลาะวิวาทแก่ตำรวจแต่อย่างใด เป็นต้น

3.4 พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุม และกำกับดูแลสถานบริการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ศีลธรรม วัฒนธรรม และประเพณีอันดีของชาติ¹⁷ โดยหากสถานที่จำหน่ายใดมีลักษณะการให้บริการตามค่านิยมของ “สถานบริการ” ตามมาตรา 3 ต้องขออนุญาตต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนี้ด้วย (ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่สำหรับเขตกรุงเทพมหานคร และผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่สำหรับเขตจังหวัดอื่น) หากฝ่าฝืนตั้งสถานบริการโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือดำเนินกิจการสถานบริการในระหว่างถูกพักใช้ใบอนุญาต หรือดำเนินกิจการสถานบริการผิดประเภทที่ระบุไว้ในใบอนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 26) และกำหนดหน้าที่ให้ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการในฐานะผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตามมาตรการทางกฎหมายที่กำหนด โดยมีมาตรการที่สำคัญเกี่ยวข้องกับการรักษาความปลอดภัยและรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานที่จำหน่าย ประกอบด้วย

3.4.1 มาตรการการจัดสถานที่ภายนอกและภายในเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อย เพื่อความสะอาด หรือเพื่อความสะดวกในการตรวจตราของเจ้าหน้าที่ และการติดหมายเลขประจำตัวพนักงานตามกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขออนุญาต และการดำเนินกิจการสถานบริการ พ.ศ. 2549 ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 17

3.4.2 มาตรการห้ามไม่ให้ยินยอมหรือปล่อยให้ผู้มีอาการมึนเมาจนประพฤติน่าเกลียด หรือครองสติไม่ได้เข้าไปหรืออยู่ในสถานบริการระหว่างเวลาทำการ หากฝ่าฝืนมีความผิดทางพินัยต้องชำระค่าปรับเป็นพินัยไม่เกิน 50,000 บาท (มาตรา 27 ประกอบมาตรา 16(2)) อนึ่งมาตรการดังกล่าวมีข้อพิจารณาประเด็นการกระทำว่า “ปล่อยให้ประหลาด” หมายถึงการกระทำในลักษณะใด โดยเมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3435/2527 ซึ่งได้อธิบายการกระทำในลักษณะปล่อยให้ประหลาดของผู้ควบคุมสัตว์ดุหรือสัตว์ร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 377 ว่า “...การที่จำเลยควบคุมดูแลซึ่งกำลังตกมันโดยความประมาทปราศจากความระมัดระวังตามวิธีการดังกล่าวข้างต้น

¹⁷บันทึกหลักการและเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509.

ย่อมถือได้ว่าจำเลยปล่อยปะละเลยให้ช่างนั้นเที่ยวไปโดยลำพังในประการที่อาจทำอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินได้ เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 377 อีกบทหนึ่งด้วย...” ดังนั้น คำว่า “ปล่อยปะละเลย” จึงเป็นการกระทำที่ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายไม่เอาใจใส่กระทำการตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดในการวางมาตรการป้องกันไม่ให้เกิดสถานการณ์การก่ออันตรายที่จะเกิดขึ้น

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีระบบใบอนุญาตในการควบคุม และกำกับดูแลสถานบริการ แต่หน้าที่ตามที่กำหนดยังคงเกิดปัญหาทางกฎหมายในการป้องปรามความรุนแรงในสถานที่จากกรณีอำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรการจัดสถานที่ภายนอก และภายในตามมาตรา 17 ซึ่งได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขออนุญาต และการดำเนินกิจการสถานบริการ พ.ศ. 2549 แต่การจัดสถานที่ตามกฎหมายดังกล่าวให้อำนาจกำหนดมาตรการจัดสถานที่เป็นไปเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อย เพื่อความสะดวกหรือเพื่อความสะอาดในการตรวจตราของเจ้าหน้าที่ เท่านั้น ไม่ได้เป็นไปเพื่อรักษาความปลอดภัยในการป้องปรามความรุนแรงในสถานที่ที่เกิดขึ้น จึงไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขให้สถานบริการต้องมีมาตรการรักษาความปลอดภัย เช่น การมีกล้อง CCTV หรือการกำหนดจำนวนความจุ (คน) ของสถานบริการ เป็นต้น อันทำให้สถานบริการไม่มีมาตรการรักษาความปลอดภัยที่เหมาะสม

นอกจากนี้ แม้กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการต้องไม่ยินยอมหรือปล่อยปะละเลยให้ผู้มีอาการมึนเมาจนประพฤตินุญาย หรือครองสติไม่ได้เข้าไปหรืออยู่ในสถานบริการ ซึ่งเป็นความผิดที่เป็นการก่ออันตราย ตามมาตรา 27 ประกอบมาตรา 16(2) ก็ตาม แต่การกำหนดหน้าที่ดังกล่าวให้ผู้ประกอบการยังไม่ครอบคลุมกรณีที่มีผู้ใช้บริการที่ไม่ได้มีอาการมึนเมาหรือครองสติไม่ได้จากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กระทำการประพฤตินุญายซึ่งเป็นความรุนแรง เช่น นาย A หลังจากเข้ามาในสถานบริการเพียง 10 นาที ได้กระทำการคุกคามทางเพศนางสาว B โดยการเดินด้วยวิธีการถูกเนื้อต้องตัวนางสาว B เช่นนี้ผู้รับอนุญาตไม่มีหน้าที่ต้องไม่ยินยอมหรือปล่อยปะละเลยให้มีพฤติกรรมดังกล่าว เนื่องจากนาย A ได้เข้ามาใช้บริการสถานบริการเพียง 10 นาที และไม่มีอาการมึนเมาหรือครองสติไม่ได้ เป็นต้น

อนึ่ง มาตรการดังกล่าวมีข้อพิจารณาประเด็นการกำหนดการกระทำว่า “ปล่อยปะละเลย” หมายถึงการกระทำในลักษณะใด โดยเมื่อได้พิจารณารายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. วุฒิสภา ได้ให้ข้อสังเกตว่า การปล่อยปะละเลยต้องปรากฏว่าสถานบริการขาดการเอาใจใส่จนเป็นเหตุให้เกิดการกระทำผิดในสถานบริการ¹⁸ ประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3435/2527 ซึ่งได้อธิบายการกระทำลักษณะปล่อยปะละเลยของผู้ควบคุม

¹⁸วุฒิสภา, รายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่..) พ.ศ. วุฒิสภา (พ.ศ. 2546)” [Online], available URL: <https://dl.parliament.go.th/handle/20.500.13072/518100,2567> (มกราคม, 5).

สัตว์ดุหรือสัตว์ร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 377 ว่า “...การที่จำเลยควบคุมดูแลช้างที่กำลังตกมันโดยความประมาทปราศจากความระมัดระวังตามวิธีการดังกล่าวข้างต้นยอมถือได้ว่าจำเลยปล่อยปละละเลยให้ช้างนั้นเที่ยวไปโดยลำพัง ในประการที่อาจทำอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินได้ เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 377 อีกบทหนึ่งด้วย...”

3.5 คำสั่งหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558

กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ออกในรูปแบบคำสั่งหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติมีฐานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ เพื่อยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ที่เข้าไปในสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการและแก้ไขปัญหาการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษาหรือหอพักในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษา ดังนั้น สถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ที่เป็นสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการจึงต้องอยู่ภายใต้คำสั่งหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติดังกล่าวด้วย โดยได้กำหนดมาตรการทางปกครองเกี่ยวกับใบอนุญาตกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการไม่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่คำสั่งดังกล่าวห้าม เช่น ห้ามไม่ให้ยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้ผู้มีอายุต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์เข้าไปใช้บริการ หรือยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้มีการพกพาอาวุธ วัตถุระเบิด หรือยาเสพติดเข้าไปในสถานที่ของตน (ข้อ 4) เป็นต้น ซึ่งหากฝ่าฝืนได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาต หรือสั่งปิดและห้ามมิให้มีการเปิดสถานบริการหรือสถานประกอบการในสถานที่ดังกล่าวอีกเป็นเวลา 5 ปี และหากอยู่ในระหว่างการขอต่ออายุใบอนุญาตก็ให้สั่งมิให้ต่ออายุใบอนุญาต และมีให้ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้นั้นเป็นเวลา 5 ปี

อย่างไรก็ตาม คำสั่งดังกล่าวมีปัญหาในการกำหนดนิยามคำว่า “สถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ” ตามข้อ 4 ได้ใช้ถ้อยคำว่า “...ห้ามมิให้ผู้ประกอบกิจการสถานบริการหรือสถานประกอบการใดที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้...” ในส่วนสถานบริการอาจไม่มีปัญหาการตีความคำนิยามว่าเป็นการประกอบกิจการรูปแบบใด เพราะเป็นไปตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 แต่สำหรับสถานประกอบการใดที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการได้มีการตีความตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ (เรื่องเสรีจที่ 92/2560) ได้ให้ความเห็นว่า¹⁹ “...จึงหมายความรวมถึงสถานประกอบการที่ไม่

¹⁹สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ (เรื่องเสรีจที่ 92/2560) [Online], available URL: https://comment.ocs.go.th/main/download/dlf/pdf/0092_2560,2567 (มกราคม, 10).

ครบองค์ประกอบการเป็นสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 แต่มีลักษณะการให้บริการที่เห็นได้ว่าเป็นที่รวมกลุ่มหรือเป็นแหล่งมั่วสุมอันอาจก่อให้เกิดพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ด้วย... จึงเป็นดุลพินิจของผู้บัญชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือรองผู้บัญชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี... ที่จะต้องพิจารณาจากลักษณะการให้บริการของสถานประกอบการเป็นรายกรณีไป” ดังนั้น การตีความเป็นรายกรณีโดยดุลพินิจของผู้บัญชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือรองผู้บัญชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี และเทียบเคียงจากบทนิยามของคำว่า “สถานบริการ” ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 อาจเกิดปัญหาในการตีความได้ว่าหมายถึงสถานประกอบการใด เนื่องจากไม่มีความชัดเจนแน่นอน จึงทำให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับสถานประกอบการอาจเกิดความลักลั่นไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วทั้งประเทศ ประกอบกับมาตรการดังกล่าวยังมีปัญหาการกำหนดมาตรการทางปกครองที่รุนแรงเกินไป โดยผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตหรือสั่งปิด และห้ามมิให้มีการเปิดสถานบริการหรือสถานประกอบการในสถานที่ดังกล่าวอีกเป็นเวลา 5 ปี โดยไม่สามารถเลือกใช้มาตรการจากเบาไปหาหนักตามมาตรการของกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องได้ ทำให้ผู้ประกอบการมักจ่ายค่าสินบนกับเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องเพื่อไม่ให้เกิดมาตรการบังคับดังกล่าว เช่น การจ่ายสินบนเพื่อไม่ให้เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องเข้ามาตรวจสอบ และใช้มาตรการตามคำสั่งดังกล่าวอันจะทำให้สถานที่จำหน่ายตนโดนปิด²⁰ เป็นต้น ส่งผลถึงปัญหาความรุนแรงในสถานที่ซึ่งผู้ประกอบการละเลยไม่แจ้งความดำเนินคดีกับตำรวจทั้งเพื่อระงับเหตุหรือดำเนินคดีตามกฎหมายเมื่อมีความรุนแรงเกิดขึ้น

4. มาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศสำหรับผู้ประกอบการเกี่ยวกับการป้องกันความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่

ผู้เขียนได้ดำเนินการศึกษาโดยพิจารณาจำแนกมาตรการที่กำหนดแก่ผู้ประกอบการของต่างประเทศจำนวน 3 มาตรการ ซึ่งจะใช้วิเคราะห์ และเปรียบเทียบปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยต่อไป ประกอบด้วย มาตรการควบคุม และกำกับดูแล มาตรการเพื่อรักษาความปลอดภัย และ มาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ดังนี้

²⁰Voice TV, ซัชชาติ แจงปมหนุมเปิดผับถึงตี 4 ขับประตู ‘จ่ายใต้โต๊ะ’ กระตุ่น ศก.หลายระดับ [Online], available URL: https://www.matichon.co.th/local/quality-life/news_3515335,2566 (กรกฎาคม, 1).

4.1 ประเทศอังกฤษ

4.1.1. มาตรการควบคุมและกำกับดูแล ได้มีกฎหมายใบอนุญาต (Licensing Act 2003) เป็นกฎหมายควบคุมสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยมีหลักการกำหนดให้สถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (ทั้งแบบบริโภคในและนอกสถานที่จำหน่าย) ต้องได้รับอนุญาตจากสภาท้องถิ่น ร่วมกับหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบ และชุมชนที่เกี่ยวข้อง เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันอาชญากรรม และความไม่เป็นระเบียบ ความปลอดภัยสาธารณะ การป้องกันความรำคาญในที่สาธารณะ และการป้องกันอันตรายของเด็ก รวมถึงการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ โดยมีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ขออนุญาตดำเนินการภายใต้วัตถุประสงค์ดังกล่าว ทั้งนี้ สำหรับการประกอบกิจการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ จะต้องมีทั้งใบอนุญาตสถานที่ (Premises Licence) ซึ่งเป็นการอนุญาตให้จัดกิจกรรมในสถานที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องขออนุญาตตามเงื่อนไขที่สภาท้องถิ่นกำหนด และใบอนุญาตบุคคล (Personal Licence) ซึ่งเป็นการอนุญาตให้บุคคลจัดหาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นจัดหาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามใบอนุญาตสถานที่ (ลักษณะคล้ายกับการออกใบอนุญาตขับขียานพาหนะ) โดยในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แห่งหนึ่งจะประกอบด้วยผู้มีใบอนุญาตบุคคล (Personal Licence) หลายคนก็ได้ แต่จำเป็นต้องมีผู้แทนของผู้มีใบอนุญาตบุคคล (Personal Licence) หนึ่งคนทำหน้าที่ผู้ดูแลสถานที่ (Designated Premises Supervisor (DPS)) ซึ่งมีหน้าที่ติดต่อประสานงานระหว่างสถานที่จำหน่ายกับหน่วยงานของรัฐ และกำกับดูแลความสงบเรียบร้อยภายในร้าน เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์การออกใบอนุญาตจึงจำเป็นที่ผู้ดูแลสถานที่ (DPS) ต้องติดต่อได้ตลอดเวลาที่สถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เปิดทำการ²¹ โดยหากผู้ใดฝ่าฝืนกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดความผิดอาญารฐานดำเนินกิจกรรมที่ต้องได้รับอนุญาตโดยไม่ได้รับอนุญาต (Unauthorised Licensable Activities) ในมาตรา 136²² ดังนี้ “(a) ผู้ใดดำเนินกิจกรรมหรือพยายามที่จะดำเนินกิจกรรมที่ต้องได้รับอนุญาตโดยไม่ได้รับอนุญาตในหรือจากสถานที่ใด ๆ นอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตสถานที่หรือ (b) ผู้ใดกระทำโดยรู้ตัวว่ายินยอมให้มีการดำเนินกิจกรรมที่ต้องได้รับอนุญาตโดยไม่ได้รับอนุญาต...ต้องระวางโทษคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 20,000 ปอนด์ หรือทั้งจำทั้งปรับ”

²¹East Devon District Council, **What is a Designated Premises Supervisor?** Online], available URL: <https://eastdevon.gov.uk/licensing/alcohol-and-entertainment/premises-licences-and-club-premises-certificates/what-is-a-designated-premises-supervisor/>, 2023 (August, 16).

²²Licensing Act 2003, Section 136 Unauthorised licensable activities (1) ...

(a) he carries on or attempts to carry on a licensable activity on or from any premises otherwise than under and in accordance with an authorisation, or (b) he knowingly allows a licensable activity to be so carried on. A person guilty of an offence under this section is liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months or to [F1a fine], or to both.

4.1.2 มาตรการเพื่อรักษาความปลอดภัย กฎหมายฉบับดังกล่าวให้อำนาจสภาท้องถิ่น กำหนดเงื่อนไขการประกอบกิจการภายใต้วัตถุประสงค์ในการออกใบอนุญาตเพื่อป้องกันอาชญากรรม และความไม่เป็นระเบียบ หากฝ่าฝืนจะเป็นการกระทำความผิดอาชญาฐานดำเนินกิจกรรมที่ต้องได้รับอนุญาต โดยไม่ได้รับอนุญาต (Unauthorised Licensable Activities) เนื่องจากถือเป็นการดำเนินกิจกรรม นอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตสถานที่ โดยขอยกตัวอย่างแนวทางกำหนดเงื่อนไขของ สภาท้องถิ่นเวสต์มินสเตอร์ (Westminster City Council) ได้ออกแนวทางกำหนดเงื่อนไขเป็น ตัวอย่าง เช่น กำหนดให้ติดตั้งวงจรปิด (CCTV)(MC01) หรือกำหนดจำนวนความจุ (Capacity) (MC37) จำนวนบุคคลที่ได้รับอนุญาตในสถานที่หนึ่งครั้ง (ไม่รวมพนักงาน) จะต้องไม่เกิน (X) คน เป็นต้น²³

4.1.3 มาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย กฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดความ ผิดอาชญาฐานอนุญาตให้มีพฤติกรรมที่ไม่เป็นระเบียบในสถานที่ที่ได้รับอนุญาต (Allowing disorderly conduct on licensed premises etc.) ในมาตรา 140 ดังนี้

“ให้บุคคลตาม (2) กระทำความผิด หากกระทำโดยรู้ดีว่าอนุญาตให้มีพฤติกรรม ที่ไม่เป็นระเบียบ (Disorderly Conduct) ในสถานที่ที่เกี่ยวข้อง โดยบุคคลตาม (2) ประกอบด้วยบุคคล ดังต่อไปนี้ 1) บุคคลใด ๆ ที่ทำงาน ณ สถานที่จำหน่ายไม่ว่าจะได้รับค่าจ้างหรือไม่ได้รับค่าจ้าง ซึ่งได้รับ มอบหมายให้ป้องกันพฤติกรรมที่ไม่เป็นระเบียบนั้น 2) ผู้ถือใบอนุญาตสถานที่ (Premises Licence) ในสถานที่จำหน่ายนั้น และ 3) ผู้ดูแลสถานที่ (Designated Premises Supervisor (DPS)) (ถ้ามี) บุคคลที่กระทำความผิดตามฐานความผิดนี้ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินระดับ 3 (1,000 ปอนด์)”²⁴

²³Licensing Service Westminster City Council, **Licensing Act 2003 - Model Conditions** [Online], available URL: <https://www.westminster.gov.uk/licensing>, 2023 (August, 17).

²⁴Licensing Act 2003, Section.140 Allowing disorderly conduct on licensed premises etc.
 (1) A person to whom subsection (2) applies commits an offence if he knowingly allows disorderly conduct on relevant premises.
 (2) This subsection applies—
 (a) to any person who works at the premises in a capacity, whether paid or unpaid, which authorises him to prevent the conduct,
 (b) in the case of licensed premises, to—
 (i) the holder of a premises licence in respect of the premises, and
 (ii) the designated premises supervisor (if any) under such a licence, (3) A person guilty of an offence under this section is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 3 on the standard scale.

4.2 มลรัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา

4.2.1 มาตรการควบคุมและกำกับดูแล ได้มีกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มลรัฐนิวยอร์ก (New York Alcoholic Beverage Law (ABC Law)) เป็นกฎหมายควบคุมสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งได้ให้อำนาจท้องถิ่นในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดเวลาเปิดปิดทำการของสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ และความปลอดภัยของอาคาร อัคคีภัย สุขภาพ และความปลอดภัยสาธารณะ (9 NYCRR § 60.1 and 48.3)²⁵ (ระดับกฎหมายท้องถิ่นจะได้ศึกษานครนิวยอร์ก (New York City)) ทั้งนี้ สำหรับการอนุญาตให้จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อบริโภคในสถานที่จำหน่ายของมลรัฐนิวยอร์กจะมีใบอนุญาตเฉพาะที่เรียกว่า “ใบอนุญาตค้าปลีกสำหรับการบริโภคในสถานที่ (On-premises Retailers)” ซึ่งมีหลายประเภทโดยผู้รับอนุญาตค้าปลีกสำหรับการบริโภคในสถานที่ที่สามารถจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามสถานที่ และประเภทของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ได้รับอนุญาต เช่น ใบอนุญาตให้บุคคลค้าปลีกเบียร์ในร้านอาหารก็สามารถจำหน่ายได้เฉพาะเบียร์และไซเดอร์ในร้านอาหารที่ได้รับอนุญาตได้เท่านั้น เป็นต้น และกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติผู้ขออนุญาตจะต้องไม่เป็นผู้ที่ต้องห้ามมีใบอนุญาต โดยต้องมีการแจ้งไปยังมหานครนิวยอร์กซึ่งเป็นท้องถิ่นผู้รับผิดชอบ และประกาศใบคำร้องขออนุญาตจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นเป็นระยะเวลาตามเขตพื้นที่ที่กำหนด (N.Y. Alco. Bev. Cont. Law § 110) หากผู้ประกอบการฝ่าฝืนจำหน่ายเครื่องดื่มโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่เป็นไปตามที่ใบอนุญาตกำหนด กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดความผิดอาญาในมาตรา 130 ดังนี้

“ผู้ใดจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยไม่ได้รับอนุญาตที่เหมาะสมตามประเภทการประกอบกิจการหรือใบอนุญาตถูกยกเลิกหรือเพิกถอนมีความผิดอาญาละหุโทษ (Misdemeanor)”²⁶

โดยกำหนดโทษหากเป็นการลงโทษครั้งแรกปรับไม่เกินสองเท่าของค่าใบอนุญาตประเภทที่กระทำความผิด หรือจำคุกตั้งแต่ 30 วัน แต่ไม่เกิน 1 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากได้กระทำความผิดครั้งที่สองต้องระวางโทษปรับไม่น้อยกว่าสองเท่าแต่ไม่เกินสามเท่าของค่าใบอนุญาตประเภทที่กระทำความผิด หรือจำคุกตั้งแต่ 30 วัน แต่ไม่เกิน 1 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ และการลงโทษ

²⁵Theresa M. Russo, Shenker Russo and Clark LLP, **Alcohol Regulation (NY)** [Online], available URL: <https://www.srclawoffices.com/wp-content/uploads/2020/02/Alcohol-Regulation-NY-Overview-w-022-4366.pdf>, 2023 (October, 30).

²⁶New York Alcoholic Beverage Law, Section 130 Penalties for violations of chapter. 1. Any person who manufactures for sale or sells alcoholic beverages, other than the illicit alcoholic beverages as defined in section one hundred fifty, without having an appropriate license therefor, or whose license has been revoked, surrendered or cancelled, shall be guilty of a misdemeanor...

ครั้งต่อ ๆ มา ระยะเวลาโทษปรับไม่น้อยกว่าสามเท่าแต่ไม่เกินสี่เท่าของค่าใบอนุญาตประเภทที่กระทำความผิดหรือจำคุกตั้งแต่ 30 วัน แต่ไม่เกิน 1 ปี ทั้งนี้ ในการผิดนัดชำระเงินค่าปรับบุคคลดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 30 วัน

4.2.2 มาตรการเพื่อรักษาความปลอดภัย กฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มลรัฐนิวยอร์ก (New York Alcoholic Beverage Law (ABC Law)) ประกอบกับประมวลกฎหมายและระเบียบมลรัฐนิวยอร์ก (New York Codes, Rules and Regulations)²⁷ ได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อรักษาความปลอดภัยในประมวลกฎหมายทางปกครองนครนิวยอร์ก (New York City Administrative Code) ในข้อ 10-177 มาตรการรักษาความปลอดภัยในสถานประกอบการร้านอาหารหรือเครื่องดื่มบางแห่งได้กำหนดให้ผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตให้จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่จำหน่ายและประกอบกิจการที่ได้รับอนุญาตในกลุ่ม 12 ข้อ 32-21 ตามมติการแบ่งเขตของนครนิวยอร์ก (The Zoning Resolution of the City of New York) ซึ่งสามารถรองรับคนได้ 200 คน ขึ้นไป หรือสามารถตั้งในสถานที่จำหน่ายได้ (สามารถอนุญาตได้เฉพาะโซนการค้าที่กำหนดเท่านั้น) 1) ต้องมีกล้องวงจรปิดระบบดิจิทัล (Digital Video Surveillance Cameras) จำนวน ชนิด ตำแหน่ง และที่ตั้งเพียงพอที่จะบันทึกกิจกรรมทั้งหมดที่อยู่ และ 2) ต้องมีเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายมลรัฐอย่างน้อยหนึ่งคนตลอดเวลาทำการ และเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยต้องเก็บรักษาหลักฐานการขึ้นทะเบียนอนุญาตไว้ตลอดเวลา หากฝ่าฝืนมาตรการในข้อ 10-177 ต้องได้รับโทษมาตรการลงโทษทางแพ่ง (Civil Penalty) ปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์สำหรับการฝ่าฝืนแต่ละครั้ง²⁸

4.2.3 มาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย กฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มลรัฐนิวยอร์ก (New York Alcoholic Beverage Law (ABC Law)) มาตรา 106 ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่ควบคุมผู้ได้รับใบอนุญาตค้าปลีกสำหรับการบริโภคในสถานที่ ได้กำหนดมาตรการห้ามมิให้ผู้รับใบอนุญาตยอมให้หรืออนุญาตให้สถานที่จำหน่ายไม่เป็นระเบียบ²⁹ ทั้งนี้ แม้ไม่มีคำอธิบายชัดเจนว่าเหตุการณ์ลักษณะเช่นใดถือว่าเป็นสถานที่จำหน่ายไม่เป็นระเบียบ (Disorderly Premises) แต่หน่วยงานสุราของรัฐ (SLA) ได้ให้คำแนะนำโดยยกตัวอย่างไว้ เช่น การทะเลาะวิวาท (Fights) การก่อความวุ่นวาย (Disturbances) การใช้หรือขายสารควบคุม (The Use or Sale of Controlled Substances) การค้าประเวณี (Prostitution) พฤติกรรมลามก และอนาจาร (Lewd and Indecent Conduct) และการเสี่ยง

²⁷New York Codes, Rules and Regulations 48.3 (9 NYCRR § 48.3).

²⁸New York City Administrative Code 10-177.

²⁹New York Alcoholic Beverage Law, Section 106 ... 6. No person licensed to sell alcoholic beverages shall ... or suffer or permit such premises to become disorderly. ...

รบกวนมากเกินไป (Excessive Noise) เป็นต้น³⁰ อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวไม่ได้ถูกกำหนดเป็นความผิดทางอาญาแต่กำหนดเป็นมาตรการลงโทษทางใบอนุญาต ได้แก่ เพิกถอน ยกเลิกหรือระงับใบอนุญาต รวมทั้งอาจได้รับมาตรการลงโทษทางแพ่ง (Civil Penalty) ปรับไม่เกิน 500 ดอลลาร์สำหรับการฝ่าฝืนแต่ละครั้ง และอาจถูกริบพันธบัตรที่วางประกันไว้ในระหว่างขอใบอนุญาตได้หากถูกลงโทษทางใบอนุญาตจากหน่วยงานสุราของรัฐ (SLA)³¹

4.3 ดินแดนนอร์ทเทิร์นเทร์ริทอรี ประเทศออสเตรเลีย

4.3.1 มาตรการควบคุมและกำกับดูแล ได้มีกฎหมายสุรา (Liquor Act 2019) เป็นกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่มีเอทิลแอลกอฮอล์มากกว่า 1.15% โดยปริมาตรจะต้องขออนุญาตกับคณะกรรมการตามกฎหมายคณะกรรมการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (The Liquor Commission Act 2018)³² ซึ่งการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ที่กำหนดใบอนุญาตไว้หลายประเภทตามกิจการที่ให้บริการ เช่น บาร์ขนาดเล็ก (Small Bar) อนุญาตจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภคในสถานที่ที่ได้รับอนุญาตซึ่งให้บริการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นหลัก ซึ่งมีผู้รับบริการสูงสุด 100 คน โดยมีหรือไม่มีบริการบริโภคอาหาร เปิดบริการ 10.00 น. ถึง 12.00 น. ยกเว้นวันศุกร์ประเสริฐ และวันคริสต์มาส เปิดบริการ 11.00 น. ถึง 21.00 น. ทั้งนี้ ครั้วจะปิดทำการก่อน 1.5 ชั่วโมงที่สถานที่จะปิดทำการ³³ เป็นต้น หากผู้ประกอบการฝ่าฝืนจำหน่ายเครื่องดื่มโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่เป็นไปตามประเภทที่ใบอนุญาตกำหนดกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดความผิดอาญาฐานขายสุราโดยไม่ได้รับอนุญาต (Unauthorised Sale of Liquor) ในมาตรา 45 ดังนี้

“ผู้ใดกระทำโดยจงใจ (Intentionally) จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (ซึ่งการจำหน่ายนั้นไม่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องได้รับอนุญาต) โดยไม่ได้รับใบอนุญาต และสิทธิในการจำหน่ายตามประเภทของกิจการที่ได้รับอนุญาต และบุคคลนั้นได้กระทำประมาทโดยจงใจ (Reckless) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์นั้น ต้องระวางโทษอาญาขั้นสูงปรับไม่เกิน 300 หน่วยโทษปรับ หรือจำคุกไม่เกิน 3 ปี³⁴

³⁰Liquor Authority, **Frequent Violations of the ABC Law by Retailers** [Online], available URL: <https://sla.ny.gov/frequent-violations-abc-law-retailers>, 2024 (March, 1).

³¹New York Alcoholic Beverage Law, Section 119.

³²Liquor Act 2019, Section 48.

³³Liquor Act 2019, Section 47 (1)(a).

³⁴Liquor Act 2019, Section 45 Unauthorised sale of liquor (1) A person commits an offence if :

4.3.2 มาตรการเพื่อรักษาความปลอดภัย กฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดมาตรการให้ ผู้รับใบอนุญาตต้องจัดให้มีมาตรการรักษาความปลอดภัยที่ระเบียบเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (Liquor Regulations 2019) เพื่อกำหนดเงื่อนไขมาตรการรักษาความปลอดภัยที่ผู้รับใบอนุญาตต้องจัดให้มี เช่น ร้านบริการหลังเที่ยงคืน (Late Night) ผู้รับใบอนุญาตต้อง 1) ต้องจ้างผู้ควบคุมฝูงชนที่ได้รับอนุญาต (Licensed Crowd Controllers) 2 คน สำหรับสถานที่ที่มีผู้ใช้บริการ 100 คน และเพิ่มผู้ควบคุม ฝูงชนที่ได้รับอนุญาต 1 คนต่อผู้ใช้บริการ 100 คน และอย่างน้อย 75% ของผู้ควบคุมฝูงชนที่ได้รับ อนุญาตต้องแต่งเครื่องแบบที่ระบุหน้าที่ตน 2) ต้องติดตั้งและบำรุงรักษากล้องวงจรปิดในสถานที่ รับอนุญาตให้สามารถบันทึกสถานที่ได้ในเวลาทำการ ตลอดจนถึงบันทึกวิดีโออย่างน้อย 14 วัน และ ส่งบันทึกดังกล่าวให้ผู้ตรวจการ และเจ้าหน้าที่ตำรวจเมื่อได้รับการร้องขอ³⁵ เป็นต้น หากฝ่าฝืนมีความผิด อาญาฐานฝ่าฝืนเงื่อนไขใบอนุญาต (Contravening Licence Conditions) ในมาตรา 293 ดังนี้

“ผู้รับใบอนุญาตที่กระทำโดยจงใจ (Intentionally) ดำเนินการ ซึ่งเป็นเจตนา ในส่วนการกระทำประกอบกิจการต่าง ๆ และการดำเนินการดังกล่าวเป็นผลให้ฝ่าฝืนเงื่อนไขใบอนุญาต หรือเงื่อนไขตามประเภทของกิจการที่ได้รับอนุญาต ซึ่งผู้รับใบอนุญาตประมาทโดยจงใจ (Reckless) ในผลนั้น ซึ่งเป็นเจตนาในส่วนของความรู้ถึงผลของการกระทำ และการฝ่าฝืนดังกล่าวไม่เป็นความผิดอื่น ตามกฎหมายนี้ ต้องระวางโทษปรับทางอาญาไม่เกิน 200 หน่วยโทษปรับ”³⁶

4.3.3 มาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดความผิด อาญาเกี่ยวกับความปลอดภัยสาธารณะ (Public Safety Offences) ในฐานความผิดอนุญาตให้มีการ ประพฤติวุ่นวายในสถานที่ที่ได้รับอนุญาต (Permitting Riotous Conduct on or in Licensed Premises) ในมาตรา 284 ดังนี้

(a) the person intentionally sells liquor; and (b) the sale is not exempted from the requirement for a licence under section 43; and (c) the sale is not authorised by a licence and an authority and the person is reckless in relation to that circumstance.

Maximum penalty: 300 penalty units or imprisonment for 3 years.

³⁵Liquor Regulations 2019, Section 59.

³⁶Liquor Act 2019, Section 293 Contravening licence conditions (1) A licensee commits an offence if :

- (a) the licensee intentionally engages in conduct; and
- (b) the conduct results in a contravention of a condition of the licensee’s licence or authority and the licensee is reckless in relation to that result; and
- (c) the contravention does not constitute another offence against this Act.

Maximum penalty : 200 penalty units.

“ผู้รับใบอนุญาตและลูกจ้างของผู้รับใบอนุญาตจะต้องไม่อนุญาตให้มีการกระทำอนาจาร (Indecent) ความรุนแรง (Violent) ทะเลาะวิวาท (Quarrelsome) หรือวุ่นวาย (Riotous) เกิดขึ้นบนหรือภายในสถานที่ได้รับอนุญาต หากผู้รับใบอนุญาตหรือลูกจ้างของผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนโทษสูงสุดปรับไม่เกิน 100 หน่วยโทษปรับทั้งนี้ความผิดดังกล่าวถูกกำหนดให้เป็นความรับผิดโดยเด็ดขาด (Strict Liability) โดยผู้รับใบอนุญาตและพนักงานของผู้รับใบอนุญาตที่กระทำความผิดอาจอ้างข้อต่อสู้ไม่ให้ต้องรับผิดได้หากมีข้อแก้ตัวอันสมควร”³⁷

4.4. ประเทศสิงคโปร์

4.4.1 มาตรการควบคุมและกำกับดูแล ได้มีกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (The Liquor Control (Supply and Consumption) Act 2015) เป็นกฎหมายควบคุมการออกใบอนุญาตจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยเจ้าหน้าที่อนุญาต (Licensing Officer) ซึ่งรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยแต่งตั้งขึ้นเป็นผู้มีอำนาจอนุญาต และกำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาจากคุณสมบัติของผู้ขออนุญาต และสถานที่ที่จะขออนุญาตตามหลักเกณฑ์ และข้อกำหนดที่มีการเผยแพร่ทางออนไลน์ที่ <http://www.police.gov.sg/licence> เช่น เป็นผู้ที่เคยถูกจำคุกในคดีอาญาหรือมีประวัติการถูกพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น โดยกำหนดประเภทใบอนุญาตจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดให้รัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้มีอำนาจออกระเบียบกำหนดตามมาตรา 35 (2)(b) แห่งกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (the Liquor Control (Supply and Consumption) Act 2015) โดยกำหนดให้รัฐมนตรีสามารถกำหนดสภาพบังคับทางอาญาระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับซึ่งปัจจุบันรัฐมนตรีได้ออกระเบียบว่าด้วยการควบคุมสุรา (การจัดการและการบริโภค) (Liquor Control (Supply and Consumption) (Liquor Licensing) Regulation 2015) กำหนดประเภทใบอนุญาตไว้ 8 ประเภท ซึ่งมี 4 ประเภทเป็นการขออนุญาตเพื่อบริโภคในสถานที่จำหน่าย เช่น ประเภท 2A — สำหรับการจัดหาเบียร์เพื่อการบริโภคในสถานที่ที่ได้รับอนุญาตตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตสุรา ซึ่งใบอนุญาต

³⁷Liquor Act 2019, Section 284 Permitting riotous conduct on or in licensed premises

(1) A licensee or a licensee’s employee must not permit indecent, violent, quarrelsome or riotous conduct to occur on or in the licensed premises.

(2) A person commits an offence if the person contravenes subsection (1) Maximum penalty: 100 penalty units.

(3) An offence against subsection (2) is an offence of strict liability.

(4) It is a defence to a prosecution for an offence against subsection (2) if the defendant has a reasonable excuse.

จะระบุชั่วโมงการซื้อขายรายวันตั้งแต่ 6.00 น. ถึง 24.00 น. หรือประเภท 2B — สำหรับการจัดหาเปียร์เพื่อการบริโภคในสถานที่ได้รับใบอนุญาตเท่านั้น ซึ่งใบอนุญาตจะระบุชั่วโมงการซื้อขายรายวัน (ชั่วคราว)³⁸ เป็นต้นสำหรับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดไว้หลายฐานความผิดทั้งในกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (the Liquor Control (Supply and Consumption) Act 2015) ซึ่งเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และระเบียบว่าด้วยการควบคุมสุรา (การจัดหาและการบริโภค) (Liquor Control (Supply and Consumption) (Liquor Licensing) Regulation 2015) ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองของกฎหมายดังกล่าว ในส่วนความผิดแรก ดังนี้

“บุคคลจะต้องไม่จัดหาสุราใด ๆ เว้นแต่บุคคลนั้นจะได้รับอนุญาตจากใบอนุญาตสุราให้จัดหาสุราได้ หากฝ่าฝืนมีความผิดอาญากำหนดโทษอาญาปรับไม่เกิน 20,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ และหากในกรณีที่บุคคลนั้นกระทำความผิดซ้ำอีก กำหนดโทษปรับไม่เกิน 20,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ”³⁹ และความผิดที่สองบุคคลต้องจัดหาสุราให้เป็นไปตามประเภทใบอนุญาตตามข้อ 4 แห่งระเบียบว่าด้วยการควบคุมสุรา (การจัดหาและการบริโภค) (Liquor Control (Supply and Consumption) (Liquor Licensing) Regulation 2015) หากฝ่าฝืนมีความผิดอาญากำหนดโทษอาญาปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ ตามข้อ 15 แห่งระเบียบดังกล่าว ซึ่งเป็นกรณีจัดหาสุราไม่ตรงตามประเภทใบอนุญาตที่กำหนด

4.4.2 มาตรการเพื่อรักษาความปลอดภัย กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้กำหนดมาตรการเพื่อรักษาความปลอดภัยไว้ แต่ได้มีกฎหมายความบันเทิงสาธารณะ (Public Entertainments Act 1958) กำหนดมาตรการรักษาความปลอดภัยสำหรับกรณีสถานที่ที่ได้รับอนุญาตจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และบริการความบันเทิงสาธารณะตามนิยาม “ความบันเทิงสาธารณะ” เช่น การแสดงดนตรี ร้องเพลง หรือเต้นรำ เป็นต้น กฎหมายได้กำหนดให้ต้องขออนุญาตความบันเทิงสาธารณะด้วยหากฝ่าฝืนไม่ขออนุญาต และจัดให้มีการแสดงระวางโทษปรับทางอาญาไม่เกิน 20,000 ดอลลาร์สิงคโปร์⁴⁰ และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่อนุญาตกำหนดเงื่อนไขตามความเหมาะสมของ

³⁸Liquor Control (Supply and Consumption) (Liquor Licensing) Regulation 2015, Section 4.

³⁹Liquor Control (Supply and Consumption) Act 2015, Section 4 Supply of liquor to be licensed

(1) Subject to this section, a person must not supply any liquor unless the person is authorised by a liquor licence to supply the liquor. ...(3) Subject to section 16, a person who contravenes subsection (1) shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction — (a) to a fine not exceeding \$20,000; and (b) where the person is a repeat offender, to a fine not exceeding \$20,000 or to imprisonment for a term not exceeding 3 months or to both.

⁴⁰Public Entertainments Act 1958, Section 28 (1)(e).

สถานที่⁴¹ ซึ่งเงื่อนไขที่เหมาะสมกองกำลังตำรวจของประเทศสิงคโปร์ (Singapore Police Force) ในฐานะเจ้าหน้าที่อนุญาตเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขตามความเสี่ยงที่จะเกิดความไม่ปลอดภัยในสถานที่ และเหมาะสมเพื่อป้องกันไม่ให้พนักงานในสถานที่ขณะปฏิบัติหน้าที่หรือผู้ใช้บริการหรือบุคคลอื่นในสถานที่กระทำความผิดในสถานที่ตามที่กำหนดไว้ เช่น การกำหนดให้มีกล้องวงจรปิด (CCTV) หรือการกำหนดให้มีเจ้าหน้าที่เฝ้าประตู (Bouncer) เป็นต้น⁴² ทั้งนี้ หากบุคคลใดจัดหาหรือช่วยเหลือในการจัดหาความบันเทิงสาธารณะโดยฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขมิโทษปรับทางอาญาไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สิงคโปร์⁴³

4.4.3 มาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย กฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (the Liquor Control (Supply and Consumption) Act 2015) ประกอบกับระเบียบว่าด้วยการควบคุมสุรา (การจัดหาและการบริโภค) (Liquor Control (Supply and Consumption) (Liquor Licensing) Regulation 2015) ข้อ 12 ได้กำหนดความผิดอาญาฐานประพฤติไม่เป็นระเบียบ (Disorderly conduct) ดังนี้

“ผู้รับใบอนุญาตจะต้องไม่อนุญาตให้บุคคลใด ๆ เม้าหรือประพฤติตนไม่เป็นระเบียบในสถานที่ได้รับอนุญาต หากฝ่าฝืนระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ ทั้งนี้ ผู้รับใบอนุญาตอาจยกเป็นข้อต่อสู้ได้ หากพิสูจน์ได้ว่าดำเนินการตามสมควรทุกประการเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้มีเม้าหรือประพฤติไม่เป็นระเบียบในสถานที่ได้รับอนุญาต”⁴⁴

⁴¹Public Entertainments Act 1958, Section 10.

⁴²Singapore Police Force, **Public Entertainment Licence** [Online], available URL: <https://www.police.gov.sg/e-Services/Police-Licences/Public-Entertainment-Licence>, 2024 (January, 2).

⁴³Public Entertainments Act 1958, Section 28 (1)(f).

⁴⁴Disorderly conduct 12.

(1) A licensee must not permit any individual to be drunk or to behave in a disorderly manner at the licensee’s licensed premises.

(2) A licensee who contravenes paragraph (1) shall be guilty of an offence.

(3) It is a defence to a prosecution for an offence under paragraph (1) if the licensee proves, on a balance of probabilities, that the licensee had taken all reasonable steps to prevent the drunkenness or disorderly conduct (as the case may be) from occurring at the licensed premises.

5. บทวิเคราะห์เปรียบเทียบ

ผู้วิจัยได้ดำเนินการวิเคราะห์และเปรียบเทียบปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยกับต่างประเทศ ประกอบด้วยประเด็น ดังนี้

5.1 ปัญหาการกำหนดประเภทมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและกำกับดูแล

เมื่อพิจารณาจากหัวข้อที่ 3 อาจแบ่งลักษณะมาตรการทางกฎหมายได้ 3 ลักษณะ ได้แก่ ประเภทที่ 1 สถานที่จำหน่ายที่ไม่ได้เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 และไม่ได้เป็นสถานบริการ ประเภทที่ 2 สถานที่จำหน่ายที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 และประเภทที่ 3 สถานที่จำหน่ายที่เป็นสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งเพิ่มมาตรการทางกฎหมายอาญาและมาตรการทางกฎหมายปกครองตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 (ในส่วนสถานบริการ) ซึ่งสามารถจำแนกประเภทของมาตรการทางกฎหมาย ได้ดังตารางนี้

ตารางสรุปลักษณะการกำหนดประเภทของมาตรการทางกฎหมายของไทย

ประเภทของ มาตรการ ทางกฎหมาย	มาตรการทางกฎหมาย					
	พ.ร.บ. ภาษี สรรพสามิต พ.ศ. 2560	พ.ร.บ. การ สาธารณสุข พ.ศ. 2535	พ.ร.บ. ควบคุม เครื่องดื่ม แอลกอฮอล์ พ.ศ.2551	คำสั่ง ค.ส.ช. ที่ 22/2558		พ.ร.บ. สถาน บริการ พ.ศ. 2509
				ในส่วนกรณี ตั้งใกล้เคียง สถานศึกษาหรือ หอพัก	ในส่วนกรณี สถานบริการ หรือคล้ายกับ สถานบริการ	
ประเภทที่ 1	✓	✓	✓	✓	—	—
ประเภทที่ 2	✓	✓	✓	✓	✓	—
ประเภทที่ 3	✓	✓	✓	✓	✓	✓

เห็นได้ว่า การกำหนดประเภทของมาตรการทางกฎหมายด้วยระบบใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดเก็บภาษีรายได้ให้แก่รัฐเพื่อควบคุมการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของประชาชน ไม่ได้เป็นไปเพื่อจัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยหรือรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานที่จำหน่าย ประกอบกับไม่ได้เป็นการแบ่งตามลักษณะการให้บริการ

เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ส่งผลให้หน่วยงานของรัฐไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่บริหารจัดการความเสี่ยงที่จะเกิดความรุนแรงในสถานที่ตามความเหมาะสมของแต่ละประเภทสถานที่จำหน่ายได้

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณานิยามคำว่า “สถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ” ตามข้อ 4 แห่งคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 2558 ไม่มีความชัดเจนแน่นอน และสภาพบังคับทางกฎหมายปกครองให้เพิกถอนใบอนุญาตหรือสั่งปิด และห้ามมิให้มีการเปิดสถานบริการหรือสถานประกอบการในสถานที่ดังกล่าวอีกเป็นเวลา 5 ปี ตามคำสั่งดังกล่าว เป็นกรณีที่ไม่ได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน เป็นระเบียบแบบแผนจากมาตรการเบาไปถึงมาตรการหนักสุดตามทฤษฎีกฎระเบียบแบบตอบสนอง (Responsive Regulation) และขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของคำสั่งดังกล่าวมีเจตนารมณ์ยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ที่เข้าไปในสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ และแก้ไขปัญหาคาร่าจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษาหรือหอพักในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษา ซึ่งรัฐสามารถกำหนดมาตรการทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รุนแรงน้อยกว่าได้ ไม่จำเป็นต้องกำหนดสภาพบังคับทางปกครองที่รุนแรง อันเป็นการขัดต่อหลักความจำเป็นและไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ของเอกชนที่ต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือสั่งปิด และขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ จึงทำให้ไม่เกิดการบังคับใช้มาตรการควบคุม และกำกับดูแลดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ

ประกอบกับจากการศึกษามาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ ทั้งสี่ประเทศล้วนได้กำหนดประเภทของมาตรการทางกฎหมายสำหรับสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ไว้โดยเฉพาะในกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ด้วยระบบอนุญาต อันเป็นมาตรการควบคุมก่อนหน้า (ex ante control)

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นสมควรพิจารณากำหนดประเภทของมาตรการทางกฎหมายสำหรับสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ไว้โดยเฉพาะเพิ่มเติมขึ้นไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ และกำหนดจำแนกเป็นการทั่วไปตามแนวทางเดิมที่บังคับใช้อยู่ อันเป็นการคำนึงถึงลักษณะความรุนแรงที่แตกต่างกันระหว่างสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ และสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคนอกสถานที่ และยกเลิกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 เนื่องจากได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายในการควบคุม และกำกับดูแลไว้โดยเฉพาะแล้ว

5.2 ปัญหาการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการควบคุม และกำกับดูแล

เมื่อพิจารณาจากหัวข้อที่ 3 ประเทศไทยได้มีการกำหนดระบบการอนุญาตหรือจัดแจ้งการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ดังนี้

5.2.1 สถานที่จำหน่ายที่ไม่ได้เป็นสถานบริการ ผู้ประกอบการต้องขออนุญาตขายสุราต่อเจ้าพนักงานสรรพสามิต (สำนักงานสรรพสามิตพื้นที่กรุงเทพมหานครหรือจังหวัด แล้วแต่กรณี) ตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ในฐานะผู้ขายสุรา และต้องขออนุญาตหรือจัดแจ้งการจำหน่ายอาหาร แล้วแต่กรณี ต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น (ผู้บริหารท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเขตราชการท้องถิ่นนั้น) ตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ในฐานะผู้จำหน่ายอาหาร

5.2.2 สถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่เป็นสถานบริการตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505 ต้องขออนุญาตตั้งสถานบริการต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่สำหรับเขตกรุงเทพมหานคร และผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่สำหรับเขตจังหวัดอื่น) ขึ้นมาเพิ่มเติม ในฐานะผู้ประกอบการในสถานที่ที่ตั้งขึ้นเพื่อให้บริการโดยหวังประโยชน์ทางการค้าและมีลักษณะการประกอบกิจการตามมาตรา 3

เห็นได้ว่า ประเทศไทยได้กำหนดให้มีระบบอนุญาตและเงื่อนไขในการประกอบกิจการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อยู่แล้ว เพียงแต่การกำหนดระบบอนุญาต และเงื่อนไขในการประกอบกิจการที่มีอยู่ไม่ได้คำนึงถึงสภาพปัญหาและบริบทสถานการณ์ความรุนแรงของสถานประกอบการ ดังนั้น การกำหนดมาตรการทางกฎหมายจึงต้องคำนึงถึงระบบอนุญาต และเงื่อนไขในการประกอบกิจการทั้งกรณีสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคนอกสถานที่ และกรณีสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเภทสถานบริการ ที่ได้บังคับใช้อยู่ อันเป็นการคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในการพิจารณากำหนดมาตรการไม่ให้ก้าวล่วงเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชน

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นสมควรพิจารณากำหนดใช้ระบบการจัดแจ้ง ซึ่งเป็นมาตรการควบคุมภายหลัง (ex post control) ที่สามารถใช้แทนระบบอนุญาตของต่างประเทศตามหลักเกณฑ์การพิจารณาการกำหนดระบบอนุญาตในกฎหมาย โดยกำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นซึ่งเป็นผู้มีอำนาจอนุญาต และรับจัดแจ้งการจำหน่ายอาหารตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และเป็นเจ้าหน้าที่ของราชการส่วนท้องถิ่นที่อยู่ใกล้ชิดประชาชนและมีความสะดวกในการควบคุมและกำกับดูแลการประกอบกิจการเป็นหน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ผู้มิอำนาจรับจัดแจ้ง และเพื่อให้ข้อมูลสถานที่จำหน่ายสามารถใช้เป็นแนวทางในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมอย่างมีประสิทธิภาพ สมควรกำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลการจัดแจ้งการจำหน่ายไปยังสถานีตำรวจแห่งท้องถิ่นและอำเภอท้องถิ่นหรือสำนักงานสอบสวน และนิติการ กรมการปกครอง แล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ทราบ อันเป็นกระบวนการที่สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์

ประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ได้มีการกำหนดให้หน่วยงานสุราของรัฐ (SLA) ต้องแจ้งไปยังหน่วยงานท้องถิ่น ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมในท้องถิ่นโดยตรง

5.3 การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่ผู้ประกอบการกรณีฝ่าฝืนไม่จัดแจ้งการจำหน่าย เครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่

เห็นได้ว่า ตามที่ได้พิจารณาหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในหัวข้อที่ 2.2 การประกอบกิจการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่โดยไม่ได้จัดแจ้งการประกอบกิจการเพื่อให้ภาครัฐใช้เป็นเครื่องมือมาตรการควบคุมภายหลัง (ex post control) ในการป้องปรามอาชญากรรมความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายส่งผลกระทบต่อปัจเจกชน ความสงบเรียบร้อยของสังคม และเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายหรือมีความชั่วร้ายที่สำคัญ โดยสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วยระบบจัดแจ้งการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น และการเป็นมาตรการทางกฎหมายสุดท้ายโดยไม่อาจใช้มาตรการทางกฎหมายอื่นได้ โดยกำหนดโทษที่เหมาะสมระหว่างความผิดทางอาญาฐานฝ่าฝืนขายสุราโดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 196 ประกอบมาตรา 155 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 และความผิดฐานตั้งสถานบริการโดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งเป็นประเภทของมาตรการทางกฎหมายในการควบคุม และกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ควบคุม และกำกับดูแลเข้มงวดมากกว่าสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคนอกสถานที่ และถูกควบคุมและกำกับดูแลเข้มงวดน้อยกว่าสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่เป็นสถานบริการตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505 จึงสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกินความจำเป็นของ ดักลาส ฮุซัค (Douglas Husak) และการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีฝ่าฝืนจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ทั้งลักษณะจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาตประเภทใด ๆ และลักษณะจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาตประเภทสำหรับบริโภคในสถานที่ของต่างประเทศ

ดังนั้น จึงสมควรกำหนดความผิดอาญาแก่ผู้ประกอบการกรณีฝ่าฝืนไม่จัดแจ้งการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ โดยมีข้อสังเกตว่า 1) สมควรกำหนดผู้กระทำความผิดว่า “ผู้ใด” โดยไม่จำกัดคุณสมบัติผู้กระทำผิดไว้เฉพาะ “ผู้ประกอบการ” เพื่อให้ครอบคลุมถึงผู้ประกอบการทั้งที่มีสถานะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล และพนักงานในสถานที่ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับการจำหน่าย 2) สมควรกำหนดลักษณะการกระทำความผิดเป็นการขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่โดยไม่ได้จัดแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นเนื่องจากมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดนิยามคำว่า “ขาย” ไว้แล้ว

5.4 การกำหนดมาตรการทางกฎหมาย และสภาพบังคับในการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการ จัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยในสถานที่

เมื่อพิจารณาจากหัวข้อที่ 3 กรณีสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภค ในสถานที่ที่ไม่เป็นสถานบริการ ยังไม่มีการกำหนดหน้าที่เพื่อรักษาความปลอดภัยในการป้องปรามความรุนแรงในสถานที่ ทำให้ผู้ประกอบการไม่มีหน้าที่จัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยในสถานที่ และกรณีสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ที่เป็นสถานบริการตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505 โดยแม้วัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย แต่มาตรการทางกฎหมายที่กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจออกกฎกระทรวงไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขให้สถานบริการจัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยได้ เช่น การมีกล้อง CCTV การกำหนดจำนวนความจุ (คน) ของสถานบริการ หรือการกำหนดให้สถานบริการต้องมีพนักงานรักษาความปลอดภัย เป็นต้น อันทำให้สถานบริการซึ่งเป็นสถานที่เสี่ยงที่จะเกิดความรุนแรงเนื่องจากไม่มีมาตรการรักษาความปลอดภัยที่เหมาะสมและมีมาตรฐาน สอดคล้องกับการพิจารณาปัจจัยด้านสภาพแวดล้อมของสถานประกอบการในหัวข้อ 2.1 จากการที่สถานที่จำหน่ายไม่มีมาตรการในการป้องกันความรุนแรง เช่น การมีพนักงานรักษาความปลอดภัยที่ได้รับการฝึกอบรมมาคัดกรองบุคคลที่ต้องการเข้าสถานที่ การติดตั้งกล้องวงจรปิด (CCTV) เป็นต้น ตามทฤษฎีการป้องกันอาชญากรรมตามสถานการณ์ (The Situational Crime Preventions Theory) ประกอบกับ มาตรการทางกฎหมายของทั้งสี่ประเทศล้วนแต่กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการจัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยเพื่อป้องกันความรุนแรงในสถานที่ตามประเภทของมาตรการทางกฎหมาย (ใบอนุญาต) จึงต้องพิจารณากำหนด และปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายทั้ง 2 ประเภท ดังนี้

5.4.1 มาตรการทางกฎหมายสำหรับสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ที่จะได้แก้ไขเพิ่มเติม **เห็นได้ว่า** สมควรพิจารณากำหนดมาตรการทางกฎหมายจัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยเท่าที่จำเป็น และเหมาะสมให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยกำหนดให้อาณาจารย์รัฐมนตรี ในฐานะรัฐมนตรีรักษาการออกกฎกระทรวงเฉพาะสถานที่จำหน่ายรูปแบบที่มีความเสี่ยงต่อการเกิดความรุนแรงกว่าสถานที่จำหน่ายโดยทั่วไปแต่ไม่เหมาะสมที่จะพิจารณากำหนดเป็นประเภทของมาตรการทางกฎหมายสำหรับสถานบริการ เช่น ลานเบียร์ (beer garden) หรือพื้นที่คอนเสิร์ต เป็นต้น มีหน้าที่จัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยเท่าที่จำเป็น เช่น ให้มีกล้องวงจรปิดหรืออุปกรณ์หรืออุปกรณ์จำเป็นสำหรับรักษาความปลอดภัย เป็นต้น เพื่อให้มีมาตรการทางกฎหมายที่ครอบคลุม และเหมาะสมในการรักษาความปลอดภัยในสถานที่จำหน่ายต่อไป

5.4.2 มาตรการทางกฎหมายสำหรับสถานบริการตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505 เห็นได้ว่า สมควรพิจารณาปรับปรุงให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ออกกฎกระทรวงไว้ในพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505 ให้ผู้ตั้งสถานบริการในฐานะผู้ประกอบการจัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยเพื่อป้องกันความรุนแรงในสถานที่ตามความจำเป็นของแต่ละประเภทหรือลักษณะสถานบริการ เช่น ต้องจัดให้มีกล้องวงจรปิดหรืออุปกรณ์รักษาความปลอดภัยอื่นที่จำเป็น หรือต้องจัดให้มีพนักงานรักษาความปลอดภัย หรือพนักงานในสถานที่ต้องผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่กฎหมายกำหนด หรือกำหนดจำนวนความจุผู้ใช้บริการ เป็นต้น เพื่อให้สถานบริการซึ่งเป็นสถานที่เสี่ยงที่จะเกิดความรุนแรงมีมาตรการรักษาความปลอดภัยที่เหมาะสม และมีมาตรฐานเป็นผลให้เกิดการป้องปรามความรุนแรงในสถานที่

5.4.3 การกำหนดความรับผิดทางอาญาทั้งสองฐานดังกล่าว เห็นได้ว่า ตามที่ได้พิจารณาหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญาในหัวข้อที่ 2.2 แม้การที่ผู้ประกอบการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่โดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดหน้าที่จัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยแก่ผู้ประกอบการในสถานที่ที่มีวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อข่มขู่หรือขู่ขัง และการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม และการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และระบบเศรษฐกิจของประเทศอันมีลักษณะเป็นความชั่วร้ายเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวสามารถใช้มาตรการกฎหมายอื่นในการบรรลุวัตถุประสงค์ได้ เช่น มาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยหรือมาตรการทางปกครอง เป็นต้น และการใช้โทษทางอาญาต้องมีความเหมาะสม และชอบธรรมโดยจะต้องเป็นการกำหนดความรับผิดทางอาญาเฉพาะการกระทำที่ไม่อาจใช้มาตรการกฎหมายอื่นในการบรรลุวัตถุประสงค์ได้เท่านั้น จึงไม่สมควรกำหนดโทษทางอาญาเนื่องจากไม่สอดคล้องกับข้อจำกัดเกี่ยวกับความไม่ชอบธรรม (The Wrongfulness Constraint) ตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดทางอาญาเกินความจำเป็นของดักลาส ฮูซัค (Douglas Husak) ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการกำหนดโทษทางอาญาของดินแดนนอร์เทิร์นเทร์ริทอรี ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์ ได้กำหนดเฉพาะโทษปรับสถานเดียวประกอบกับความผิดฐานดังกล่าวสามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผล และมีประสิทธิภาพเพียงพอ ตามข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายเพื่อให้กำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงข้อ 2 ของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ความผิดฐานดังกล่าวจึงไม่ใช่ความผิดร้ายแรงสามารถนำมาตรการลงโทษปรับทางพินัยซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้แทนโทษอาญา และพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบการประเภทดังกล่าว ได้ถูกกำหนดให้เปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวเป็นความผิดทางพินัย ประเทศไทยจึงสมควรนำมาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาใช้เป็นสภาพบังคับในการกำหนดสภาพบังคับทางกฎหมาย

แก่ผู้ประกอบการกรณีฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดหน้าที่จัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยในสถานที่แก่ผู้ประกอบการ ทั้งนี้ สำหรับสถานบริการตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505 เนื่องจากได้มีการกำหนดความผิดทางพินัยไว้แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดสภาพบังคับทางกฎหมายเพิ่มเติมอีก

5.5 วิเคราะห์ความเหมาะสมการกำหนดมาตรการทางกฎหมาย และสภาพบังคับในการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานที่

เห็นได้ว่า เมื่อพิจารณาจากหัวข้อที่ 3 กรณีสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ที่ไม่เป็นสถานบริการ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อย เช่น หากเกิดการทะเลาะวิวาทกันในสถานที่จำหน่าย ผู้ประกอบการไม่มีหน้าที่ต้องระงับเหตุหรือแจ้งเหตุทะเลาะวิวาทแก่ตำรวจแต่อย่างใด เป็นต้น และกรณีสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ที่เป็นสถานบริการ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505 ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการต้องไม่ยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้ผู้มีอาการมีเมามาจนประพฤตึวุ่นวาย หรือครองสติไม่ได้เข้าไปหรืออยู่ในสถานบริการ หากฝ่าฝืนระวางโทษปรับเป็นพินัยไม่เกิน 50,000 บาท ตามมาตรา 27 ประกอบมาตรา 16(2) ก็ตาม แต่การกำหนดหน้าที่ดังกล่าวให้ผู้ประกอบการยังไม่ครอบคลุมกรณีที่มีผู้ใช้บริการที่ไม่ได้มีอาการมีเมมาหรือครองสติไม่ได้จากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กระทำการประพฤตึวุ่นวายซึ่งเป็นความรุนแรง เช่น นาย A หลังจากเข้ามาใช้บริการสถานบริการเพียง 10 นาที ได้กระทำการคุกคามทางเพศนางสาว B โดยการดันด้วยวิธีการถูกเนื้อต้องตัวนางสาว B เช่นนี้จะถือว่าผู้รับอนุญาตมีหน้าที่ต้องไม่ยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้มีพฤติกรรมดังกล่าวเกิดขึ้นหรือไม่ เนื่องจากนาย A ได้เข้ามาใช้บริการสถานบริการเพียง 10 นาที และไม่มีอาการมีเมมาหรือครองสติไม่ได้ เป็นต้น ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการไม่มีอำนาจ และหน้าที่ในการป้องกันไม่ให้มีผู้ประพฤตึวุ่นวายอยู่ในสถานบริการ ประกอบกับเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของทั้งสี่ประเทศซึ่งได้กำหนดมาตรการให้ผู้ประกอบการในฐานะผู้รับใบอนุญาตดำเนินกิจการโดยต้องไม่มีการยินยอมหรืออนุญาตให้มีการกระทำในลักษณะไม่เป็นระเบียบหรือประพฤตึวุ่นวายในสถานที่จำหน่ายที่ได้รับอนุญาต โดยประเทศอังกฤษ ดินแดนนอร์เทิร์นไอร์แลนด์ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์ กำหนดสภาพบังคับทางอาญาและมลรัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่ง (Civil Penalty) ดังนั้นจึงสมควรพิจารณาปรับปรุงการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานที่แก่ผู้ประกอบการ เพื่อให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่ตามกฎหมายในการป้องกันผลความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายมีความสัมพันธ์โดยตรงกับการก่อความรุนแรง โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

5.5.1 สมควรกำหนดสภาพบังคับทางกฎหมายกรณียินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้ผู้กระทำความรุนแรงอยู่ในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่แก่ผู้ประกอบการโดยกำหนดสภาพบังคับทางอาญาตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 หรือไม่ **เห็นได้ว่า** แม้การกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการไม่ให้ยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้ผู้กระทำความรุนแรงอยู่ในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่มีความสำคัญต่อการป้องปรามความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายซึ่งส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่มาตรการดังกล่าวสามารถเข้ามาตราการกฎหมายอื่นในการบรรลุลัทธประสงค์ได้ เช่น มาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยหรือมาตรการทางปกครอง เป็นต้น จึงไม่สมควรกำหนดสภาพบังคับทางอาญาเนื่องจากไม่สอดคล้องกับข้อจำกัดเกี่ยวกับความไม่ชอบธรรม (The Wrongfulness Constraint) ตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกินความจำเป็นของดักลาส ฮูซัค (Douglas Husak) และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวของต่างประเทศได้กำหนดเป็นโทษปรับสถานเดียว ประกอบกับความผิดฐานดังกล่าวสามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลและมีประสิทธิภาพเพียงพอ ตามข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายเพื่อให้กำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงข้อ 2 ของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย

ดังนั้น ความผิดฐานดังกล่าวจึงไม่ใช่ความผิดร้ายแรงสามารถนำมาตราการลงโทษปรับทางพินัยเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้แทนโทษอาญาสำหรับผู้กระทำความผิดไม่ร้ายแรง และได้มีการกำหนดโทษปรับเป็นพินัยในฐานยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้ผู้มีอาการมีนเมาจนประพฤตินุญวาย หรือครองสติไม่ได้เข้าไปหรืออยู่ในสถานบริการ ตามมาตรา 27 ประกอบมาตรา 16(2) พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505 ไว้อยู่แล้ว ดังนั้น ประเทศไทยจึงสมควรกำหนดโทษปรับสถานเดียวโดยนำมาตราการลงโทษปรับเป็นพินัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาใช้เป็นสภาพบังคับสำหรับมาตรการดังกล่าว โดยมีข้อสังเกตว่า การกำหนดความผิดทางพินัยส่วนการกระทำไม่สมควรกำหนดว่า “...เข้าไปหรืออยู่ใน...” เหมือนดังเช่นมาตรา 27 ประกอบมาตรา 16(2) พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505 เนื่องจากเป็นการสร้างภาระเกินควรแก่ผู้จัดแจ้งขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ที่จะได้แก้ไขเพิ่มเติมต้องมีหน้าที่ตรวจค้นก่อนเข้าใช้บริการด้วยซึ่งสถานที่จำหน่ายโดยทั่วไปไม่มีศักยภาพเพียงพอในการตรวจค้นผู้ใช้บริการก่อนเข้าใช้บริการเหมือนดังเช่นสถานบริการ

5.5.2 สมควรแก้ไขเพิ่มเติมองค์ประกอบความผิดทางพินัยกรณีผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้ผู้มีอาการมีนเมาจนประพฤตินุญวายหรือครองสติไม่ได้เข้าไปหรืออยู่ในสถานบริการ ตามมาตรา 16(2) พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505 อย่างไร **เห็นได้ว่า** จากปัญหาทางกฎหมายกรณีการกำหนดหน้าที่ดังกล่าวแก่ผู้ประกอบการยังไม่ครอบคลุมกรณีผู้ใช้บริการ

ที่ไม่ได้มีอาการมีนเมาหรือครองสติไม่ได้จากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กระทำการประพฤติน่าเวร ซึ่งเป็นการรุนแรง จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมจาก “...ให้ผู้มีอาการมีนเมาจนประพฤติน่าเวร หรือครองสติไม่ได้...” เป็นว่า “...ให้มีผู้ประพฤติน่าเวร หรือมีอาการมีนเมาจนครองสติไม่ได้อยู่ใน...” ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของต่างประเทศ

6. ผลการวิจัย

ปัญหาความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่เป็นปัญหาสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อทั้งผู้ถูกระทำความรุนแรง ผู้ใช้บริการโดยทั่วไป สถานประกอบการ ตลอดจนระบบเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ ซึ่งมีสาเหตุสำคัญมาจากปัจจัยด้านสภาพแวดล้อมของสถานประกอบการ และปัจจัยด้านการกำกับดูแลสถานประกอบการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของภาครัฐ อันเป็นปัจจัยที่ภาครัฐสามารถใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุม และกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายเพื่อป้องปรามอาชญากรรมความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายได้ แต่เมื่อได้พิจารณามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาดังกล่าว พบว่า ประเทศไทยไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการควบคุมและกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ที่ไม่ใช่สถานบริการเพื่อป้องกันความรุนแรงในสถานที่จำหน่าย และในส่วนมาตรการทางกฎหมายในการควบคุม และกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ที่เป็นสถานบริการ ซึ่งเป็นสถานที่จำหน่ายที่มีความเสี่ยงต่อการเกิดความรุนแรงสูง แต่กลับไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการรักษาความปลอดภัย และรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานที่จำหน่ายที่เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ เพื่อให้ประเทศไทยสามารถทบทวนการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการควบคุม และกำกับดูแล ตลอดจนมาตรการทางกฎหมายเพื่อรักษาความปลอดภัย และรักษาความสงบเรียบร้อยในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ได้อย่างเหมาะสมสอดคล้องกับสถานการณ์ความรุนแรงในสถานที่จำหน่ายให้ลดน้อยลงสมดังสมมติฐานของผลการวิจัยเรื่องนี้ จึงสมควรเพิ่มเติม และปรับปรุงการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา และความผิดทางพินัย ดังนี้

1) กำหนดเพิ่มเติมประเภทมาตรการทางกฎหมาย และกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในการควบคุม และกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ด้วยระบบจัดแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น อันเป็นมาตรการควบคุมภายหลัง (ex post control) ที่สามารถใช้แทนระบบอนุญาตของต่างประเทศต่อเจ้าหน้าที่ของราชการส่วนท้องถิ่นที่อยู่ใกล้ชิดประชาชน และมีความสะดวกในการควบคุม และกำกับดูแลการประกอบกิจการ และให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นแจ้งข้อมูลการแจ้งจัดตั้งให้หัวหน้าสถานีตำรวจ และนายอำเภอในท้องที่ สำหรับในกรุงเทพมหานคร ให้แจ้งผู้บัญชาการตำรวจนครบาล และผู้อำนวยการ

สำนักการสอบสวน และนิติการ กรมการปกครอง เพื่อเป็นข้อมูลของหน่วยงานป้องกัน และปราบปราม อาชญากรรมต่อไป

สำหรับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่ผู้ประกอบการกรณีฝ่าฝืนไม่จัดแจ้งการ จำหน่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ที่มีข้อสังเกตว่า (1) สมควรกำหนดผู้กระทำความผิดว่า “ผู้ใด” โดยไม่จำกัดคุณสมบัติผู้กระทำผิดไว้เฉพาะ “ผู้ประกอบการ” เพื่อให้ครอบคลุมถึงผู้ประกอบการ และพนักงานในสถานที่ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับการจำหน่าย (2) กำหนดลักษณะการกระทำความผิดเป็นการขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่โดยไม่จัดแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น เนื่องจากมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดนิยามไว้แล้ว และ (3) สมควรกำหนดโทษระหว่างความผิดอาญาฐานฝ่าฝืนขายสุราโดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 196 ประกอบมาตรา 155 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 และความผิดฐานตั้งสถานบริการโดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งเป็นประเภของมาตรการทางกฎหมายในการควบคุม และกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ที่ควบคุม และกำกับดูแลเข้มงวดมากกว่าสถานที่จำหน่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคนอกสถานที่ และถูกควบคุม และกำกับดูแลเข้มงวดน้อยกว่าสถานที่จำหน่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ที่เป็นสถานบริการตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505

2) ยกเลิกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 เนื่องจากได้กำหนดประเภทมาตรการทางกฎหมายสำหรับสถานที่จำหน่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ไว้โดยเฉพาะแล้ว

3) กำหนดเพิ่มเติมอำนาจให้รัฐมนตรีผู้รักษาการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดหน้าที่ให้ผู้จัดแจ้งตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ที่จะได้แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีความเสี่ยงต่อการเกิดความเสี่ยงสูงกว่าสถานที่จำหน่ายโดยทั่วไปแต่ไม่เหมาะสมที่จะพิจารณากำหนดเป็นประเภของมาตรการทางกฎหมายสำหรับสถานบริการ เช่น ลานเปียร์หรือสถานที่จัดคอนเสิร์ต เป็นต้น จัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยเท่าที่จำเป็น และเหมาะสม โดยกำหนดสภาพบังคับเป็นความผิดทางพินัย

4) แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 17 ให้อำนาจรัฐมนตรีผู้รักษาการกำหนดหน้าที่ให้ผู้จัดตั้งสถานบริการจัดให้มีระบบรักษาความปลอดภัยตามความจำเป็นของแต่ละประเภหรือลักษณะสถานบริการ ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องกำหนดความผิดทางพินัยเป็นสภาพบังคับเนื่องจากมาตราดังกล่าวได้กำหนดความผิดทางพินัยไว้แล้ว

5) กำหนดเพิ่มเติมหน้าที่ให้ผู้จัดแจ้งตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ที่จะได้แก้ไขเพิ่มเติม ห้ามมิให้ยินยอมหรือปล่อยให้พลละเลยให้มีผู้ประพฤติชั่วร้าย หรือมีอาการมึนเมาจนครองสติไม่ได้อยู่ในสถานที่ขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์สำหรับบริโภคในสถานที่ที่กำหนดสภาพบังคับ

เป็นความผิดทางพินัย ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องกำหนดถ้อยคำว่า “...เข้าไป...” เหมือนดังเช่นมาตรา 16(2) แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505 เนื่องจากสถานที่จำหน่ายโดยทั่วไปไม่มีศักยภาพเพียงพอในการคัดกรองบุคคลเข้าใช้บริการสถานที่จำหน่ายเหมือนดังเช่นสถานบริการ

6) แก้ไขเพิ่มเติมความผิดทางพินัยกรณีผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้มีผู้กระทำการประพฤตินุญชาเข้าไปหรืออยู่ในสถานบริการ เพื่อให้ครอบคลุมกรณีผู้ใช้บริการที่ไม่ได้มีอาการมีนเมาหรือครองสติไม่ได้จากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กระทำการประพฤตินุญชาซึ่งเป็นความรุนแรง โดยแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 16(2) แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2505 ดังนี้ “มาตรา 16 ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการ... (2) ยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้มีผู้ประพฤตินุญชา หรือมีอาการมีนเมาจนครองสติไม่ได้เข้าไปหรืออยู่ในสถานบริการระหว่างเวลาทำการ...”

บรรณานุกรม

- กรมอนามัย. **บันทึกการตอบข้อหารือกรมอนามัย เรื่อง แนวทางการควบคุมดูแลแผงขายอาหารที่มีลักษณะเป็นซุ้มเต็นท์ผ้าใบ และสถานที่จำหน่ายอาหารที่มีการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม** [Online]. Available URL: http://foodsantiation.bangkok.go.th/assets/uploads/guidelines/document/20210831_92842.pdf, 2566 (มกราคม, 5).
- กองพัฒนากฎหมายสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **หลักเกณฑ์การพิจารณาการกำหนดระบบอนุญาตในกฎหมาย** [Online]. Available URL: <https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1579148886-2cqso-rwvy6.pdf>, 2566 (มิถุนายน, 10).
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นติ้ง, 2551.
- “คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 136 ตอนที่ 132 (27 พฤศจิกายน 2562): 18.
- _____. **เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย.** **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 136 ตอนที่ 132 ก (27 พฤศจิกายน 2562): 14.
- จอมเดช ตรีเมฆ. **ปัญหาอาชญากรรม และนโยบายทางอาญา**. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์หนังสือมหาวิทยาลัยรังสิต, 2565.
- อรรถลักษณ์ ลาพินี. **คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565** [Online]. Available URL: <https://drive.google.com/file/d/18Efz3Cpfsmp8kInjpgS98XQ4cfquRhF/view?usp=drivesdk>, 2567 (เมษายน, 12).
- บุญธรรม ราชรักษ์. **เศรษฐศาสตร์ภาษีอากรไทย (THE ECONOMICS OF THAI TAXATION)**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543.
- ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. **หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2564.
- วุฒิสภา. **รายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่...) พ.ศ. วุฒิสภา (พ.ศ. 2546)** [Online]. Available URL: <https://dl.parliament.go.th/handle/20.500.13072/518100>, 2567 (มกราคม, 5).
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **คำสอนว่าด้วยรัฐ และหลักกฎหมายมหาชน**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2564.

- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ (เรื่องเสร็จที่ 92/2560)** [Online]. Available URL: https://comment.ocs.go.th/main/download/dlf/pdf/0092_2560,2567 (มกราคม, 10).
- อภิวิชญ์ ภัทรกุล. **รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการ “การจัดการความรู้ด้านการป้องกัน และปราบปรามอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับสถานบริการ.”** สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2558.
- Baldwin, Robert., Martin Cave and Martin Lodge. **Understanding Regulation : Theory, Strategy, and Practice.** 2nd Ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- East Devon District Council. **What is a Designated Premises Supervisor?** [Online]. Available URL: <https://eastdevon.gov.uk/licensing/alcohol-and-entertainment/premises-licences-and-club-premises-certificates/what-is-a-designated-premises-supervisor/>, 2023 (August, 16).
- Husak, Douglas. **Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law.** Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Licensing Service Westminster City Council. **Licensing Act 2003-Model Conditions** [Online]. Available URL: <https://www.westminster.gov.uk/licensing>, 2023 (August, 17).
- Liquor Authority. **Frequent Violations of the ABC Law by Retailers** [Online]. Available URL: <https://sla.ny.gov/frequent-violations-abc-law-retailers>, 2024 (March, 1).
- Mercy, James A. and others. **Chapter 5 Interpersonal Violence: Global Impact and Paths to Prevention** [Online]. Available URL: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK525208/#:%20textInter%20personal%%2020violence%20involves%20the%%2020intentional,may%20involve%%2020deprivation%20and%20%20%20neglect>, 2023 (October, 12).
- Russo, Theresa M., Shenker Russo and Clark Llp. **Alcohol Regulation (NY)** [Online]. Available URL: <https://www.srclawoffices.com/wp-content/uploads/2020/02/Alcohol-Regulation-NY-Overview-w-022-4366.pdf>, 2023 (October, 30).
- Singapore Police Force. **Public Entertainment Licence** [Online]. Available URL: <https://www.police.gov.sg/e-Services/Police-Licences/Public-Entertainment-Licence>, 2024 (January, 2).

Voice TV. **ัชชชาติ แจงปมหนูนเปิดฝับถึงตี 4 ั้ปิดประตู ‘จ่ายใต้โต๊ะ’ ักระตุ้น ศก.หลายระดับ**
[Online]. Available URL: https://www.matichon.co.th/local/quality-life/news_3515335, 2566 (กรกฎาคม, 1).

คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 2558.

พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509.

พระราชบัญญัติสรรพสามิต พ.ศ. 2560.

Licensing Act 2003.

Liquor Act 2019.

Liquor Control (Supply and Consumption) Act 2015.

New York Alcoholic Beverage Law (ABC Law).

บทบาทของพนักงานอัยการต่อการดำเนินคดีอาญา
ในคดีแข่งขันทางการค้า

พลีษฐ์ อันทรินทร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นิสิต อินทมานโน

บทบาทของพนักงานอัยการต่อการดำเนินคดีอาญาในคดีแข่งขันทางการค้า*
The Role of Prosecutors Toward Criminal Prosecutions in the Trade
Competition Cases

พลิษฐ์ อันทรินทร์**

Pasit Untharin

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นิสิต อินทมานัน***

Assistant Professor Dr.Nisit Inthamano

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มุ่งศึกษาสภาพปัญหาและข้อคิดเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับบทบาทของพนักงานอัยการต่อการดำเนินคดีอาญาในคดีแข่งขันทางการค้า วิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีแข่งขันทางการค้าของพนักงานอัยการของประเทศไทย และต่างประเทศ และ

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “บทบาทของพนักงานอัยการต่อการดำเนินคดีอาญาในคดีแข่งขันทางการค้า” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นิสิต อินทมานัน คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สาธิตา วิมลคุณารักษ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ

This research article is a part of thesis “The Role of Public Prosecutors in Criminal Proceedings in Commercial Competition Cases” This thesis has been approved by graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master of Laws at Sripatum University. Assistant Professor Dr.Nisit Inthamano is an advisor. Assistant Professor Dr.Sathita Wimonkunaruk and Assistant Professor Dr.Wanwipa Muangtham are examiners.

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. E-mail: mr.pasit.u@gmail.com LL.M. Candidate, Faculty of Law, Sripatum University.

***ผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. สาขากฎหมายธุรกิจ (หลักสูตรนานาชาติ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; Master of Legal Institutions, University of Wisconsin-Madison, U.S.A; S.J.D. International Trade, University of Wisconsin-Madison, U.S.A. E-mail: dr.nisit@gmail.com

Director of LL.M.Program, Faculty of Law, Sripatum University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. in Business Law (International Program) Chulalongkorn University; Master of Legal Institutions, University of Wisconsin-Madison, U.S.A; S.J.D. International Trade, University of Wisconsin-Madison, U.S.A.

วันที่รับบทความ (received) 7 มิถุนายน 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 12 สิงหาคม 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 13 สิงหาคม 2567.

เสนอแนะแนวทางการแก้ไขปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีแข่งขันทางการค้าของพนักงานอัยการ ได้อย่างเหมาะสม และมีประสิทธิภาพสูงสุด และข้อเสนอแนะทางระดับสากลที่เกี่ยวข้องวิเคราะห์ปัญหา การพัฒนามาตรการกฎหมายไทย โดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพ

จากการศึกษาพบว่า การดำเนินคดีแข่งขันทางการค้าของพนักงานอัยการ มีปัญหากฎหมายอยู่หลายประการ ดังนี้ ปัญหาคุณสมบัติของพนักงานอัยการผู้รับผิดชอบสำนวนคดีความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการส่งสำนวนการสอบสวนจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไปยังพนักงานอัยการล่าช้า ปัญหาของข้อจำกัดในอำนาจการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมของพนักงานอัยการ เสนอแนะให้แก้ไขระเบียบการคัดสรรพนักงานอัยการเข้าอบรมแล้วขึ้นบัญชีรายชื่อให้อธิบดีอัยการจ่ายสำนวนคดีแข่งขันทางการค้าตามลำดับในบัญชีรายชื่อ แก้ไขระเบียบให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าส่งรายงานการสอบสวน พยานเอกสาร และความเห็นพร้อมสำนวนไปยังพนักงานอัยการภายในกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่คณะกรรมการลงความเห็น และแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้อธิบดีอัยการ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ มีอำนาจสอบสวนหรือมอบหมายให้พนักงานอัยการเข้าสอบสวนหรือเข้าร่วมสอบสวนกับคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในคดีแข่งขันทางการค้า

คำสำคัญ: บทบาทพนักงานอัยการ, การดำเนินคดีแข่งขันทางการค้า, คดีแข่งขันทางการค้า

Abstract

This research aims to (1) study the legal issues and opinions regarding the role of public prosecutors in prosecuting trade competition cases, analyze and compare legal measures related to the prosecution of the trade competition cases by public prosecutors in Thailand and other countries, and propose recommendations for the appropriate and most effective improvement of legal measures related to the prosecution of the trade competition cases by public prosecutors.

This is a qualitative study based on the review of various sources of information, including both paper-based and online documents, as well as electronic formats. The study covers academic legal textbooks, academic articles, research articles, theses, dissertations, research reports, and Supreme Court judgments, in both Thai and foreign languages.

The study found several legal issues in the prosecution of trade competition cases by public prosecutors: the qualifications of the public prosecutors responsible for cases under the Trade Competition Act, B.E. 2560 (2017); delays in the transmission of investigation files from the Trade Competition Commission to the public prosecutors; limitations in the authority of public prosecutors to seek additional facts; recommendations to amend regulations for the selection of public prosecutors for training and to create a roster for the Attorney General to assign competition cases according to the order on the roster; amend regulations for the Trade Competition Commission to send investigation reports, documentary evidence, and opinions along with the case files to the public prosecutors within 30 days from the date of the Commission's decision; and amend the Criminal Procedure Code to grant the Director-General of the Prosecutor, Office of Intellectual Property and International Trade the authority to investigate or delegate public prosecutors to investigate or co-investigate with the Trade Competition Commission in the trade competition cases.

Keywords: the role of the prosecutor, trade competition litigation, trade competition cases

1. บทนำ

หากกฎหมายการแข่งขันทางการค้า มีความเข้มแข็งและสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดแล้ว ย่อมจะไม่ทำให้เกิดการเอาเปรียบในทางการค้า อันเนื่องมาจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่มุ่งทำนุบำรุงรักษากลไกตลาด (Market Mechanism) ให้ดำเนินไปได้ อย่างเป็นปกติ ซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญในการขับเคลื่อน และพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศให้ก้าวหน้าไปได้อย่างมั่นคง¹ เห็นได้จากประเทศที่พัฒนาแล้วจะมุ่งเน้นความสำคัญต่อการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ถือเป็นรากฐานแห่งการถือกำเนิดขึ้นของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า² ที่มีบทบาทในการเข้าไปกำกับดูแลโครงสร้างตลาด (Structural Regulation) ผ่านบทบัญญัติว่าด้วยการควบรวมกิจการ (Business Mergers) และเข้าไปควบคุมพฤติกรรมกรรมการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจ (Behavioral Regulation) ผ่านบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abusive Behavior) และการตกลงร่วมกันกระทำการจำกัดการแข่งขัน (Anti-Competitive Agreements) เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Economic Efficiency) และเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในสังคม (Social Equity) ซึ่งเป็นอีกวัตถุประสงค์หนึ่งของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 อาจกล่าวได้ว่าไม่ประสบความสำเร็จโดยวัดได้จากสถิติคดีการแข่งขันทางการค้าเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทั้งหมด 96 เรื่อง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วเสร็จ 84 เรื่อง โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า มีมติสั่งยุติ 81 เรื่อง และส่งพนักงานอัยการดำเนินคดี 1 เรื่อง แต่พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องคดี ซึ่งคดีนี้ควรนำมาศึกษาถึงความบกพร่องหรือข้อผิดพลาดในการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อปรับปรุง และพัฒนากฎหมายต่อไป โดยคดีมีข้อเท็จจริงว่าบริษัท เอพี ฮอนด้า, บริษัทไทยซูซูกิ มอเตอร์ จำกัด, บริษัท ไทยยามาฮ่า มอเตอร์ จำกัด และ บริษัท คาวาซากิ มอเตอร์ เอ็นเตอร์ไพรซ์ (ประเทศไทย) จำกัด เป็นผู้ผลิตรถจักรยานยนต์ โดยในปี พ.ศ. 2545 มีส่วนแบ่งตลาดประมาณร้อยละ 70, 15, 10 และ 3 ตามลำดับ พฤติกรรมซึ่งอาจเข้าข่ายทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้า คือ การเสนอเงื่อนไขพิเศษให้กับตัวแทนจำหน่าย (Dealer) ที่ขายรถจักรยานยนต์ยี่ห้ออื่น ๆ ให้มาขายรถจักรยานยนต์ยี่ห้อเอพี ฮอนด้า

¹พรชัย วิสุทธิศักดิ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 24-25.

²ศักดิ์ดา ธนิตกุล, คำอธิบาย และกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 38.

เพียงยี่ห้อเดียว พร้อมเสนอสิ่งจูงใจเป็นพิเศษให้กับตัวแทนจำหน่ายที่ขายรถจักรยานยนต์ยี่ห้ออื่นว่า หากตัวแทนจำหน่ายรถจักรยานยนต์ยี่ห้ออื่นไม่ยอมเปลี่ยนมาเป็นตัวแทนจำหน่ายยี่ห้อ เอพี ฮอนด้า ก็จะต้องตั้งตัวแทนจำหน่ายรายใหม่ของยี่ห้อเอพี ฮอนด้า มาขายแข่งในบริเวณใกล้เคียง คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเห็นควรสั่งฟ้อง บริษัท เอพี ฮอนด้า เนื่องจากเห็นว่ากระทำการ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม แต่พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้อง บริษัท เอพี ฮอนด้า ฐาน กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29 เนื่องจากพยาน หลักฐานยังไม่พอฟังที่จะฟ้อง ประกอบกับการกระทำของบริษัท เอพี ฮอนด้า มิได้มีผลโดยตรงต่อการ จำหน่ายรถจักรยานยนต์มากนัก โดยผู้ซื้อรถจักรยานยนต์ตราหรือยี่ห้อใด ย่อมพิจารณาคุณสมบัติ และลักษณะของรถ รวมทั้งราคาจำหน่าย ดังนั้น ยอดการจำหน่ายรถจักรยานยนต์ของผู้ซื้อใดได้รับความนิยมน้อยเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับกรตัดสินใจโดยอิสระ และเสรีของผู้ซื้อเท่านั้น เท่ากับว่า ไม่เคยมีคดีการแข่งขันทางการค้าขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมแม้แต่คดีเดียว จึงนำมาสู่การตรา ขึ้นใหม่แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

แต่เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่แล้วย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาระบบกฎหมาย ทั้งระบบ รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของพนักงานอัยการในการบังคับใช้พระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ด้วย ซึ่งมีประเด็นปัญหา และข้อจำกัดอยู่หลายประการ ดังนี้

- 1) ปัญหาคุณสมบัติของพนักงานอัยการผู้รับผิดชอบสำนวนคดีความผิดตามพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการจะมีระเบียบสำนักงานอัยการ สูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 อันเป็นระเบียบหลักในการปฏิบัติงาน ของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ แต่สำหรับการดำเนินคดีอาญาของ พนักงานอัยการตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น แตกต่างจากคดีอาญาทั่วไป จึงไม่อาจเพียงพอ เนื่องด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีคุณลักษณะเฉพาะที่จะต้องมีความเข้าใจ ในนโยบายด้านการค้าระหว่างประเทศ ด้านการคุ้มครองผู้บริโภค ด้านการรักษาสิ่งแวดล้อม ด้านทรัพย์สิน ทางปัญญา ด้านการลงทุน ด้านแรงงาน ด้านการพัฒนาภูมิภาค ด้านการออกช้อกำกับทางเศรษฐกิจ³ เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีความเชื่อมโยงระบบโครงสร้างเศรษฐกิจ จึงต้องเข้าใจหลัก เศรษฐศาสตร์ และกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีการเรียนการสอนอยู่ในวงแคบ โดยระดับชั้น ปริญญาตรีของมหาวิทยาลัยในเมืองไทย หากมีการเรียนการสอนก็จะพบว่าเป็นวิชาเลือก ซึ่งหากบุคคลใด ไม่มีความสนใจอย่างจริงจังแล้วก็ไม่ได้เลือกศึกษา ถ้าเป็นระดับปริญญาโท ก็จะมีการเรียนการสอน ในบางสาขาวิชาทางธุรกิจ และโดยส่วนมากไม่ได้บังคับให้ต้องเรียน ทั้งการสอบคัดเลือกเข้ามาเป็นพนักงาน อัยการก็ไม่มีสอบในวิชากฎหมายการแข่งขันทางการค้า ประกอบเมื่อเข้ารับราชการเป็นพนักงาน

³พรชัย วิสุทธิศักดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 33-34.

อัยการแล้ว การจัดฝึกอบรมการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของพนักงานอัยการก็จะแทบไม่เคยมีการจัดอบรม ดังนั้น พนักงานอัยการที่ผ่านการเรียนหรือผ่านการศึกษาในกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาก่อน จึงมีอยู่เป็นจำนวนจำกัด และกระจายตัวอยู่ตามสำนักงานต่าง ๆ กันไป ภายใต้อิทธิพลและความจำเป็นดังกล่าวข้างต้น การพิจารณาสำนวนคดีแข่งขันทางการค้าจึงจำเป็นที่จะต้องสรรหาพนักงานอัยการผู้มีความรู้ความสามารถด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาเป็นผู้รับผิดชอบทำสำนวนคดีแข่งขันทางการค้าด้วยวิธีใด โดยต้องกำหนดให้มีองค์คณะในการรับผิดชอบหรือไม่ หากมีองค์คณะหรือคณะทำงานอย่างน้อยต้องมีกี่คน เพื่อให้มีการถือความเห็นฝ่ายข้างมากในการรับฟังเป็นที่ยุติในเรื่องสำคัญต่อการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ ซึ่งจะต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ตามมาตรา 26 ต่อไป 2) ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการส่งสำนวนการสอบสวนจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไปยังพนักงานอัยการล่าช้า เนื่องจากมาตรา 17(4) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจสอบสวนความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ แต่ภายใต้อายุความในการฟ้องคดี พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้กำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องส่งสำนวนให้กับพนักงานอัยการภายในกำหนดระยะเวลาใด คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจึงส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการเมื่อใดก็ได้ และแม้ปัจจุบันจะมีพระราชบัญญัติกำหนดระยะเวลาดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรม พ.ศ. 2565 ออกบังคับใช้แล้วก็ตาม แต่ก็ไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องส่งสำนวนการสอบสวนให้กับพนักงานอัยการแต่อย่างใด ดังนั้น กรอบระยะเวลานับแต่จับกุมตัวผู้ต้องหาหรือแจ้งข้อกล่าวหาจนถึงวันฟ้อง จึงต้องใช้ร่วมกันระหว่างคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากับพนักงานอัยการ ทำให้เกิดปัญหาเมื่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าส่งสำนวนมาอย่างกระชั้นชิดใกล้ครบกำหนดวันที่จะต้องฟ้อง ทำให้พนักงานอัยการเหลือเวลาในการพิจารณาสำนวนน้อยลง การรีบพิจารณาสั่งคดีภายใต้ระยะเวลาอันจำกัดในการตรวจสำนวนการสอบสวนจึงมีระยะเวลาไม่เพียงพออาจก่อให้เกิดความผิดพลาดและความเสียหายต่อการดำเนินคดีได้ 3) ปัญหาของข้อจำกัดในอำนาจการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมของพนักงานอัยการ แม้ภายหลังรับสำนวนการสอบสวน พนักงานอัยการจะสอบสวนเพิ่มเติม หรือให้พนักงานสอบสวนพาพยานบุคคลมาซักถามเพิ่มเติมได้ แต่การดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น หากล่าช้าพยานหลักฐานอาจสูญหายก่อนรับสำนวนการสอบสวนได้ เพราะกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีความสลับซับซ้อนของกลไกตลาดเกี่ยวโยงทางเศรษฐศาสตร์อยู่ด้วย ดังนั้น การแสวงหาพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาในคดี จึงเป็นการยากหากล่าช้า และไม่มีแนวทางหรือระเบียบ รวมทั้งกฎหมายกำหนดให้พนักงานอัยการเจ้าของสำนวนมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมโดยวิธีอื่นใดได้อีก เพื่อให้ได้มาซึ่งพยาน

หลักฐานเพิ่มเติมโดยจะอาศัยเพียงระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 จึงอาจไม่เพียงพอต่อการค้นหาข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานเพิ่มเติมแต่อย่างใด จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีระเบียบ หรือข้อบังคับ หรือแนวปฏิบัติในการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ไว้โดยเฉพาะในเรื่องการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในกระบวนการก่อนฟ้อง เพื่อให้พนักงานอัยการผู้ปฏิบัติงานมีแนวทางหรือหลักในการปฏิบัติงานที่จะแสวงหาข้อเท็จจริงได้อย่างเพียงพอ และมีประสิทธิภาพสูงสุด

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และหลักการเกี่ยวกับบทบาทของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีแข่งขันทางการค้า
- 2) เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับบทบาทของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย สาธารณรัฐเกาหลี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น
- 3) เพื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับบทบาทของพนักงานอัยการในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า
- 4) เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับบทบาทของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ของประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม และมีประสิทธิภาพสูงสุดต่อไป

3. ขอบเขตของการวิจัย

ขอบเขตด้านเนื้อหาครอบคลุมสภาพปัญหาที่เกี่ยวข้องกับพนักงานอัยการของประเทศไทย สาธารณรัฐเกาหลี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น ในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในเรื่องดำเนินคดีอย่างมีประสิทธิภาพ

4. ความเป็นมาของปัญหา

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการความเป็นมาเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าใน (1) มิติด้านความสำคัญ และวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ การกำกับดูแลการแข่งขันในตลาดเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ ส่วนสำนักคิด Harvard School มีอิทธิพลต่อเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภค (Consumers)

ให้ได้รับประโยชน์สูงสุดในตลาดที่มีการแข่งขัน นอกจากนี้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ายังมุ่งคุ้มครองผู้แข่งขันในตลาด (Competitors) ให้ได้รับความเป็นธรรมจากการแข่งขันอีกด้วย อย่างไรก็ตาม การให้น้ำหนักต่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจหรือการคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้แข่งขันนั้นอาจแตกต่างกันในแต่ละประเทศ ซึ่งจะส่งผลต่อการกำหนดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศที่แตกต่างกัน หลักการกำกับดูแลกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ประกอบด้วยบทบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม (Abuse of Dominant Position) คือ การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดส่งผลกระทบต่อสภาพการแข่งขันในตลาด ผลกระทบต่อกลไกการแข่งขันในตลาดที่เกิดจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจะมีมากกว่าการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจทั่วไปที่แทบจะไม่ส่งผลใด ๆ ต่อสภาพการแข่งขันในตลาดเลยการตกลงร่วมกันกระทำการจำกัดการแข่งขัน (Restrictive Agreements or Arrangements) คือ การที่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปที่เป็นอิสระต่อกันได้ตกลงร่วมกันกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ทั้งผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ในแนวนอน และแนวดิ่ง การรวมธุรกิจ (Mergers and Acquisitions) คือ การที่ผู้ประกอบธุรกิจมากกว่าหนึ่งแห่งเข้ามารวมเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรวมการควบคุมการใช้นโยบายทางธุรกิจเดียวกัน การควบรวมกิจการอาจเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ เช่น การรวมกิจการแบบกลืนเข้าไปให้เหลือบริษัทเดียว (Statutory Mergers) การรวมกิจการแบบรวมเข้ากันที่ทำให้เกิดเป็นบริษัทใหม่ขึ้นมา (Consolidation หรือ Amalgamation) การเข้าซื้อสินทรัพย์หรือหุ้นของบริษัทอื่น (Acquisitions) เป็นต้น โดยทั่วไปแล้วกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามิได้ห้ามการควบรวมกิจการ แต่หากการรวมกิจการดังกล่าวมีผลสำคัญต่อการกระจุกตัวของโครงสร้างตลาด ซึ่งอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการจำกัดการแข่งขันในตลาดจะถือเป็นสิ่งที่จะต้องห้ามมิให้กระทำ มาตราการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า กลไกการบังคับใช้กฎหมายต่อการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 50 ถึงมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีทั้งการดำเนินคดีทางปกครอง การดำเนินคดีทางอาญา รวมทั้งการเยียวยาทางแพ่งประกอบกัน เหตุที่มีการลงโทษทางอาญา เนื่องจากเป็นการลงโทษที่บังคับต่อบุคคลต่อทรัพย์สิน ชื่อเสียง และเกียรติยศอย่างใดอย่างหนึ่ง⁴ จึงเป็นการป้องปรามมิให้กระทำความผิดได้

ความสำคัญและบทบาทของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีอาญา พนักงานอัยการของประเทศไทยได้ก่อตั้งขึ้น เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2436 เป็นกรมหนึ่งในกระทรวงยุติธรรม และปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้เป็นองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ อำนาจ

⁴ ภัทลภรณ์ จารุธรรม, “การปรับใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2563), หน้า 165.

หน้าที่ของพนักงานอัยการ หน้าที่หลักเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาแทนรัฐ⁵ ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการ และพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 14 (2) และพนักงานอัยการมีอำนาจ และหน้าที่ในการอำนวยความสะดวก การรักษามูลประโยชน์ของรัฐ และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

กฎหมาย และกฎระเบียบของประเทศไทยที่เกี่ยวกับบทบาทของพนักงานอัยการต่อการดำเนินคดีอาญาในคดีแข่งขันทางการค้า ได้แก่ 1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งบัญญัติให้องค์กรอัยการมีหน้าที่ และอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และกฎหมาย พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดี และการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เทียบธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง และไม่ให้อึดว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง⁶ 2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดขั้นตอนการดำเนินคดีอาญา กระบวนการสอบสวนคดีอาญา การดำเนินคดีอาญา ในศาลของพนักงานอัยการ ชั้นพิจารณาคดีของศาล และการพิพากษา รวมถึงชั้นอุทธรณ์ ฎีกา⁷ 3) พระราชบัญญัติกำหนดระยะเวลาดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรมพ.ศ. 2565 4) พระราชบัญญัติองค์กรอัยการ และพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 กำหนดอำนาจ และหน้าที่ของพนักงานอัยการ 5) ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 เป็นหลักปฏิบัติราชการในการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ 6) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กล่าวถึงกลไกการบังคับใช้กฎหมายต่อการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 50 ถึงมาตรา 58 มีทั้งการดำเนินคดีทางปกครอง การดำเนินคดีทางอาญา 7) ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้ง และการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 เป็นเรื่องการคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเข้ามาอบรมเพื่อเพิ่มพูนความรู้ และพัฒนาศักยภาพของบุคลากร เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ 8) บทบาทของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีแข่งขันทางการค้าในศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539

ในส่วนของกฎหมาย กฎระเบียบ และการบังคับใช้ของต่างประเทศ (1) สาธารณรัฐเกาหลีเป็นหนึ่งในประเทศทางแถบเอเชียตะวันออก ซึ่งมีลักษณะพัฒนาการทางด้านเศรษฐกิจที่โดดเด่น น่าสนใจ และน่าจับตามองเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะการพัฒนาการทางด้านเศรษฐกิจในช่วงที่มีความคล้ายคลึงกับ

⁵ อรรถพล ใหญ่สว่าง, “บทบาทของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีอาญา,” พิมพ์ครั้งที่ 4 ใน **ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพยานชั้นสูง** (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2564), หน้า 5-7.

⁶ บุญสงค์ ทองอินทร์, **บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญ เรื่อง รัฐธรรมนูญ หมวด 13 องค์กรอัยการ** (กรุงเทพมหานคร: สารวุฒิสภา, 2562), หน้า 5.

⁷ จิรัช ชูเวช, “การรวบรวมพยานหลักฐาน,” พิมพ์ครั้งที่ 4 ใน **ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพยานชั้นสูง** (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2564), หน้า 15.

ประเทศไทยอยู่บ้าง^๘ สาระสำคัญของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) มีวัตถุประสงค์ป้องกันการควบคุมพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างเป็นทางการเป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ^๙ การกำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่ไม่ร้ายแรงของผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ได้อำนาจเหนือตลาด¹⁰ องค์การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (MRFTA) คือ คณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรมแห่งประเทศเกาหลีใต้ (Korean Fair Trade Commission: KFTC) มีหน้าที่เป็นองค์กรกึ่งตุลาการ (quasi-judiciary body) กำหนดนโยบายด้านการแข่งขันทางการค้า และนำนโยบายดังกล่าวไปบังคับใช้ และจัดการเกี่ยวกับการผูกขาด โดยการปฏิบัติงานเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงจากหน่วยงานภาครัฐอื่น ๆ¹¹ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีหน้าที่ที่จะต้องส่งสำนวนการฟ้องคดีดังกล่าวไปยังสำนักงานอัยการโดยไม่มีดุลยพินิจในการพิจารณาว่าจะฟ้องหรือไม่ บทบาทของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีแข่งขันทางการค้า พนักงานอัยการมีบทบาทหน้าที่หลักในการสอบสวนคดีอาญา และการพิจารณาคดีในชั้นสุดท้ายก่อนนำตัวส่งฟ้องต่อศาล ซึ่งอัยการมีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจว่าจะฟ้องหรือไม่ฟ้องผู้ต้องหา ถึงแม้ว่าโดยปกติแล้วเจ้าหน้าที่ตำรวจจะเป็นผู้ดำเนินการสอบสวนคดีต่าง ๆ แต่พนักงานอัยการจะทำการสอบสวนคดีด้วยตัวเองในคดีที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่รัฐ หรือคดีที่มีความซับซ้อนทางกฎหมายสูง เป็นต้น (2) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีสาระสำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (GWB) และวัตถุประสงค์ มุ่งหมายในการปกป้องการแข่งขันจากการจำกัดการแข่งขัน ในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งนี้ GWB มีเครื่องมือในการบรรลุเป้าหมายดังกล่าว ได้แก่ การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน (มาตรา 1 GWB) การควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดและการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 19 และ 20 GWB) และการควบคุมการรวมธุรกิจ (มาตรา 35 - 434)¹² ข้อห้ามการแข่งขัน และการปฏิบัติทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม องค์การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าคือ “บุนเดสคาร์เทิลอัมท์” (Bundeskartellamt) หรือที่ย่อว่า BKartA โดยหลักแล้ว BKartA มีซึ่งหน้าที่ควบคุมการกระทำใด ๆ ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันซึ่งส่งผลกระทบต่อสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยการบังคับใช้ GWB อย่างไรก็ตามหากการจำกัดการแข่งขันใดที่คาดหมายได้ว่าจะกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป

^๘ ศักดา ธนิตกุล และคนอื่น ๆ, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 253.

^๙ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับธุรกิจระหว่างประเทศกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 31.

¹⁰ ศักดา ธนิตกุล และคนอื่น ๆ, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 273.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 314.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 194.

BKartA ก็มีอำนาจใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้ ทั้งนี้ BKartA อาจได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขันหนึ่ง ๆ จากคู่แข่ง ผู้บริโภค หรือจากสมาชิกของการร่วมกันจำกัดการแข่งขันนั้น ๆ¹³ บทบาทของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีแข่งขันทางการค้าพนักงานอัยการเป็นผู้มีหน้าที่ในดำเนินคดีอาญา ทั้งการสอบสวน และการฟ้องร้องคดีอาญา ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีอาญาได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Criminal Procedure Code หรือ Strafprozessordnung, StPO) มาตรา 374 ในความผิดบางประเภท และความผิดอาญาบางฐาน เช่น ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า เป็นต้น¹⁴ (3) ประเทศญี่ปุ่น หลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงในปี ค.ศ. 1947 กองกำลังสัมพันธมิตรนำโดยกองกำลังทหารของสหรัฐอเมริกาได้เข้ายึดครองประเทศญี่ปุ่น ด้านเศรษฐกิจได้นำนโยบาย และกฎหมายแข่งขันทางการค้า เข้ามาบังคับใช้เพื่อทำลายระบบการผูกขาดทางเศรษฐกิจของญี่ปุ่น¹⁵ วัตถุประสงค์เพื่อทำลายการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจในบริษัทยักษ์ใหญ่หลายบริษัท และป้องกันการผูกขาดทางธุรกิจ คู่แข่งระบบการแข่งขันที่เสรีระหว่างบรรดาผู้ประกอบการ¹⁶ องค์การบังคับใช้กฎหมาย คือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศญี่ปุ่น (The Japan Fair Trade Commission : JFTC)¹⁷ เป็นองค์การบังคับใช้กฎหมายเพียงองค์เดียว เป็นคณะกรรมการอิสระ ในกรณีที่มีเรื่องร้องเรียนเข้ามา หรือคณะกรรมการ JFTC เห็นว่ามีการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย AML คณะกรรมการ JFTC มีอำนาจที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวนด้านปกครอง (administrative investigation) หรือดำเนินการสืบสวนสอบสวนด้านอาญา (criminal investigation) ก็ได้ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว คณะกรรมการ JFTC จะดำเนินการสืบสวนสอบสวน ด้านอาญาน้อยมาก เกือบทั้งหมดจะเป็นการดำเนินการสืบสวนสอบสวนด้านปกครองเท่านั้น บทบาทของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีแข่งขันทางการค้า พนักงานอัยการของประเทศญี่ปุ่นจะมีบทบาทอย่างสูงในกระบวนการยุติธรรม และดำรงตำแหน่งสำคัญ ๆ ในกระทรวงยุติธรรม ญี่ปุ่นใช้ระบบการฟ้องคดีอาญาโดยรัฐ¹⁸ และเฉพาะอัยการเท่านั้นที่มีอำนาจฟ้องคดีอาญา ผู้เสียหายฟ้องเองไม่ได้หลักเกณฑ์ในการ

¹³เรื่องเดียวกัน, หน้า 210.

¹⁴สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี,” ใน *ประมวลสารະชุตวิวิชาการบริหารงานยุติธรรมเปรียบเทียบชั้นสูง*, หน่วยที่ 6 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2565), หน้า 33-35.

¹⁵ศักดิ์ดา ธนิตกุล และคนอื่น ๆ, *กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เกาหลีใต้ และสิงคโปร์* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 49-50.

¹⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 51-52.

¹⁷ศักดิ์ดา ธนิตกุล, *กฎหมายกับธุรกิจระหว่างประเทศกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 26.

¹⁸ศิริระ บุญภินันท์, “กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศญี่ปุ่น,” ใน *ประมวลสารະชุตวิวิชาการบริหารงานยุติธรรมเปรียบเทียบชั้นสูง*, หน่วยที่ 7 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2565), หน้า 26-27.

พิจารณาฟ้องคดีหรือไม่ฟ้องคดีนั้นใช้หลักปราศจากความสงสัยโดยหากมีข้อสงสัยว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามฟ้องจริงหรือไม่ พนักงานอัยการก็จะยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่ผู้ต้องหา โดยการสั่งไม่ฟ้องคดีเรื่องนั้นต่อศาล ดังนั้น อัตราการยกฟ้องในประเทศญี่ปุ่นจึงต่ำมาก

5. วิธีดำเนินการวิจัย

ดำเนินการวิจัยโดยใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ผู้วิจัยทำการศึกษาค้นคว้าข้อมูลทางเอกสาร จากหลายแหล่งทั้งรูปแบบกระดาษ/ออนไลน์ รูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งส่วนใหญ่ปรากฏทั้งในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต/ออนไลน์ ครอบคลุมทั้งตำราวิชาการทางกฎหมาย บทความวิชาการ บทความวิจัย วิทยานิพนธ์ ดุษฎีนิพนธ์ รายงานวิจัย คำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับพนักงานอัยการในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ทั้งภาษาไทย และภาษาต่างประเทศ

6. ผลการวิจัย

จากการศึกษาวิจัย ผู้เขียนมีข้อค้นพบตามวัตถุประสงค์การวิจัยดังต่อไปนี้

6.1 คุณสมบัติของพนักงานอัยการผู้รับผิดชอบสำนวนคดีความผิดตามพระราชบัญญัติการ แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ด้วยเหตุอันเนื่องมาจากยังไม่มีพระราชบัญญัติการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศกลาง ศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศกลาง จึงมีเขตอำนาจทั่วราชอาณาจักร ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุด ได้มีคำสั่งสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 390/2542 ให้สำนักงานอัยการจังหวัดในท้องที่ซึ่งความผิดเกิดขึ้น หรืออ้าง หรือเชื่อว่าความผิดเกิดขึ้น มีอำนาจ และหน้าที่ดำเนินคดีอาญาในศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศกลาง โดยระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 29 ให้หัวหน้าพนักงานอัยการในเขตท้องที่นั้น มีอำนาจสั่งจ่ายสำนวนให้เฉพาะพนักงานอัยการซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของตนเองเท่านั้น ด้วยเนื้อหาความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งมุ่งคุ้มครองผู้แข่งขันในตลาด (Competitors) ให้ได้รับความเป็นธรรมจากการแข่งขัน สร้างประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจหรือการคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้แข่งขัน และสนับสนุนให้ระบบเศรษฐกิจสามารถขับเคลื่อน และพัฒนาไปได้อย่างมีประสิทธิภาพจากการแข่งขันของตลาดโดยความผิดมีความเชื่อมโยงระบบโครงสร้างเศรษฐกิจ จึงต้องเข้าใจหลักเศรษฐศาสตร์

เนื่องจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ ด้วยเนื้อหาความผิดควรที่จะส่งสำนวนไปยังสำนักงานคดีเศรษฐกิจ และทรัพยากรแต่เนื่องด้วยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 26 กำหนดให้การฟ้องคดีอาญา และการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายตามพระราชบัญญัตินี้ให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ การส่งสำนวนการสอบสวนจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า จึงต้องส่งไปยังสำนักงานอัยการที่ความผิดเกิดขึ้น อ้างหรือเชื่อว่าได้เกิดขึ้น และในกรุงเทพมหานครกับจังหวัดสมุทรปราการ จังหวัดสมุทรสาคร จังหวัดนครปฐม จังหวัดนนทบุรี และจังหวัดปทุมธานี ส่งสำนวนไปยังสำนักงานคดีทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งหัวหน้าพนักงานอัยการมีอำนาจส่งจ่ายสำนวนให้เฉพาะพนักงานอัยการซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของตนเองเท่านั้น จึงเท่ากับว่าแม้จะมีพนักงานอัยการซึ่งมีความรู้ความสามารถเพียงใด แต่ถ้าหากไม่ได้ประจำอยู่ในสำนักงานในพื้นที่ซึ่งความผิดเกิด หรืออ้าง หรือเชื่อว่าได้เกิด หรือผู้ต้องหาที่อยู่หรือถูกจับนั้น ก็ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบสำนวนเพื่อพิจารณาสั่งคดี และดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ซึ่งตามเหตุผลที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าพนักงานอัยการที่ผ่านการเรียนหรือผ่านการศึกษาในกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาก่อน จึงมีอยู่เป็นจำนวนจำกัด และกระจายตัวอยู่ตามสำนักงานต่าง ๆ กันไป ซึ่งหากสามารถคัดเลือกพนักงานอัยการผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้า มารวมขึ้นบัญชีไว้หรือสังกัดในกองคดีเดียวกันแล้วจัดฝึกอบรมทั้งทางวิชาการ และภาคปฏิบัติเพื่อให้เกิดความชำนาญเฉพาะด้าน แล้วมอบหมายให้ดำเนินคดีเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าโดยตรงแล้ว ย่อมจะทำให้การดำเนินคดีแข่งขันทางการค้าเกิดประสิทธิภาพได้อย่างสูงสุด และต้องมีคำสั่งของสำนักงานอัยการสูงสุด กำหนดให้อธิบดีอัยการ สำนักงานคดีทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ มีอำนาจจ่ายสำนวนซึ่งเกิด หรืออ้าง หรือเชื่อว่าจะเกิดขึ้นทั่วประเทศให้กับพนักงานอัยการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ซึ่งขึ้นบัญชีหรืออยู่ในกองคดีดังกล่าวนี้ได้ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าประเทศไทยมีกฎหมายที่มีลักษณะคล้ายคลึงและใกล้เคียงกันเกี่ยวกับการคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเข้ามาอบรมเพื่อเพิ่มพูน และพัฒนาศักยภาพของบุคลากร คือ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดแจ้ง และการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 เพื่อคัดสรรทนายความเข้าเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กหรือเยาวชนในคดีอาญาของศาลคดีเยาวชน และครอบครัว โดยได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ คุณสมบัติ และวิธีการอบรมของที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็ก และเยาวชนเอาไว้โดยมีการกำหนดให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมาย” และให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดหลักสูตร วิธีการอบรม และทดสอบความรู้แก่ผู้ประสงค์จะเป็นที่ปรึกษากฎหมาย และพิจารณาการขึ้นทะเบียนรายชื่อ เพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายดังกล่าวเห็นได้ว่าเป็นการคัดเลือกผู้มีความรู้ความสามารถ และมีคุณสมบัติครบถ้วนเข้าอบรมตามหลักสูตรที่กำหนดเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพ และให้มีความพร้อมต่อการปฏิบัติงานในหน้าที่อย่างมีคุณภาพ อีกทั้ง ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย

การจดทะเบียน และการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 สามารถบังคับใช้ได้โดยมีประสิทธิภาพยาวนาน จนถึงปัจจุบัน

6.2 ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการส่งสำนวนการสอบสวนจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไปยังพนักงานอัยการล่าช้า

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และระเบียบคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าด้วยการร้องเรียน และการแสวงหาข้อเท็จจริง และการดำเนินคดีทางอาญาหรือคดีทางปกครอง พ.ศ. 2562 และระเบียบคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าด้วยการร้องเรียน และการแสวงหาข้อเท็จจริง และการดำเนินคดีทางอาญาหรือคดีทางปกครอง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2563 ไม่ได้กำหนดให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าต้องส่งสำนวนการสอบสวนไปยังพนักงานอัยการภายในระยะเวลาใด และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 140, 141, 142 กำหนดเพียงว่าเมื่อพนักงานสอบสวนเห็นว่าการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้ว ให้จัดการในการส่งสำนวนการสอบสวนให้พนักงานอัยการในแบบใดเท่านั้นโดยไม่ได้ระบุระยะเวลาว่าต้องส่งสำนวนการสอบสวนไปยังพนักงานอัยการภายในกำหนดระยะเวลาใดนับแต่รับเรื่องร้องทุกข์หรือนับแต่คดีเกิดขึ้น ซึ่งแม้ในปัจจุบันจะมีพระราชบัญญัติกำหนดระยะเวลาดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรม พ.ศ. 2565 บังคับใช้แล้วก็ตาม แต่ก็ไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาที่พนักงานสอบสวนหรือคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องส่งสำนวนการสอบสวนให้กับพนักงานอัยการภายในเวลาใด

การที่กฎหมายไม่ได้กำหนดระยะเวลาดังกล่าวข้างต้น ส่งผลให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เป็นพนักงานสอบสวนตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 24 จะส่งสำนวนการสอบสวนไปยังพนักงานอัยการเมื่อไหร่ก็ได้ภายใต้อายุความ ซึ่งส่งผลเสียหายหลายประการ กล่าวคือ นับแต่ความผิดเกิดหากระยะเวลาเนิ่นช้าไปนานเพียงใดพยานหลักฐานย่อมจะต้องสูญหายไปหรือมีการเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งจะเป็นพยานหลักฐานยืนยันการกระทำความผิดให้กลับมาเป็นสิ่งที่ถูกต้องหรือให้สูญหายไปได้ โดยแม้พนักงานอัยการจะมีอำนาจสอบสวนเพิ่มเติมในภายหลัง แต่หากพยานซึ่งพนักงานอัยการเห็นว่าสำคัญ และจำเป็นต้องอาศัยความรู้เห็นของเขามาให้การยืนยันในสิ่งที่เกิดขึ้นย่อมเป็นการยากในการติดตามโดยเฉพาะพยานมีที่อยู่ห่างไกล หรือมีที่อยู่ไม่เป็นหลักแหล่งหรืออยู่ต่างประเทศ ย่อมเป็นอุปสรรคในการสอบสวนเพิ่มเติมดังกล่าว อันเนื่องมาจากมีความยุ่งยากในการติดต่อประสานงานนัดหมาย เพื่อให้พยานบุคคลดังกล่าวเข้ามาให้การในชั้นสอบสวนได้ ทั้งนี้ ยิ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ส่งสำนวนการสอบสวนมายังพนักงานอัยการช้าเพียงใด พนักงานอัยการย่อมจะมีเวลาในการพิจารณาสำนวนการสอบสวนด้วยความรอบคอบน้อยลงเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยพบว่าหลักการของกฎหมายประเทศไทยในเรื่องการสอบสวนกับกฎหมายต่างประเทศที่นำมาศึกษา มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ระบบกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี¹⁹ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี²⁰ และประเทศญี่ปุ่น²¹ให้อำนาจพนักงานอัยการเข้าร่วมสอบสวนได้ตั้งแต่เริ่มต้นคดีหรือระยะเวลาใดก็ได้ ซึ่งโดยเฉพาะคดีแข่งขันทางการค้าพนักงานอัยการจะพิจารณาเข้าร่วมในการสอบสวนคดีตั้งแต่ต้น หรือเรียกสำนวนการสอบสวนมาสอบสวนเองเมื่อใดก็ได้ ทำให้ในประเทศเหล่านี้ไม่เกิดปัญหาในการแบ่งระยะเวลาการสอบสวนของพนักงานสอบสวนหรือคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า และเวลาในการทำงานของพนักงานอัยการแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม แม้ในประเทศเหล่านี้จะไม่มีปัญหาในการใช้ระยะเวลาก่อนฟ้องคดีร่วมกันแล้วก็ตาม แต่ในประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดมาตรการในกรณีที่พนักงานอัยการไม่ได้เข้าร่วมในการสอบสวน ได้กำหนดแบ่งระยะเวลาให้พนักงานสอบสวนต้องส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมตัวผู้ต้องหาให้กับพนักงานอัยการภายในระยะเวลาที่กำหนด เพื่อให้พนักงานอัยการมีระยะเวลาในการพิจารณาสำนวนการสอบสวนทำงานต่อไปได้อีกอันถือเป็นการแบ่งระยะเวลาการสอบสวนไว้อย่างชัดเจน

กฎหมายของประเทศไทย แม้จะกำหนดให้พนักงานสอบสวนทำหน้าที่สอบสวนได้เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ให้อำนาจพนักงานอัยการเข้าร่วมสอบสวนอันเป็นการแบ่งแยกอำนาจ และหน้าที่ของสององค์กรออกจากกันอย่างชัดเจน แต่ยังมีกฎหมายที่มีลักษณะเดียวกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งมีการกำหนดให้คณะกรรมการในหน่วยงานดังกล่าวมีอำนาจสอบสวนแล้วส่งสำนวนการสอบสวนไปยังพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาฟ้องคดี คือ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกัน และปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 40 ซึ่งกำหนด “ให้ประธานกรรมการ กรรมการ กรรมการไต่สวน เลขาธิการ หัวหน้าพนักงานไต่สวน และพนักงานไต่สวนเป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ และมีอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเช่นเดียวกับพนักงานสอบสวนด้วย” มาตรา 48 กำหนดระยะเวลาในการทำงานว่า “คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่ว่าจะมีการกล่าวหาหรือไม่ว่าจะมีการกระทำความผิดที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจโดยพลัน

¹⁹Criminal procedure code, Article 196 police officers shall investigate crimes with direction of prosecutor.

²⁰รีชเน็กร โชติชัยสถิตย์, “กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี,” ใน *แนวการศึกษาชุดวิชาการบริหารงานยุติธรรมเปรียบเทียบชั้นสูง*, หน่วยที่ 6 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2565), หน้า 6-25.

²¹น้ำแท้ มีบุญสร้าง, *กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเปรียบเทียบ* (กรุงเทพมหานคร: สุตราไพศาล, 2554), หน้า 71.

โดยในกรณีที่จำเป็นต้องมีการไต่สวน ต้องไต่สวน และมีความเห็นหรือวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน กำหนดเวลาที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด ซึ่งต้องไม่เกินสองปีนับแต่วันเริ่มดำเนินการไต่สวน” โดยมีข้อยกเว้นให้ขยายระยะเวลาได้ในวาระสามแต่ต้องมีเหตุจำเป็นซึ่งได้มีการออกระเบียบ และประกาศ ใช้ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติว่าด้วยการตรวจสอบ และไต่สวน พ.ศ. 2561 มีกำหนดระยะเวลาการทำงานในข้อ 48 ความว่า “เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติให้ ไต่สวนหรือไต่สวนเบื้องต้นเรื่องใด ให้คณะกรรมการไต่สวนหรือคณะไต่สวนเบื้องต้นที่ได้รับมอบหมาย ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาไม่เกินสองปีนับแต่วันเริ่มดำเนินการไต่สวน...” และเมื่อ คณะกรรมการไต่สวนหรือคณะไต่สวนเบื้องต้นได้เสนอผลการไต่สวนให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ข้อ 89 “เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติชี้มูลเกี่ยวกับการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาแล้ว ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการดังนี้ (1) ส่งรายงานสำนวนการไต่สวนเอกสารพยานหลักฐาน และความเห็นพร้อม สำนวนอิเล็กทรอนิกส์ไปยังอัยการสูงสุดภายใน 30 วัน นับแต่วันที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติ...”

เห็นได้ว่าสำนักงานคณะกรรมการป้องกันการทุจริตแห่งชาติ มีรูปแบบการทำงาน และมี คณะกรรมการมีอำนาจสอบสวนคดี และส่งสำนวนให้พนักงานอัยการเพื่อพิจารณาสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้อง เหมือนกับสำนักงานแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกัน และปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 และระเบียบคณะกรรมการป้องกัน และปราบปรามการทุจริต แห่งชาติว่าด้วยการตรวจสอบและไต่สวน พ.ศ. 2561 กำหนดระยะเวลาการทำงานไว้อย่างชัดเจน ก่อนส่งสำนวนการสอบสวนต่อไปยังพนักงานอัยการ ทั้งมีผลบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพอยู่ในปัจจุบัน ถือเป็นทางเลือกในการนำไปปรับใช้เพื่อให้พนักงานอัยการมีระยะเวลาในการทำงานอย่างเพียงพอ ก่อนฟ้องคดีต่อไป

6.3 ปัญหาของข้อจำกัดในอำนาจการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมของพนักงานอัยการ

เนื่องด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย ได้แยกอำนาจการ สอบสวนให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของพนักงานสอบสวน ส่วนพนักงานอัยการเป็นเพียงผู้ตรวจพิจารณา กลั่นกรองสำนวนการสอบสวนเท่านั้น ไม่มีอำนาจที่จะเข้าร่วมสอบสวนหรือเข้าไปมีส่วนช่วยเหลือ หรือ ควบคุมในระหว่างการสอบสวนในชั้นเริ่มต้นคดีอาญาได้ คงมีเพียงอำนาจในการสอบสวนเพิ่มเติม ภายหลังจากที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เห็นว่าการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้ว และส่งสำนวนมายัง พนักงานอัยการ ซึ่งการสอบสวนเพิ่มเติมถือเป็นอำนาจในการพยายามเสาะแสวงหาพยานหลักฐาน เพิ่มเติม ในกรณีที่พนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าพยานหลักฐานในสำนวนการสอบสวนไม่ ได้ ความแน่ชัดว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดหรือไม่ พนักงานอัยการมีอำนาจสั่งให้ทำการสอบสวนเพิ่มเติม หรือสั่งให้พนักงานสอบสวนส่งพยานมาซักถามตามรูปคดี ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญามาตรา 143 และระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ

พ.ศ. 2563 ข้อ 35 ซึ่งการสอบสวนเพิ่มเติมนี้ มีข้อจำกัดอยู่หลายประการยังไม่มีประสิทธิภาพอย่างเพียงพอในการแสวงหาพยานหลักฐานอันสำคัญที่ชัดเจนมั่นคงเพียงพอต่อการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในชั้นศาลได้ เนื่องจากนับแต่วันที่ความผิดเกิดขึ้นจนถึงวันที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าส่งสำนวนอาจทำให้พยานหลักฐานซึ่งพนักงานอัยการเห็นว่าเป็นพยานหลักฐานสำคัญสูญหายไปก่อนที่จะส่งสำนวนการสอบสวนให้กับพนักงานอัยการได้ เช่น การติดตามภาพถ่ายจากกล้องวงจรปิด ถ้าพนักงานอัยการต้องการให้รวบรวมกล้องซึ่งติดตั้งบริเวณใดในขณะเกิดเหตุ กรณีที่คณะกรรมการยังไม่ได้รวบรวมไว้ในสำนวน ความล่าช้าอาจทำให้ระบบการบันทึกภาพเคลื่อนไหวใหม่ทับกับข้อมูลภาพเคลื่อนไหวที่ต้องการในขณะเกิดเหตุได้ หรือถ้าเป็นพยานบุคคลหากทอดเวลาไปนานเพียงใดย่อมจะเป็นการลำบากที่จะติดตามสืบหาที่อยู่ได้เช่นกัน

การสอบสวนคดีอาญาของพนักงานอัยการในสาธารณรัฐเกาหลี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งทำได้ตั้งแต่เริ่มต้นคดีนั้น มีประโยชน์ต่อการแสวงหาพยานหลักฐานเป็นอันมาก ด้วยแนวคิดที่ว่าพนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจฟ้องคดีอาญา และนำพยานหลักฐานซึ่งรวบรวมในชั้นสอบสวนเข้าสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลยในชั้นพิจารณาคดีของศาล เพื่อให้ศาลเชื่อว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามฟ้องจริง ดังนั้น หากพนักงานอัยการมีอำนาจสอบสวนด้วยตนเองแล้ว ย่อมจะเป็นผลดีมากกว่าที่พนักงานอัยการจะได้ทราบข้อเท็จจริงในคดี โดยผ่านการสอบสวนของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าฝ่ายเดียว โดยเฉพาะการสอบพยานบุคคล การอ่านคำให้การพยานที่พิมพ์ไว้เป็นหนังสือกับการรับฟังด้วยตนเองจากปากของพยานหรือรวบรวมพยานหลักฐานโดยอิสระในประเด็นที่ต้องการนำเสนอในชั้นศาลแล้ว ย่อมแตกต่างจากการอาศัยเพียงแต่การรับฟังข้อเท็จจริงผ่านเอกสารที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจัดทำเท่านั้น ย่อมไม่สามารถเข้าใจขั้นตอนวิธีการกระทำความผิดในคดีที่ซับซ้อนได้อย่างลึกซึ้ง ส่งผลให้การนำสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลยไม่ได้ผลอย่างเพียงพอซึ่งผู้กระทำความผิดอาจหลุดพ้นไม่ถูกลงโทษได้ ทำให้พนักงานอัยการของสาธารณรัฐเกาหลี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น มีบทบาทในการดำเนินคดีอาญาโดยเฉพาะคดีแข่งขันทางการค้า

เปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยแล้ว กรณีความผิดที่มีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำความผิดนอกราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 กำหนดให้อัยการสูงสุด หรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ หรือจะมอบหมายหน้าที่ให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนก็ได้ หรือจะมอบหมายให้พนักงานอัยการคนใดทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนก็ได้ สำหรับพนักงานอัยการที่ได้รับมอบหมายให้เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือให้ทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนให้มีอำนาจ และหน้าที่ในการสอบสวนเช่นเดียวกับพนักงานสอบสวน และให้มีอำนาจและหน้าที่ประการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นอำนาจ และหน้าที่ของพนักงานอัยการ และให้พนักงานสอบสวนปฏิบัติตามคำสั่งและคำแนะนำของพนักงานอัยการในเรื่องที่เกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐาน

เมื่อพนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการสอบสวนแล้วแต่กรณี เห็นว่าสอบสวนเสร็จแล้ว ให้ทำความเข้าใจ ตามมาตรา 140 มาตรา 141 หรือมาตรา 142 ส่งพร้อมสำนวนการสอบสวนไปยังอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทน ทั้งนี้ สำนักงานอัยการสูงสุดก็ได้ออกระเบียบเกี่ยวกับกรณีความผิดที่มีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทยเพื่อรองรับวิธีปฏิบัติงานไว้ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ ข้อ 207-210

เมื่อเปรียบเทียบแล้วพบว่าตามวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 ของประเทศไทย เป็นกฎหมายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับสาธารณรัฐเกาหลี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น ที่ให้พนักงานอัยการมีบทบาทในการดำเนินคดีอาญา ตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงสิ้นสุดคดีได้ โดยเริ่มนับตั้งแต่มิมีการสอบสวนความผิด และสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 20 ให้อำนาจพนักงานอัยการเข้าร่วมสอบสวนได้เฉพาะความผิดที่มีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทยเท่านั้น ซึ่งหากได้มีการนำหลักการนี้มาใช้กับคดีการแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีความลับซับซ้อน และต้องมียุทธศาสตร์ทางด้านเศรษฐศาสตร์ด้วยแล้วย่อมจะทำให้พนักงานอัยการสามารถทราบข้อเท็จจริงตั้งแต่ต้นทาง และเข้าแสวงหาพยานหลักฐานได้อย่างครบถ้วนเพียงพอก่อนฟ้องคดี

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แม้ในปัจจุบันพนักงานอัยการจะมีบทบาทต่อการดำเนินคดีอาญาในคดีแข่งขันทางการค้าตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยเป็นคณะกรรมการสอบสวนโดยตำแหน่งเนื่องจากมาตรา 21 กำหนดให้แต่งตั้งผู้ที่เป็นหรือเคยเป็นพนักงานอัยการ ในฐานะผู้ซึ่งมีความรู้ และประสบการณ์ทางคดีอาญา แต่ก็เป็นเพียงส่วนหนึ่งของคณะกรรมการสอบสวนไม่มีอำนาจตัดสินใจโดยลำพังที่จะกำหนดทิศทางการสอบสวนได้ ซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาคุณสมบัติของพนักงานอัยการผู้รับผิดชอบสำนวนคดีความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการส่งสำนวนการสอบสวนจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไปยังพนักงานอัยการล่าช้า และปัญหาของข้อจำกัดในอำนาจการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมของพนักงานอัยการเมื่อเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศไทยกับกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น พบว่าประเทศเหล่านี้ให้อำนาจพนักงานอัยการเข้าร่วมสอบสวนได้ตั้งแต่เริ่มต้นคดีหรือจะเข้าร่วมสอบสวนในระยะเวลาใดก็ได้ ทำให้สามารถแต่งตั้งพนักงานอัยการที่มีคุณสมบัติเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้าเข้าร่วมสอบสวนได้ โดยเฉพาะในประเทศญี่ปุ่นนั้น พนักงานอัยการจะเข้าทำการสอบสวนในคดีแข่งขันทางการค้าด้วยตนเอง แล้วทำการตรวจสอบสำนวนการสอบสวนพิจารณาสั่งคดี และดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลต่อเนื่องไป จึงไม่มีปัญหาในเรื่องคุณสมบัติของพนักงานอัยการผู้รับผิดชอบสำนวนคดีความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการส่งสำนวนการสอบสวนจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ไปยังพนักงานอัยการล่าช้า และปัญหาของข้อจำกัดในอำนาจการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมของพนักงานอัยการ แต่อย่างไร

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยมีกฎหมายที่มีลักษณะเกี่ยวกับการคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเข้ามาอบรมเพื่อเพิ่มพูน และพัฒนาศักยภาพของบุคลากร เพื่อให้ได้บุคคลที่มีคุณสมบัติพร้อมปฏิบัติงาน นำมาขึ้นบัญชีรายชื่อเพื่อเข้าปฏิบัติงานตามรายชื่อที่เรียงลำดับไว้แล้วให้เงินรางวัลในการปฏิบัติงาน คือ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดแจ้ง และการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ข้อ 89 “เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติชี้มูลเกี่ยวกับการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาแล้ว ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการดังนี้ (1) ส่งรายงานสำนวนการไต่สวนเอกสารพยานหลักฐาน และความเห็นพร้อมสำนวนอิเล็กทรอนิกส์ไปยังอัยการสูงสุดภายใน 30 วันนับแต่วันที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติ...” และกรณีความผิดที่มีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 กำหนดให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ หรือจะมอบหมายหน้าที่ให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้ หรือจะมอบหมายให้พนักงานอัยการคนใดทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนก็ได้ เมื่อพนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการสอบสวนแล้วแต่กรณี เห็นว่าสอบสวนเสร็จแล้ว ให้ทำความเห็น ตามมาตรา 140 มาตรา 141 หรือมาตรา 142 ส่งพร้อมสำนวนการสอบสวนไปยังอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทน

จากผลการศึกษาวินิจฉัยเชิงเอกสารผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในการนำแนวกฎหมายในปัจจุบันซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอยู่แล้ว และกฎหมายไทยที่มีการบังคับใช้อยู่แล้ว จึงไม่เป็นอุปสรรคต่อการที่จะนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไข และพัฒนามาตรการกฎหมายไทย ได้แก่

1) ในเรื่องปัญหาคุณสมบัติของพนักงานอัยการผู้รับผิดชอบสำนวนคดีความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ควรแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 โดยเพิ่มเติมเป็นหมวด 10 การคัดสรรพนักงานอัยการเพื่อเข้าเป็นผู้รับผิดชอบสำนวนคดีอาญา ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า โดยให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ คุณสมบัติ และวิธีการอบรมแก่พนักงานอัยการที่จะทำหน้าที่รับผิดชอบสำนวนการสอบสวนดังกล่าว โดยมีการกำหนดให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการกำกับดูแลพนักงานอัยการผู้รับผิดชอบสำนวนคดีความผิด ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า” และให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดหลักสูตร วิธีการอบรมและทดสอบความรู้แก่พนักงานอัยการผู้ประสงค์จะเป็นผู้รับผิดชอบสำนวนคดีแข่งขันทางการค้า และพิจารณาการขึ้นทะเบียนรายชื่อเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนรายชื่อดังกล่าว แล้วขึ้นบัญชีไว้ให้เรียงลำดับการเข้าทำหน้าที่ตามลำดับ

และจ่ายค่าตอบแทนพิเศษต่อไป พร้อมกำหนดให้อธิบดีอัยการ สำนักงานคดีทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุด เป็นผู้จ่ายสำนวนคดีตามบัญชีรายชื่อ เรียงตามลำดับดังกล่าว ให้สามารถปฏิบัติงานในพื้นที่ซึ่งความผิดเกิด หรืออ้าง หรือเชื่อว่าเกิดได้ทั่วราชอาณาจักร ตามเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ

ตั้งตัวอย่างบทบัญญัติที่เสนอเพิ่มเติมใหม่ในระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563

หมวด 10 การคัดสรรพนักงานอัยการเพื่อเข้าเป็นผู้รับผิดชอบสำนวนคดีอาญา ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

ข้อ 248 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการกำกับดูแลพนักงานอัยการเพื่อเข้าเป็นผู้รับผิดชอบสำนวนคดีอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ” ประกอบด้วย

(1) อธิบดีอัยการ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศเป็นประธาน
(2) รองอธิบดีอัยการ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ หนึ่งคน
ที่อธิบดีมอบหมาย

(3) ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

(4) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิสี่คนประกอบด้วย ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้า ผู้เชี่ยวชาญด้านเศรษฐศาสตร์ และผู้เชี่ยวชาญด้านพาณิชยศาสตร์ ผู้เชี่ยวชาญด้านการบัญชี ด้านละหนึ่งคน ซึ่งคัดเลือกและแต่งตั้งโดยอธิบดี

(5) ผู้อำนวยการ สำนักงานอำนวยการ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ เป็นเลขานุการ

ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสามปี

ข้อ 249 ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิดำรงตำแหน่งครบวาระแล้ว แต่ยังมีได้มีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่พ้นจากตำแหน่งตามวาระปฏิบัติหน้าที่ไปพลางก่อน

ข้อ 250 ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) กำหนดหลักสูตร วิธีการอบรม และทดสอบความรู้แก่พนักงานอัยการผู้ประสงค์จะเป็นผู้รับผิดชอบสำนวนคดีอาญา ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

(2) พิจารณาการขึ้นบัญชีรายชื่อ เพิกถอนชื่อผู้รับผิดชอบสำนวนคดีอาญา ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า และกำหนดค่าตอบแทนพิเศษ รวมถึงค่าเดินทาง และค่าที่พักด้วย

ข้อ 251 ในการประชุมของคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม

การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมคณะกรรมการให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

ข้อ 252 ให้อธิบดีอัยการ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ เป็นผู้ส่งจ่ายสำนวนการสอบสวนให้พนักงานอัยการ เรียงตามลำดับในบัญชีรายชื่อ และให้ผู้รับสำนวนคดีดังกล่าวมีอำนาจพิจารณาสำนวนและดำเนินกระบวนการพิจารณาที่วราขอาณาจักร

หากมีการแก้ไข และบังคับใช้ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 หมวด 10 การคัดสรรพนักงานอัยการเพื่อเข้าเป็นผู้รับผิดชอบสำนวนคดีอาญา ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลดีโดยมีผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีความรู้ความเข้าใจในเจตนารมณ์ ความมุ่งหมาย และส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด

2) ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการส่งสำนวนการสอบสวนจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไปยังพนักงานอัยการล่าช้าควรแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าว่าด้วยการร้องเรียนและการแสวงหาข้อเท็จจริง และการดำเนินคดีทางอาญาหรือคดีปกครอง พ.ศ. 2562 โดยให้กำหนดระยะเวลาการทำงานภายหลังจากคณะอนุกรรมการสอบสวนส่งสำนวนให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าว่า เมื่อคณะกรรมการได้รับรายงานการสอบสวนจากคณะอนุกรรมการสอบสวน ตามข้อ 32 หรือข้อ 33 แล้วแต่กรณี หากคณะกรรมการเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดอาญา ให้ดำเนินการส่งรายงานการสอบสวน พยานเอกสาร และความเห็นพร้อมสำนวนไปยังพนักงานอัยการภายในกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่คณะกรรมการลงความเห็น...”

ดังตัวอย่างในการแก้ไขบทบัญญัติในระเบียบคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าว่าด้วยการร้องเรียน และการแสวงหาข้อเท็จจริง และการดำเนินคดีทางอาญาหรือทางปกครอง พ.ศ. 2562 ข้อ 34 วรรคแรก

“ข้อ 34 เมื่อคณะกรรมการได้รับรายงานการสอบสวนตามข้อ 32 หรือข้อ 33 แล้วแต่กรณี ให้คณะกรรมการลงความเห็นภายใน 30 วัน และหากคณะกรรมการเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดอาญา ถ้าเป็นความผิดที่เปรียบเทียบปรับได้ให้ดำเนินการเปรียบเทียบตามมาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หากเป็นความผิดที่ไม่อาจเปรียบเทียบปรับได้ให้ดำเนินการส่งรายงานการสอบสวน พยานเอกสาร และความเห็นพร้อมสำนวนไปยังพนักงานอัยการภายในกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่คณะกรรมการลงความเห็น”

หากมีการแก้ไข และบังคับใช้ระเบียบคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าว่าด้วยการร้องเรียนและการแสวงหาข้อเท็จจริง และการดำเนินคดีทางอาญาหรือทางปกครอง พ.ศ. 2562 ข้อ 34 วรรคแรก ตามที่นำเสนอแล้ว นับแต่มีผู้ร้องเรียนหรือพบการกระทำความผิดโดยสำนักงานคณะกรรมการ

แข่งขันทางการค้า เส้นทางการสอบสวนจะเกิดขึ้นโดยมีระยะเวลากำกับให้ดำเนินการต่อไปเรื่อย ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด จนถึงระยะเวลาที่ต้องส่งสำนวนการสอบสวนให้กับพนักงานอัยการดังกล่าวข้างต้น

3) ปัญหาของข้อจำกัดในอำนาจการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมของพนักงานอัยการ ควรแก้ไข โดยให้นำหลักการสอบสวนความผิดที่มีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 มาบังคับใช้กับพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า โดยแก้ไขกฎหมายโดยเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพิ่มเป็นมาตรา 20/1

ดังตัวอย่างบทบัญญัติที่เสนอเพิ่มเติมใหม่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นมาตรา 20/1

มาตรา 20/1 ความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่มีโทษทางอาญาซึ่งไม่อาจเปรียบเทียบปรับได้ ให้อธิบดีอัยการ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ หรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ หรือจะมอบหมายหน้าที่นั้นให้พนักงานอัยการหรือคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้

สำหรับพนักงานอัยการที่ได้รับมอบหมายให้เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือให้ทำการสอบสวนร่วมกับคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าให้มีอำนาจและหน้าที่ในการสอบสวน เช่นเดียวกับคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า และให้มีอำนาจและหน้าที่ประการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของพนักงานอัยการ และให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าปฏิบัติ ตามคำสั่ง และคำแนะนำของพนักงานอัยการในเรื่องที่เกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐาน

ในระหว่างรอคำสั่งจากอธิบดีอัยการ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ หรือผู้รักษาการแทนให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ทำการสอบสวนไปพลางก่อน เมื่อพนักงานอัยการหรือคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าผู้รับผิดชอบในการสอบสวนแล้วแต่กรณี เห็นว่าสอบสวนเสร็จแล้ว ให้ทำความเห็น ตามมาตรา 140 มาตรา 141 หรือมาตรา 142 ส่งพร้อมสำนวนการสอบสวนไปยังอธิบดีอัยการ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ หรือผู้รักษาการแทนเพื่อพิจารณาสั่งจ่ายสำนวนให้กับพนักงานอัยการผู้อยู่ในบัญชีพนักงานอัยการผู้รับผิดชอบสำนวนคดีอาญา ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าต่อไป

หากมีการแก้ไข และบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามมาตรา 20/1 ตามที่นำเสนอ จะเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งยิ่งใหญ่ที่ทำให้พนักงานอัยการเข้าทำการสอบสวนได้ตั้งแต่เริ่มต้นคดี ทำให้สามารถแต่งตั้งพนักงานอัยการที่มีคุณสมบัติเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้าเข้าร่วมสอบสวนได้ และแสวงหาพยานหลักฐานที่สำคัญได้ก่อนที่พยานหลักฐานนั้นจะถูกปรับเปลี่ยนแก้ไข หรือทำลายไปหรือสูญหายไปก่อน ทั้งกำหนดรูปคดีทิศทางการสอบสวนที่ถูกต้องได้ตั้งแต่ต้น เพื่อที่จะได้นำเสนอต่อศาลในชั้นพิจารณาต่อไป

บรรณานุกรม

- จิรัช ชูเวช. “การรวบรวมพยานหลักฐาน.” พิมพ์ครั้งที่ 4. ใน **ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพยานชั้นสูง**, หน้า 15. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2564. **น้ำแท้ มีบุญสร้าง. กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเปรียบเทียบ.** กรุงเทพมหานคร: สุตรไพศาล, 2554.
- บุญสงค์ ทองอินทร์. **บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญ เรื่อง รัฐธรรมนูญ หมวด 13 องค์การอัยการ.** กรุงเทพมหานคร: สารวุฒิสภา, 2562.
- พรชัย วิสุทธิศักดิ์. **กฎหมายแข่งขันทางการค้า.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564.
- ภวัลกรณ์ จารุธรรม. “การปรับใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,** 2563.
- รัชนีกร โชติชัยสถิต. “กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.” ใน **แนวการศึกษาชุดวิชาการบริหารงานยุติธรรมเปรียบเทียบชั้นสูง.** หน่วยที่ 6, หน้า 6-25. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2565.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. **กฎหมายกัมพูชาและระหว่างประเทศ กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- _____. **คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล และคนอื่นๆ. **กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เกาหลีใต้ และสิงคโปร์.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- ศิระ บุญภินนท์. “กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศญี่ปุ่น.” ใน **ประมวลสาระชุดวิชาการบริหารงานยุติธรรมเปรียบเทียบชั้นสูง.** หน่วยที่ 7, หน้า 26-27. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2565.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. “กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.” ใน **ประมวลสาระชุดวิชาการบริหารงานยุติธรรมเปรียบเทียบชั้นสูง.** หน่วยที่ 6, หน้า 33-35. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2565.
- อรรถพล ใหญ่สว่าง. “บทบาทของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีอาญา.” พิมพ์ครั้งที่ 4. ใน **ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพยานชั้นสูง,** หน้า 5-7. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2564.

มาตรการทางกฎหมายอาญาในการควบคุม
ผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส

ภาณุ ตติยะวรรณนท์

มาตรการทางกฎหมายอาญาในการควบคุมผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส* Criminal Measures Concerning the Control of Contact Lens Sellers

ภาณุ ตติยะวรนนท์**
Panu Tatiyaworanan

บทคัดย่อ

บทความวิจัยฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายอาญาที่ใช้ควบคุมการจำหน่ายเลนส์สัมผัส เนื่องจากในปัจจุบันประชากรของประเทศไทยสวมใส่เลนส์สัมผัสกันอย่างแพร่หลายในทุกกลุ่มอายุ โดยเฉพาะในกลุ่มเยาวชนและวัยรุ่นที่ใช้เลนส์สัมผัสทั้งเพื่อการปรับความผิดปกติของค่าสายตาและเพื่อความสวยงาม ทั้งนี้ กฎหมายไทยกำหนดให้เลนส์สัมผัสเป็นเครื่องมือแพทย์ เนื่องจากเป็นสินค้าที่อาจก่อให้เกิดอันตรายและอาจส่งผลกระทบต่อสุขอนามัยของผู้สวมใส่ได้ หากไม่มีการควบคุมด้านคุณภาพ ตลอดจนด้านความสะอาดและความปลอดภัยที่เหมาะสม โดยเฉพาะการควบคุมผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส ซึ่งเป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดกับผู้บริโภคมากที่สุด หากปล่อยให้มีการจำหน่ายเลนส์สัมผัสได้โดยขาดความรู้ความเข้าใจและความระมัดระวังที่เพียงพอ ตลอดจนไม่มีการควบคุมจากภาครัฐ ก็อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพทางด้านดวงตาของประชาชน ผู้วิจัยจึงได้

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายอาญาในการควบคุมผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ. 2562.

This research article is part of the research entitled “Criminal Measures Concerning the Control of Contact Lens Sellers.” This research is funded by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, 2019.

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; LL.M. in International and Comparative Laws, Southern Methodist University (Texas), USA. E-mail: panu_t@rumail.ru.ac.th

Lecturer in Law at the Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Chulalongkorn University; LL.M. in International and Comparative Laws, Southern Methodist University (Texas), USA.

วันที่รับบทความ (received) 10 กรกฎาคม 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 6 พฤศจิกายน 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 12 พฤศจิกายน 2567.

ศึกษาแนวทางในการควบคุมผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส โดยมุ่งศึกษาถึงการใช้นโยบายทางกฎหมายอาญา เพื่อควบคุมการจำหน่ายเลนส์สัมผัสให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองสุขภาพและอนามัยของประชาชน และยิ่งศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรการในการควบคุมการจำหน่ายเลนส์สัมผัสในสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐสิงคโปร์ เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัสของประเทศไทยต่อไป

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันการจำหน่ายเลนส์สัมผัสในประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่เพียงพอในการควบคุมผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส โดยพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 บัญญัติให้มีการควบคุมเฉพาะผู้ผลิตและผู้นำเข้าเลนส์สัมผัสเท่านั้น โดยการผลิตและการนำเข้าเลนส์สัมผัสจำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากภาครัฐ ในทางกลับกันเมื่อพิจารณาในส่วนของกรจำหน่ายเลนส์สัมผัส กฎหมายกำหนดเพียงแค่ว่าให้ผู้จำหน่ายหรือที่ตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์เรียกว่า “ผู้ขาย” มีหน้าที่จัดให้มีฉลากปิดอยู่ที่ผลิตภัณฑ์เลนส์สัมผัสเท่านั้น ซึ่งมาตรการดังกล่าวเพียงลำพังนั้นยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองประชาชนให้ได้รับความปลอดภัย เนื่องจากการจำหน่ายเลนส์สัมผัสสามารถทำได้อย่างเสรีโดยไม่ต้องได้รับอนุญาตแต่อย่างใด ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐสิงคโปร์ พบว่า การจำหน่ายเลนส์สัมผัสในสองประเทศดังกล่าว ผู้ซื้อต้องมีใบสั่งจ่าย (Prescription) ที่ออกโดยบุคลากรผู้มีความเชี่ยวชาญด้านเลนส์สัมผัสมาแสดง เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าผู้ซื้อไม่มีความเสี่ยงต่อสุขภาพตาที่เหมาะสมในการสวมใส่เลนส์สัมผัส ยิ่งไปกว่านั้น สาธารณรัฐสิงคโปร์ยังมีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติของบุคคลผู้ที่สามารถจำหน่ายเลนส์สัมผัสได้ อันได้แก่ จักษุแพทย์ นักทัศนมาตร หรือช่างแว่นตาผู้ได้รับการอบรมและได้รับประกาศนียบัตรด้านเลนส์สัมผัสเท่านั้นอีกด้วย

ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 โดยกำหนดให้มีการควบคุมผู้ขายเลนส์สัมผัส เช่นเดียวกับการควบคุมผู้ผลิตและผู้นำเข้า โดยรัฐควรกำหนดให้มีการออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขายเลนส์สัมผัส และกำหนดคุณสมบัติของบุคคลผู้มีสิทธิจำหน่ายเลนส์สัมผัส โดยอาจกำหนดให้จักษุแพทย์และนักทัศนมาตรเป็นผู้มีสิทธิได้รับใบอนุญาตให้จำหน่ายเลนส์สัมผัสได้ หากแต่ในปัจจุบันประเทศไทยมีจำนวนบุคลากรที่ประกอบวิชาชีพดังกล่าวในสัดส่วนที่ไม่เพียงพอต่อจำนวนประชากร จึงควรจัดให้มีการอบรมบุคคลทั่วไปให้มีความรู้ความสามารถที่เพียงพอในการจำหน่ายเลนส์สัมผัสอย่างปลอดภัยและจัดให้มีการสอบเพื่อรับใบอนุญาตขายได้ อีกทั้ง มีข้อเสนอแนะให้กำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ขายเลนส์สัมผัสโดยไม่มีใบอนุญาต เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองผู้สวมใส่เลนส์สัมผัสในประเทศไทยต่อไป

คำสำคัญ: มาตรการทางกฎหมายอาญา, เลนส์สัมผัส, เครื่องมือแพทย์

Abstract

This research article focuses on the study of criminal measures regarding the sale of contact lenses. Presently, there are a number of contact lens wearers in Thailand, especially juveniles and teenagers, who use contact lenses for vision correction or cosmetic purposes. However, The Medical Device Act B.E. 2551 (2008) classifies contact lenses as medical devices. This is because of its possible harmfulness whereby a misuse of contact lenses may affect wearers' health. If the contact lens business doers, especially contact lens sellers who are closest to consumers, are able to sell contact lenses freely without adequate knowledge and carefulness nor being regulated by the government, it may result in severe eye conditions in contact lens wearers. Accordingly, contact lens sellers should be appropriately controlled in order to provide the highest safety standards to contact lens users in Thailand. The researcher, therefore, studied the guidelines aimed at controlling contact lens sellers by focusing on the imposition of criminal measures in order to effectively regulate the sale of contact lens and help reduce the risk of eye injuries in contact lens wearers. The researcher also compared the regulatory controls for contact lens in the United States and the Republic of Singapore as to be guidelines on which a revision of contact lenses-related laws of Thailand could be based.

The study finds that there has currently been no law or regulation that controls contact lens sellers in Thailand. The Medical Device Act B.E. 2551 (2008) only stipulates that contact lens manufacturers and importers must be controlled, and that production and import of contact lenses need to be approved by the government. However, on the part of the sellers, the law only requires them to certify that all contact lens products are appropriately labeled. Given that contact lenses are hazardous that can affect the well-being of the wearers, the existing control is considered insufficient. When compared to those legal measures of the United States and the Republic of Singapore, it is worth noting that both countries have put in place laws that clearly prescribe the qualifications of people who can sell contact lenses, including ophthalmologists, optometrists and certified opticians who are specially trained to sell contact lenses. In addition, contact lens buyers in the above-mentioned

countries are required to present their prescriptions issued by contact lens specialists. This is to make certain that the buyers have proper optometry and proper eye health to wear contact lenses.

Consequently, this research article recommends that there should be amendment to certain provisions of the Medical Device Act B.E. 2551 (2008), in order to control contact lens sellers in the same manner as it does to manufacturers and importers. The government may require all contact lens sellers to be licensed and specify the qualifications for those who intend to sell contact lenses. Even though ophthalmologists and optometrists may automatically be eligible to register for a license to sell contact lenses, the current number of eye care professionals in Thailand is ostensibly insufficient. Accordingly, training course should be provided to ordinary people to have sufficient knowledge and basic safety rules in the field of contact lenses, with those having completed the training being required to pass an examination in order to receive a sale license. This research article also suggests to impose criminal measures and penalties on those selling contact lenses without having a sale license, with a view to protecting contact lens wearers in Thailand.

Keywords: criminal measures, contact lenses, medical device

1. บทนำ

ปัจจุบันในประเทศไทยมีการจำหน่ายเลนส์สัมผัส หรือที่เรียกทับศัพท์ว่า คอนแทคเลนส์ (Contact Lenses) กันอย่างแพร่หลายทั้งตามห้างสรรพสินค้า ร้านสะดวกซื้อ แผงลอยริมทางเท้า ตลาดนัด หรือแม้กระทั่งบนร้านค้าออนไลน์ ซึ่งมีอัตราการเติบโตสูงขึ้นทุกปี โดยคำว่า “จำหน่าย” ในรายงานวิจัยฉบับนี้ ผู้วิจัยมีได้ต้องการมุ่งถึงเพียงแค่การ “ขาย” เลนส์สัมผัสเท่านั้น หากแต่คำจำกัดความของคำว่า “จำหน่าย” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานยังมีความหมายครอบคลุมไปถึง การขายง่าย แลกเปลี่ยน โอน อีกด้วย

อันตรายจากการสวมใส่เลนส์สัมผัสที่คุณภาพต่ำหรือไม่มีคุณภาพเพียงพอ หรือจากการสวมใส่เลนส์สัมผัสที่มีลักษณะไม่เหมาะสมกับดวงตา ตลอดจนจากการเก็บรักษาเลนส์สัมผัสอย่างไม่สะอาด ถูกสุขอนามัย อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางตาของผู้สวมใส่ได้หลายประการ เช่น อาจก่อให้เกิดการติดเชื้อโดยเฉพาะเชื้อแบคทีเรียบางชนิดที่ส่งผลกระทบต่อดวงตา หรืออาจทำให้เกิดภาวะหลอดเลือดเข้ากระจกตาอันเกิดจากการที่กระจกตาขาดออกซิเจน ซึ่งอาจส่งผลทำให้ตาบอดได้ นอกจากนี้ การที่เลนส์สัมผัสทำปฏิกิริยากับสารเคมีที่ใช้เป็นน้ำยาในการล้างหรือแช่เลนส์ยังอาจก่อให้เกิดอาการเยื่อตาอักเสบได้อีกด้วย¹

ในส่วนของมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมเลนส์สัมผัสของประเทศไทยนั้น กระทรวงสาธารณสุขได้ออกประกาศเรื่องเลนส์สัมผัส โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งในข้อ 3 ของประกาศฉบับนี้กำหนดให้เลนส์สัมผัสเป็นเครื่องมือแพทย์ และข้อ 4 กำหนดให้ผู้ผลิตและผู้นำเข้าเลนส์สัมผัสมีหน้าที่ต้องดำเนินการขอรับใบอนุญาต อีกทั้ง ในข้อ 5 ยังกำหนดให้ผู้ผลิตและผู้นำเข้าจัดให้มีฉลากอันระบุถึงรายละเอียดต่าง ๆ บนบรรจุภัณฑ์เลนส์สัมผัส ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้างต้นเห็นได้ว่า ในปัจจุบันประเทศไทยมีมาตรการควบคุมเฉพาะกับการผลิตและการนำเข้าเลนส์สัมผัสเท่านั้น แต่ยังขาดมาตรการที่เพียงพอในการควบคุมการจำหน่ายเลนส์สัมผัส เนื่องจากการจำหน่ายเลนส์สัมผัสนั้นผู้จำหน่ายสามารถจำหน่ายได้ไม่ต้องขอรับใบอนุญาตจากภาครัฐแต่อย่างใด ทั้งที่ผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสเป็นบุคคลผู้ใกล้ชิดกับผู้บริโภคมากที่สุด จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการกำหนดมาตรการที่รัดกุมยิ่งขึ้นในการกำกับดูแลการจำหน่ายเลนส์สัมผัส เพื่อยกระดับมาตรฐานในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน

บทความนี้มุ่งเสนอปัญหา ความสำคัญ และความจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการสำหรับควบคุมผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส ทั้งนี้ เพื่อนำผลการศึกษามาจัดทำข้อเสนอแนะในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองประชาชนผู้สวมใส่เลนส์สัมผัสในประเทศไทยต่อไป

¹ภาควิชาจักษุวิทยา คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล, สวดยด้วย..คอนแทคเลนส์จริงหรือ [Online], available URL: <https://si.mahidol.ac.th/th/healthdetail.asp?aid=672>, 2020 (พฤศจิกายน, 1).

2. ระเบียบวิธีวิจัย

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1.1 เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมา ความหมาย แนวคิดและทฤษฎี ที่เกี่ยวกับเลนส์สัมผัส และการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส

2.1.2 เพื่อศึกษาการกำหนดขอบเขตหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัส

2.1.3 เพื่อศึกษาการกำหนดความผิดและโทษทางอาญากับผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส

2.1.4 เพื่อศึกษาการกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิจำหน่ายเลนส์สัมผัส

2.1.5 เพื่อหาข้อเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาที่ใช้ควบคุมผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส

2.2 สมมติฐานการวิจัย

เลนส์สัมผัสเป็นอุปกรณ์ที่ใช้กับร่างกายของมนุษย์ ซึ่งหากใช้หรือเก็บรักษาอย่างไม่ถูกต้อง และไม่มีมาตรฐานด้านสุขอนามัยที่เพียงพออาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายได้หลายประการ ในการแก้ไขปัญหาการจำหน่ายเลนส์สัมผัสโดยขาดการควบคุมนั้นจำเป็นต้องนำมาตราทางกฎหมายอาญามาบังคับใช้ เพื่อกำหนดให้การจำหน่ายเลนส์สัมผัสต้องมีการขออนุญาต และกำหนดให้ผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสโดยไม่ได้รับอนุญาตต้องรับโทษทั้งจำคุกและปรับ เพื่อป้องปรามผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส ซึ่งเป็นคนกลางระหว่างผู้ผลิตหรือผู้นำเข้ากับประชาชนทั่วไปให้เกิดความเกรงกลัวและใช้ความระมัดระวังในการจำหน่ายเลนส์สัมผัส ซึ่งจะส่งผลให้การจำหน่ายเลนส์สัมผัสเป็นไปอย่างมีมาตรฐานรัดกุม เกิดความปลอดภัยสูงสุดต่อประชาชน

2.3 ขอบเขตการวิจัย

2.3.1 ทบทวนวรรณกรรมด้วยการศึกษาประวัติความเป็นมา ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเลนส์สัมผัส และการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส

2.3.2 ศึกษากฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดทางอาญาและโทษที่ใช้ในการควบคุมผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส ตลอดจนศึกษากฎหมายของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐสิงคโปร์ โดยมีการสรุปเชิงเปรียบเทียบกฎหมายทั้งสามประเทศ

2.3.3 วิเคราะห์การกำหนดขอบเขตหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัส

2.3.4 วิเคราะห์การกำหนดความผิดและโทษทางอาญากับผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส

2.3.5 วิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิจำหน่ายเลนส์สัมผัส

2.4 วิธีดำเนินการวิจัย

รายงานวิจัยฉบับนี้ เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพโดยการใช้วิธีการวิจัยทางกฎหมาย (Doctrinal legal research) ซึ่งเป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลจากเอกสาร ได้แก่ หนังสือ วารสาร บทความ รายงานวิจัย ตลอดจนข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ จากนั้นนำข้อมูลทั้งหมดมาวิเคราะห์โดยเน้นการวิเคราะห์บทบัญญัติแห่งกฎหมายและวิเคราะห์ในประเด็นการกำหนดขอบเขตหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัส การกำหนดความผิดและโทษทางอาญากับผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส ตลอดจนการกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิจำหน่ายเลนส์สัมผัส

3. ประวัติความเป็นมา ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเลนส์สัมผัส และการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส

3.1 ประวัติความเป็นมาของเลนส์สัมผัส

เลนส์สัมผัส เป็นวิวัฒนาการทางจักษุวิทยาที่นำมาใช้แทนแว่นตา โดยในปี ค.ศ. 1508 ลีโอนาร์โด ดา วินชี (Leonardo da Vinci) ชาวอิตาลี เป็นบุคคลแรกที่มีแนวคิดในการนำเลนส์ที่มีขนาดเท่าดวงตาวางลงบนกระจกตาเพื่อแก้ไขปัญหาทางสายตา และได้ตีพิมพ์แนวคิดนี้ในหนังสือชื่อ “Codex of the Eye, Manual D” ต่อมาในปี ค.ศ. 1929 ดร.ดาลลอส (Dr.Dallos) ชาวฮังการี เป็นคนแรกที่สามารถผลิตเลนส์สัมผัสที่เหมาะสมสำหรับใช้กับดวงตาได้ โดยเป็นเลนส์ขนาดเล็กพอดีกับตาตัวอย่างทุกวันนี้² จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1960 นักเคมีชาวเชโกสโลวาเกีย ได้คิดค้นพลาสติกชนิดใหม่ขึ้นซึ่งสามารถดูดน้ำเข้าไปในตัวเองได้ จึงมีการผลิตเลนส์สัมผัสชนิดนิ่ม (Soft Contact Lenses) ซึ่งต่อมารัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ขอซื้อลิขสิทธิ์ และพัฒนาจนสามารถนำออกจำหน่ายได้ในปี ค.ศ. 1971 โดยใช้กันอย่างแพร่หลายเรื่อยมา จนกระทั่งปี ค.ศ. 1999 เกิดการปฏิวัติวงการเลนส์สัมผัสด้วยการออกแบบโดยลดความหนาของขอบและไม่มีวงขอบนอก อีกทั้ง ได้นำ Silicone Hydrogels มาผลิตเลนส์สัมผัสที่ออกซิเจนสามารถผ่านได้ ซึ่งนิยมใช้เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน³

²หนังสือ 108 ของคำถาม, จุดกำเนิดของคอนแทคเลนส์ [Online], available URL: <http://qt lens.blogspot.com/2009/05/blog-post.html>, 2020 (พฤษภาคม, 1).

³ฉลมา ทองเปล่งศรี, บทความการดูแลสุขภาพ และเคล็ดลับเพื่อสุขภาพดี [Online], available URL: <http://www.healthcarethai.com/เลนส์สัมผัส>, 2020 (พฤษภาคม, 5).

3.2 ความหมายและประเภทของเลนส์สัมผัส

เลนส์สัมผัส มีนิยามตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง เลนส์สัมผัส ลงวันที่ 14 ตุลาคม 2553 ว่า “ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตจากโพลีเมอร์ หรือวัสดุอื่นที่มีลักษณะเป็นแผ่นใช้ครอบบนกระจกตา (Cornea) เพื่อแก้ไขความผิดปกติของสายตา รักษาโรคที่เกี่ยวข้องกับตา ความสวยงาม หรือวัตถุประสงค์อื่น” หรือกล่าวให้เข้าใจได้ง่ายว่า เลนส์สัมผัส คือ เลนส์ชิ้นเล็ก ๆ สำหรับใส่ติดกับดวงตา (แปะอยู่ที่กระจกตาหรือตาดำ) โดยวัตถุประสงค์ของการใส่เลนส์สัมผัสนั้นอาจมีหลายประการ เช่น การแก้ไขปัญหาสายตา (สั้น ยาว เอียง สูงอายุ) การรักษาโรค ตลอดจนการสวมใส่เพื่อความสวยงาม เป็นต้น⁴

เลนส์สัมผัสที่นิยมใช้ในปัจจุบันนั้น สามารถแบ่งแยกออกได้เป็นหลายประเภท โดยอาจแบ่งตามเนื้อของวัสดุที่นำมาใช้ผลิต ได้แก่ เลนส์สัมผัสชนิดแข็ง สามารถใช้ได้นานและมีความคงทนต่อการเกิดรอยขีดขูดสูง แต่อาจรู้สึกไม่สบายในขณะที่สวมใส่ เลนส์สัมผัสชนิดนิ่ม มีลักษณะนิ่ม บิดงอได้ มีคุณสมบัติในการอุ้มน้ำสูงกว่าชนิดแข็ง ใช้งานง่ายและสะดวกสบายมากขึ้น และเลนส์ชนิดกึ่งแข็งกึ่งนิ่ม เป็นเลนส์ชนิดใหม่ทำด้วยซิลิโคน แต่ปัจจุบันยังอยู่ในขั้นทดลองใช้⁵ นอกจากนี้ยังอาจแบ่งประเภทของเลนส์สัมผัสออกได้ตามวัตถุประสงค์ในการใช้งาน เช่น ประเภทที่ใส่ได้ไม่เกิน 12 ชั่วโมง (Daily wear lenses) ประเภทที่ใส่ได้ติดต่อกันนานเกินกว่า 24 ชั่วโมง (Extended wear lenses) หรือประเภทที่ผสมสีใส่เพื่อความสวยงาม เป็นต้น

3.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา

3.3.1 หลักการกำหนดความผิดทางอาญา

แนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญานั้นเป็นสิ่งที่รัฐใช้เพื่อจัดระเบียบสังคม โดยมีนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า กฎหมายอาญาและศีลธรรมมีความเกี่ยวพันกัน และอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากฎหมายอาญานั้นไม่ได้เกี่ยวพันกับศีลธรรมเลย แต่เป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อดูแลรักษาสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้น⁶ ซึ่งแนวทางที่เห็นว่าศีลธรรมมีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมายอาญานั้น อธิบายว่าเมื่อกฎหมายอาญามีความสอดคล้องกับหลักศีลธรรมแล้วย่อมส่งผลให้การบังคับใช้ไม่ยาก

⁴หมอแว่น, คอนแทคเลนส์ : ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับคอนแทคเลนส์ [Online], available URL: <http://doctorvision.net/ความรู้ทั่วไปสำหรับคอน>, 2020 (พฤษภาคม, 5).

⁵ฉันทกา สุปิยพันธุ์, “ประโยชน์ของเลนส์สัมผัสในปัจจุบันและในทศวรรษข้างหน้า,” *วารสารเวชศาสตร์เขตเมือง* 62, 2 (มีนาคม - เมษายน 2561): 133 - 136.

⁶สกล นิศารัตน์, “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม: แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 11.

ลำบากนัก เพราะผู้ที่คิดฝ่าฝืนก็ต้องคำนึงอยู่เสมอว่าตนมิได้ฝ่าฝืนเฉพาะกฎหมายเท่านั้น แต่ยังมีฝ่าฝืนหลักศีลธรรมอีกด้วย⁷ อย่างไรก็ตาม มีหลายการกระทำที่อาจผิดศีลธรรมแต่ไม่ผิดกฎหมายอาญา และก็มีบางการกระทำที่ไม่ผิดศีลธรรมแต่ผิดกฎหมายอาญา จึงเห็นได้ว่าศีลธรรมและกฎหมายอาญาไม่ได้สอดคล้องกันในทุกกรณี จะใช้ศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาไปตายตัวไม่ได้⁸ ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การที่รัฐจะนำเอาการกระทำใดมาบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายอาญานั้น ควรเป็นกรณีที่รัฐเห็นว่ามิมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างแท้จริงเท่านั้น และไม่มีทางอื่นที่จะแก้ไขได้นอกจากกำหนดให้เป็นความผิดอาญา

ศาสตราจารย์เฮร์เบิร์ต แอล. แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ได้เสนอแนวทางในการพิจารณาถึงพฤติกรรมที่ควรกำหนดเป็นความผิดอาญาไว้ กล่าวโดยสรุปได้ว่า พฤติกรรมที่ควรเป็นความผิดอาญา ควรเป็นการกระทำที่เห็นได้ชัดว่า กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมาก มิได้ให้อภัยแก่การกระทำนั้น ซึ่งหากการกระทำดังกล่าวถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแล้วจะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ กล่าวคือ ส่งผลให้การกระทำผิดลดลง นอกจากนั้น การปราบปรามการกระทำเช่นนั้นจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป อีกทั้ง หากการบัญญัติให้กระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว จะต้องมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันได้ โดยจะต้องไม่เป็นการใช้กระบวนการยุติธรรมอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ และประการสุดท้าย คือ การกระทำนั้นต้องไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น⁹

3.3.2 หลักการกำหนดโทษทางอาญา

โทษอาญานั้นเป็นโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย ตลอดจนทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดอย่างยิ่ง โดยศาสตราจารย์เฮร์เบิร์ต แอล. แพ็กเกอร์ ได้วิเคราะห์ไว้ว่า “ความหมายของการลงโทษที่แท้จริง หมายถึง การใช้กฎหมายทำให้ผู้ที่ต้องรับโทษต้องประสบความยากลำบากหรือเหตุการณ์รูปแบบอื่น ๆ ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสภาวะที่ไม่พึงปรารถนา ทั้งนี้ เพื่อเป็นไปตามผลแห่งการกระทำความผิดซึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดโดยกฎหมาย”¹⁰

⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินต์ติ้ง), หน้า 2.

⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁹ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California: Stanford University Press, 1968), p. 296.

¹⁰ Ibid., p. 21.

ทฤษฎีการลงโทษตามจุดมุ่งหมายของกฎหมายอาญานั้น มีวัตถุประสงค์หลายประการ กล่าวโดยสรุปได้ ดังนี้ ประการแรก การลงโทษนั้นเป็นการแก้แค้นตอบแทน ซึ่งส่งผลให้สังคมส่วนใหญ่พอใจ ตลอดจนตัวผู้กระทำความผิดยินดีที่จะรับโทษตามสัดส่วนของความผิดที่ตนได้กระทำลงไป ประการต่อมา การลงโทษยังเป็นการชุกำราบ (ป้องปราม) ซึ่งการลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยโทษอันรุนแรงก็เป็นไปเพื่อที่จะป้องปรามผู้กระทำความผิดนั่นเองและเพื่อไม่ให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่าง ซึ่งแนวคิดนี้เกิดจากความเชื่อที่ว่าบุคคลจะคิดก่อนที่ตนจะกระทำสิ่งใด และเมื่อคิดแล้วก็จะคำนวณดูว่าการที่ตนจะกระทำเช่นนั้นหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับผลดีหรือผลร้ายที่จะได้รับ และวัตถุประสงค์ประการสุดท้าย คือ เพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เคยใช้อยู่ในศาสนาคริสต์ตั้งแต่ครั้งโบราณกาล เช่น การสารภาพบาปเพื่อให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสเริ่มต้นชีวิตใหม่ เป็นต้น¹¹

4. มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัส ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

4.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัสตามกฎหมายต่างประเทศ

4.1.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัสตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกามีการกำหนดหลักเกณฑ์หลายประการที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัส เริ่มตั้งแต่การควบคุมที่ตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัส โดยในขั้นตอนของการผลิตและนำเข้านั้น ผู้ผลิตเลนส์สัมผัสต้องมีการทดลองและทดสอบถึงความปลอดภัยต่อผู้ใช้ (Clinical Test) และรายงานข้อมูลให้องค์การอาหารและยา หรือ Food and Drug Administration (FDA) ทราบ หากองค์การอาหารและยาตรวจสอบแล้วว่า ข้อมูลที่ทางผู้ผลิตส่งให้ไม่ถูกต้องก็สามารถลงโทษปรับแก่ผู้ผลิตได้ แต่หากตรวจสอบแล้วมีความถูกต้องได้มาตรฐานก็จะออกไปอนุญาตให้ผลิตเลนส์สัมผัสออกสู่ตลาดได้ ในส่วนของการนำเข้าเลนส์สัมผัสนั้น องค์การอาหารและยามีบทบาทในการควบคุมคุณภาพของเลนส์สัมผัสที่นำเข้ามาโดยวิธีการตรวจสอบ ทดสอบ และทดลอง ก่อนที่จะออกไปอนุญาตให้นำเข้ามาในประเทศได้ (Premarket Notification) โดยวิธีการและมาตรฐานเช่นเดียวกับเลนส์สัมผัสที่ผลิตในประเทศ ซึ่งแนวทางในการกำหนดมาตรฐานต่าง ๆ นั้น เป็นไปตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ ค.ศ. 1990 (The Safe Medical Devices Act of 1990)¹²

¹¹ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ทฤษฎีอาญา ทฤษฎีโทษ และกระบวนการขึ้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 82.

¹² ดนัย ต้นเกิดมงคล, “บททวนเรื่องคอนแทคเลนส์ในปัจจุบัน,” วารสารวันเลือกตั้งชาวแวนตาสมาคมส่งเสริมวิชาการแวนตาแห่งประเทศไทย 14 (เมษายน 2547): 30 - 32.

เมื่อพิจารณาถึงกระบวนการตรวจวัดค่าสายตาเพื่อประกอบแว่นสายตาและเลนส์สัมผัสในสหรัฐอเมริกากฎหมายกำหนดให้ เฉพาะผู้ประกอบวิชาชีพบางประเภทซึ่งได้รับอนุญาตเท่านั้นที่จะสามารถกระทำได้ กล่าวคือ ผู้ที่สามารถตรวจวัดค่าสายตาได้นั้น ต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเป็นนักทัศนมาตร (Optometrist)¹³ ผู้ซึ่งสามารถให้บริการเกี่ยวกับสายตาในด้านต่าง ๆ ได้ อาทิ ตรวจสอบระดับการมองเห็นและวัดค่าสายตาเพื่อออกใบสั่งจ่ายแว่นสายตาและเลนส์สัมผัส ตรวจสอบความผิดปกติต่าง ๆ ที่เกิดกับดวงตา รวมถึงดูแลอาการของดวงตาภายหลังที่มีการผ่าตัดที่เกี่ยวข้องกับดวงตา เป็นต้น¹⁴ นอกจากนี้ ยังมีอีกวิชาชีพหนึ่ง ได้แก่ จักษุแพทย์ (Ophthalmologist) ผู้ซึ่งสามารถให้บริการทางด้านดวงตาในด้านต่าง ๆ ได้เพิ่มขึ้น เช่น การตรวจวัดค่าสายตา การผ่าตัดดวงตา การรักษาโรคต่าง ๆ รวมถึงการรักษาแผลที่ดวงตา ตลอดจนการทำศัลยกรรมพลาสติกที่เกี่ยวข้องกับดวงตา เป็นต้น แต่จักษุแพทย์ส่วนใหญ่มักเลือกไปประกอบอาชีพทางด้านดวงตาที่อาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะหรือมีความซับซ้อนซับซ้อนมากกว่าการตรวจวัดสายตาทั่วไป¹⁵ นอกจากนี้ ในสหรัฐอเมริกายังมีอีกวิชาชีพหนึ่ง คือ ช่างแว่นตาหรือช่างเลนส์สัมผัส (Optician) ผู้ซึ่งต้องผ่านหลักสูตรการฝึกอบรมเป็นระยะเวลาประมาณ 1-2 ปี บุคคลกลุ่มนี้แม้จะมีอาชีพที่เกี่ยวข้องกับดวงตาแต่ไม่สามารถตรวจวัดค่าสายตาได้และสามารถให้บริการที่เกี่ยวข้องกับดวงตาได้อย่างจำกัด กล่าวคือ สามารถรับใบสั่งจ่าย (Prescription) เพื่อจ่ายแว่นสายตาและเลนส์สัมผัสตามที่นักทัศนมาตรและจักษุแพทย์ออกให้ ตลอดจนสามารถปรับระดับ ซ่อมแซม และให้คำแนะนำเกี่ยวกับการเลือกเลนส์สัมผัสและกรอบแว่นสายตาได้เท่านั้น¹⁶

ในส่วนของมาตรการในการควบคุมการจำหน่ายเลนส์สัมผัสในสหรัฐอเมริกานั้น ตามกฎหมายเครื่องมือแพทย์ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1976 (Medical Device Amendments หรือ MDA 1976) กำหนดให้เลนส์สัมผัสโดยทั่วไปทั้งเลนส์สัมผัสชนิดที่มีค่าสายตาและชนิดที่ไม่มีค่าสายตาเป็นเครื่องมือแพทย์ประเภทที่ 2 (Class II) ซึ่งจัดว่าเป็นเครื่องมือแพทย์ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายขึ้นได้ในระดับปานกลาง ยกเว้นเลนส์สัมผัสที่ใช้ใส่ระยะยาว (Extended-wear contact lenses) ที่ถูก

¹³Eleesha Lockett, **Optometrist vs. Ophthalmologist: What's the Difference?** [Online], available URL: <https://www.healthline.com/health/eye-health/optometrist-vs-ophthalmologist#ophthalmologist>, 2020 (May, 1).

¹⁴Shawna Seed, **Eye Doctors: Optometrists and Ophthalmologists** [Online], available URL: <https://www.webmd.com/eye-health/eye-doctors-optometrists-ophthalmologists>, 2020 (May, 1).

¹⁵Laurie Lesser, **Opticians, Optometrists, and Ophthalmologists: What's the Difference?** [Online], available URL: <https://www.americasbest.com/patient-education/eye-exams/optometrist-ophthalmologist>, 2020 (May, 5).

¹⁶Shawna Seed, op. cit.

กำหนดให้เป็นเครื่องมือแพทย์ประเภทที่ 3 (Class III)¹⁷ ซึ่งจัดว่าเป็นเครื่องมือแพทย์ที่มีความเสี่ยงหรืออันตรายสูง ทั้งนี้ การควบคุมการจำหน่ายเลนส์สัมผัสในสหรัฐอเมริกานั้นมีความเข้มงวดอย่างยิ่ง โดยในปี ค.ศ. 2003 รัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมาย Fairness to Contact Lens Consumers Act 2003 ขึ้น และกำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยการค้าแห่งสหพันธรัฐ หรือ The Federal Trade Commission (FTC) ออกระเบียบเกี่ยวกับเลนส์สัมผัส (Contact Lens Rule) ขึ้นในปี ค.ศ. 2004¹⁸ ซึ่งกำหนดให้การจำหน่ายเลนส์สัมผัสไม่ว่าจะเป็นชนิดที่ใช้เพื่อการปรับค่าสายตาหรือเพื่อความสวยงามต้องได้รับการควบคุม โดยในมาตรา 5 แห่งระเบียบดังกล่าว กำหนดให้ใบสั่งจ่ายเลนส์สัมผัสมีอายุ 1 ปีนับแต่วันที่ออก แต่อุญาตให้แต่ละมลรัฐอาจกำหนดเองเพื่อให้มีอายุ 2 ปีหรือตามดุลยพินิจของจักษุแพทย์หรือนักทัศนมาตร ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละมลรัฐกำหนด¹⁹ อนึ่ง สหรัฐอเมริกายังกำหนดความผิดและโทษของผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสโดยไม่มีใบสั่งจ่ายไว้ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา หรือ United States Code (U.S.C.) ฉบับที่ 21 เรื่องอาหารและยา (Food and Drugs) มาตรา 331 ซึ่งกำหนดให้การจำหน่ายเลนส์สัมผัสโดยไม่มีใบสั่งจ่ายมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 100,000 ดอลลาร์สหรัฐอีกด้วย²⁰

4.1.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัสตามกฎหมายสาธารณสุขสิงคโปร์

กฎหมายเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ด้านสุขภาพ ค.ศ. 2007 (Health Products Act 2007) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ กำหนดให้เลนส์สัมผัสไม่ว่าจะเป็นประเภทที่มีค่าสายตาหรือไม่มีค่าสายตา เป็นเครื่องมือแพทย์ประเภท B ซึ่งหมายถึง เครื่องมือแพทย์ที่มีความเสี่ยงระดับกลางที่จำเป็นต้องได้รับการควบคุม โดยผู้ผลิต ผู้นำเข้า และผู้ค้าส่งเลนส์สัมผัสต้องมีการจดทะเบียนและต้องขอรับใบอนุญาตในการผลิต นำเข้า และเก็บรักษา อีกทั้ง ยังมีบทบัญญัติกำหนดให้การนำเข้าเลนส์สัมผัสปลอม (Counterfeit) เป็นความผิดอีกด้วย ทั้งนี้ มาตรา 15 ของกฎหมายฉบับดังกล่าว ได้กำหนดโทษ

¹⁷Johnson & Johnson Vision Care, Inc., **Contact lenses and food and drug administration** [Online], available URL: <https://jnvisioncareinfo.com/contact-lenses-and-food-and-drug-administration>, 2020 (May, 7).

¹⁸Gary Heiting and Adam Debrowski, **Can I Buy Contacts Without a Prescription?** [Online], available URL: <https://www.allaboutvision.com/contacts/faq/where-no-rx.htm>, 2020 (May, 7).

¹⁹U.S. Government Publishing Office, **FAIRNESS TO CONTACT LENS CONSUMERS ACT** [Online], available URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-108publ164/pdf/PLAW-108publ164.pdf>, 2020 (May, 8).

²⁰Paul Wallin, **Selling Contact Lenses Without a Prescription** [Online], available URL: <https://www.wklaw.com/selling-contact-lenses-without-prescription>, 2020 (May, 8).

สำหรับผู้ครอบครองเลนส์สัมผัสที่ไม่ได้รับการขึ้นทะเบียนไว้ โดยต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 50,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ ในมาตรา 12 และมาตรา 13 ยังกำหนดโทษสำหรับผู้ผลิตและผู้นำเข้าเลนส์สัมผัสโดยไม่ได้รับอนุญาตและไม่ได้รับการขึ้นทะเบียน โดยต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 50,000 ดอลลาร์สิงคโปร์หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ เช่นเดียวกัน อีกทั้ง ในมาตรา 13 ของกฎหมายฉบับดังกล่าว ยังกำหนดโทษสำหรับผู้นำเข้าเลนส์สัมผัสปลอม โดยต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 100,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับอีกด้วย²¹

นอกจากนั้น สาธารณรัฐสิงคโปร์ยังได้กำหนดมาตรการในการตรวจวัดสายตา และกำหนดคุณสมบัติของผู้ตรวจวัดสายตาและวินิจฉัยความผิดปกติด้านการมองเห็นไว้ โดยกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพสองประเภท ได้แก่ นักทัศนมาตร (Optometrist) และช่างแว่นผู้ซึ่งได้รับการขึ้นทะเบียน (Registered Optician) เท่านั้น ที่สามารถดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับการตรวจวัดสายตาได้ ทั้งนี้ กฎหมายเกี่ยวกับนักทัศนมาตรและช่างแว่น (Optometrists & Opticians Act 2007) กำหนดให้นักทัศนมาตรสามารถดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับดวงตาได้ อาทิ การตรวจวัดค่าสายตา การออกใบสั่งจ่ายอุปกรณ์ที่เกี่ยวกับดวงตา การตรวจสอบความผิดปกติของดวงตาบางประเภท ตลอดจนการปฏิบัติงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดูแลรักษาดวงตา และกำหนดให้ช่างแว่นผู้ซึ่งได้รับการขึ้นทะเบียนกับกระทรวงสาธารณสุขสามารถดำเนินการบางประเภทเกี่ยวกับดวงตาได้แต่จำกัดกว่านักทัศนมาตร อาทิ การตรวจวัดค่าสายตาให้กับบุคคลผู้มีอายุตั้งแต่ 8 ปีขึ้นไป การอ่านและแปลผลค่าสายตาจากใบสั่งจ่าย (Prescription) ที่ออกโดยผู้ปฏิบัติงานทางการแพทย์และนักทัศนมาตร การเก็บรักษา ตรีเตรียม และจ่ายอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับดวงตาดวงตาที่เกี่ยวกับเลนส์สัมผัส (แต่สามารถจ่ายเลนส์สัมผัสได้ในกรณีที่ได้รับประกาศนียบัตรเฉพาะด้านเกี่ยวกับเลนส์สัมผัส) ตลอดจนการประกอบแว่นตาและปรับแต่งอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับดวงตา²² จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวของสาธารณรัฐสิงคโปร์มีบทบัญญัติในการจำกัดประเภทของบุคคลที่สามารถจ่ายหรือจำหน่ายเลนส์สัมผัสไว้เฉพาะเจาะจง โดยกำหนดให้เฉพาะบุคคลผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นนักทัศนมาตรและผู้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพช่างแว่นที่ได้รับประกาศนียบัตรด้านเลนส์สัมผัส (Contact Lenses Practice Certificate) เท่านั้น ที่สามารถเก็บรักษา ตรีเตรียม และจ่ายเลนส์สัมผัสได้ ซึ่งรวมทั้ง

²¹Health Sciences Authority, **Contact Lens Controls** [Online], available URL: https://www.hsa.gov.sg/docs/default-source/hprg/regulatory-updates/contact-lens-briefing_19-aug-2011.pdf, 2020 (May, 10).

²²Ministry of Health Singapore, **Career and Practices Details optometrists-opticians** [Online], available URL: <https://www.moh.gov.sg/hpp/allied-health-professionals/career-practices/CareerNPracticesDetails/optometrists-opticians.>, 2020 (May, 8).

เลนส์สัมผัสประเภทที่มีค่าสายตาและประเภทที่ไม่มีค่าสายตา ตลอดจนเลนส์สัมผัสเพื่อความงาม ทั้งนี้ บุคคลทั้งสองประเภทดังกล่าวจะออกใบสั่งจ่ายให้ผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อต้องนำใบสั่งจ่ายเลนส์สัมผัสไปแสดง ด้วยเสมอในการซื้อหรือรับบริการที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัส ทั้งนี้ ใบสั่งจ่ายเลนส์สัมผัสนี้มีอายุ 1 ปี นับแต่วันที่ออกเท่านั้น²³

4.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัสในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยนั้น ในปี พ.ศ. 2553 กระทรวงสาธารณสุขได้ออกประกาศ เรื่อง เลนส์สัมผัส โดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 กำหนดให้เลนส์สัมผัสทุกประเภทเป็นเครื่องมือแพทย์ที่ต้องมีการควบคุมและกำกับดูแลในการผลิต และการนำเข้าเท่านั้น แต่ยังมีได้กำหนดให้มีมาตรการที่เพียงพอในการควบคุมการจำหน่ายเลนส์สัมผัส เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมิได้กำหนดให้ผู้ขายเลนส์สัมผัสต้องได้รับอนุญาต อีกทั้ง ยังไม่มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ขายเลนส์สัมผัสไว้แต่อย่างใด ส่งผลให้การคุ้มครองสุขภาพและความปลอดภัย ด้านดวงตาของประชาชนยังไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากล จึงนำไปสู่ประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณา ในหัวข้อถัดไป

5. ปัญหาในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสในประเทศไทย

5.1 ปัญหาการกำหนดขอบเขตหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัส

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6(1)(ก) ได้กำหนดให้เลนส์สัมผัสเป็นเครื่องมือแพทย์ที่ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าต้องได้รับอนุญาต และเมื่อพิจารณาประกาศ กระทรวงสาธารณสุข เรื่อง เลนส์สัมผัส ลงวันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ข้อ 3 และข้อ 4 ได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันว่า ให้เลนส์สัมผัสเป็นเครื่องมือแพทย์ที่ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าต้องได้รับใบอนุญาต ซึ่งการขออนุญาตนั้นต้องปฏิบัติตามวิธีการ และขั้นตอนตามที่พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์กำหนดไว้ในมาตรา 15 โดยผู้ที่ประสงค์จะผลิตหรือนำเข้าเครื่องมือแพทย์ต้องจดทะเบียนสถานประกอบการต่อผู้อนุญาต ทั้งนี้ การขอจดทะเบียนและการรับจดทะเบียนสถานประกอบการตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง และตามมาตรา 17 กำหนดให้ผู้จดทะเบียนสถานประกอบการที่ประสงค์จะผลิตหรือนำเข้าเครื่องมือแพทย์ตามมาตรา 6(1)(ก) ต้องยื่นคำขออนุญาตและเมื่อผู้อนุญาตออก

²³Eyedealogy (SG), **Contact Lens Regulation in Singapore** [Online], available URL: <https://www.eyedealogy.sg/2019/05/30/contact-lens-regulation-in-sg>, 2020 (May, 8).

ใบอนุญาตให้แล้วจึงจะผลิตหรือนำเข้าได้ อีกทั้ง กฎหมายยังได้กำหนดโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนไว้ในมาตรา 86 กล่าวคือ จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จากบทบัญญัติในการกำหนดความผิดดังได้กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้เฉพาะผู้ผลิตและผู้นำเข้าเลนส์สัมผัสที่ไม่ได้ขออนุญาตเท่านั้นที่มีความผิด แต่มิได้มีการกำหนดให้ผู้ขายโดยไม่ได้รับอนุญาตต้องรับผิดชอบแต่ประการใด อีกทั้ง ยังมีได้บัญญัติถึงบทกำหนดโทษของการขายโดยไม่ได้รับอนุญาตไว้ จึงเป็นหนึ่งในปัญหาสำคัญของมาตรการในการควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัส โดยอาจถือได้ว่าเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจโดยเฉพาะผู้จำหน่ายรายย่อยซึ่งมีความใกล้ชิดกับประชาชนมากที่สุด อาศัยช่องว่างทางกฎหมายนี้จำหน่ายเลนส์สัมผัสโดยขาดความรู้ความเชี่ยวชาญและอาจไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ เนื่องจากไม่มีมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ในการควบคุมการจำหน่าย ส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของประชาชนอย่างร้ายแรงได้

เมื่อพิจารณากฎหมายของสหรัฐอเมริกา ปรากฏว่ามีบทบัญญัติควบคุมขอบเขตหน้าที่ของบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับเลนส์สัมผัสอย่างรัดกุม โดยพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ ค.ศ. 1990 ของสหรัฐอเมริกา (The Safe Medical Devices Act of 1990) กำหนดให้ผู้ผลิตเลนส์สัมผัสต้องทำการทดลองและทดสอบถึงความปลอดภัยต่อผู้ใช้ (Clinical Test) และยังคงต้องแสดงว่าได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดมาตรฐานการผลิต โดยหากองค์การอาหารและยาตรวจสอบแล้วว่าข้อมูลที่ทางผู้ผลิตส่งให้ไม่ถูกต้องอาจลงโทษปรับแก่ผู้ผลิตได้ ในส่วนของการนำเข้าเลนส์สัมผัสนั้นองค์การอาหารและยา (FDA) มีหน้าที่ควบคุมคุณภาพของเลนส์สัมผัสที่นำเข้ามาโดยวิธีการตรวจสอบ ทดสอบ และทดลองจนผ่านมาตรฐานแล้ว จึงออกใบอนุญาตให้นำเข้ามาได้ (Premarket Notification) อีกทั้ง ในส่วนของการจำหน่ายเลนส์สัมผัสในสหรัฐอเมริกานั้น แม้ผู้จำหน่ายจะไม่ต้องขออนุญาตในการจำหน่าย แต่ผู้ซื้อเลนส์สัมผัสต้องมีการแสดงใบสั่งจ่าย (Prescription) ที่ออกโดยจักษุแพทย์หรือนักทัศนมาตรทุกครั้งจึงสามารถซื้อเลนส์สัมผัสได้

สาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีกฎหมายควบคุมผู้ผลิต ผู้นำเข้า และผู้ค้าส่งเลนส์สัมผัสอย่างเคร่งครัดเช่นกัน โดยผู้ประกอบการด้านเลนส์สัมผัสต้องจดทะเบียนและขอรับใบอนุญาตในการผลิต นำเข้า และเก็บรักษาเลนส์สัมผัสด้วย ทั้งนี้ กฎหมายเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ด้านสุขภาพ ค.ศ. 2007 (Health Products Act 2007) กำหนดให้การมีเลนส์สัมผัสที่ไม่ได้รับการขึ้นทะเบียนไว้ในครอบครอง เป็นความผิดตามมาตรา 15 อีกทั้ง บทบัญญัติมาตรา 12 ยังได้บัญญัติถึงการผลิตและการนำเข้าเลนส์สัมผัสโดยไม่ได้รับการอนุญาตและขึ้นทะเบียนไว้ว่าเป็นความผิด นอกจากนี้ ในมาตรา 13 แห่งกฎหมายฉบับดังกล่าว ยังกำหนดให้การนำเข้าเลนส์สัมผัสปลอม (Counterfeit) เป็นความผิดอีกด้วย ทั้งนี้ กฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้กำหนดให้เฉพาะผู้ประกอบการวิชาชีพเป็นนักทัศนมาตร หรือเป็นช่างแว่นที่ได้รับประกาศนียบัตรด้านเลนส์สัมผัสเท่านั้น ที่สามารถเก็บรักษาเตรียม และจำหน่ายเลนส์สัมผัสได้ โดยผู้ซื้อต้องมีใบสั่งจ่าย (Prescription) เช่นเดียวกัน

5.2 ปัญหาการกำหนดความผิดและโทษทางอาญากับผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัส

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติถึงมาตรการในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาของผู้ผลิตและผู้นำเข้าเครื่องมือแพทย์ชนิดต่าง ๆ ที่กระทำผิดกฎหมายไว้ กล่าวเฉพาะในส่วนของเลนส์สัมผัสนั้น พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกำหนดให้ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าจะต้องขออนุญาต หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 24 วรรคสี่ ยังปรากฏบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าเลนส์สัมผัสถือว่าเป็นผู้รับอนุญาตขายเลนส์สัมผัสที่ตนผลิตหรือนำเข้าโดยไม่ต้องยื่นคำขออนุญาตขาย แต่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด ทั้งนี้ ผู้ฝ่าฝืนต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนห้าหมื่นบาท นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง เลนส์สัมผัส พ.ศ. 2553 ข้อ 4 ที่บัญญัติว่า ให้เลนส์สัมผัสเป็นเครื่องมือแพทย์ที่ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าต้องได้รับใบอนุญาต แสดงให้เห็นว่าประกาศฉบับนี้ก็มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมเฉพาะผู้ผลิตและผู้นำเข้าเท่านั้น

จากมาตรการดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่า บทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายกำหนดให้เฉพาะผู้ผลิตและผู้นำเข้าเลนส์สัมผัสโดยไม่ได้รับอนุญาตเท่านั้นที่มีความผิด แต่ในส่วนของผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสหรือที่ตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 เรียกว่า “ผู้ขาย” นั้น ยังไม่มีบทกำหนดความผิดและโทษไว้แต่ประการใด เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้ขายต้องขออนุญาตขาย อีกทั้ง ยังไม่ต้องจดทะเบียนสถานประกอบการ ดังนั้น เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการขออนุญาตขาย ผู้ขายจึงไม่มีความผิดแม้ขายโดยไม่ได้รับอนุญาต จึงถือได้ว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจในส่วนนี้มีที่อยู่อย่างแพร่หลายสามารถจำหน่ายเลนส์สัมผัสได้อย่างเสรี ความเสี่ยงภัยทั้งหมดจึงตกอยู่กับตัวประชาชนเอง ถึงแม้ว่าตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 ได้ปรากฏบทบัญญัติในการควบคุมผู้ขายอยู่บ้าง กล่าวคือ ในมาตรา 44 วรรคสาม ได้กำหนดความผิดของผู้ขายเลนส์สัมผัสไว้ โดยให้ผู้ขายเลนส์สัมผัสดูแลให้มีฉลากและเอกสารกำกับเครื่องมือแพทย์ตามที่ผู้จดทะเบียนสถานประกอบการ ผู้รับอนุญาต ผู้แจ้งรายการละเอียด หรือผู้จัดแจ้งจัดไว้ หากไม่ปฏิบัติตามต้องระวางโทษตามมาตรา 103 คือ ปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท แต่ก็ถือว่าบทลงโทษค่อนข้างต่ำ และเป็นการกำหนดหน้าที่ของผู้ขายเลนส์สัมผัสไว้เพียงแค่ว่าต้องกำกับดูแลให้มีฉลากกำกับเท่านั้น ส่งผลให้การจำหน่ายเลนส์สัมผัสยังคงเป็นไปโดยขาดการควบคุมที่เพียงพอและมีประสิทธิภาพจากหน่วยงานของรัฐ

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากแนวคิดและทฤษฎีที่ใช้ในการพิจารณาว่าการกระทำใดที่ควรกำหนดเป็นความผิดอาญา สามารถนำมาวินิจฉัยได้ว่า ในการคุ้มครองสุขภาพและความปลอดภัยให้กับประชาชนนั้น การจำหน่ายเลนส์สัมผัสซึ่งเป็นเครื่องมือแพทย์ที่มีความละเอียดอ่อน และต้องใช้ความเชี่ยวชาญและความระมัดระวังอย่างสูงในการจำหน่าย ถือเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องนำเอามาตรการทางกฎหมายอาญามาบังคับใช้ เนื่องจากผลกระทบอันเกิดจากการใช้เลนส์สัมผัส

อย่างไม่ถูกต้องและไม่ถูกสุขอนามัยนั้น อาจก่ออันตรายต่อชีวิตและร่างกายของมนุษย์อย่างร้ายแรง อีกทั้ง ยังส่งผลกระทบต่อประชาชนเป็นวงกว้าง ดังนั้น การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาที่เหมาะสมเพื่อใช้ในการควบคุมการจำหน่ายเลนส์สัมผัสจึงมีความจำเป็น เพื่อให้ผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสต้องใช้ความระมัดระวังยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากแนวคิดและทฤษฎีในการลงโทษนั้น สามารถแบ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษออกเป็น 3 ประการ ได้แก่

5.2.1 การแก้แค้นตอบแทน มีผลทำให้สังคมส่วนใหญ่พอใจ ตลอดจนตัวผู้กระทำความผิดที่ยินดีที่จะรับโทษตามสัดส่วนของความผิดที่ตนได้กระทำลงไป

5.2.2 การชุกการาบ (ป้องปราม) เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยโทษอันรุนแรงเพื่อที่จะป้องปรามผู้นั้นหรือบุคคลอื่นมิให้ประพฤติปฏิบัติเอาเยี่ยงอย่าง

5.2.3 การแก้ไขผู้กระทำความผิด หรือตัดโอกาส หรือจำกัดความสามารถในการกระทำความผิดซ้ำ²⁴

จากแนวคิดและทฤษฎีดังกล่าวสามารถวินิจฉัยได้ว่า เมื่อรัฐสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดกับผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสได้แล้ว รัฐยังมีความจำเป็นต้องพิจารณาถึงบทลงโทษที่ได้สัดส่วนและมีประสิทธิภาพเพียงพอ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลจากการกระทำของตน ตลอดจนเพื่อให้สังคมส่วนใหญ่รู้สึกพอใจในผลของการกระทำผิด อีกทั้ง ยังเป็นเยี่ยงอย่างมิให้ผู้อื่นกระทำความผิดเช่นเดียวกันอีก และหากมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องโทษจำคุก ก็ยังเป็นการตัดโอกาสผู้กระทำความผิดไม่ให้ออกมาปะปนอยู่ในสังคมอันเป็นการป้องกันการกระทำผิดซ้ำได้อีกด้วย

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่กำหนดแนวทางการควบคุมการจำหน่ายเลนส์สัมผัสไว้อย่างรัดกุม โดยแม้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้กำหนดว่าผู้ใดบ้างที่สามารถจำหน่ายเลนส์สัมผัสได้ หากแต่การจำหน่ายเลนส์สัมผัสทุกประเภทในสหรัฐอเมริกานั้น ผู้ซื้อจำเป็นต้องมีใบสั่งจ่ายมาแสดงต่อผู้จำหน่ายก่อนเสมอ ผู้จำหน่ายจึงจะสามารถจำหน่ายได้ ซึ่งถือได้ว่าระบบการจำหน่ายเลนส์สัมผัสในสหรัฐอเมริกานั้นกำหนดให้การควบคุมอยู่ที่การออกใบสั่งจ่าย ทั้งนี้ หากผู้จำหน่ายฝ่าฝืนจำหน่ายเลนส์สัมผัสโดยไม่มีใบสั่งจ่าย ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา United States Code (U.S.C) ฉบับที่ 21 เรื่อง อาหารและยา (Food and Drugs) มาตรา 331 ได้แก่ จำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 100,000 ดอลลาร์สหรัฐอีกด้วย²⁵

²⁴อภिरัตน์ เพ็ชรศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 82.

²⁵Paul Wallin, op. cit.

เมื่อพิจารณาแนวทางของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งเป็นประเทศที่กำหนดมาตรการในการควบคุมเลนส์สัมผัสอย่างเข้มงวดแล้วนั้น กฎหมายเกี่ยวกับนักทัศนมาตรและช่างแว่น (Optometrists & Opticians Act 2007) กำหนดให้เฉพาะผู้ที่ประกอบวิชาชีพเป็นนักทัศนมาตร (Optometrist) และผู้ขึ้นทะเบียนเป็นช่างแว่นที่ได้รับประกาศนียบัตรด้านเลนส์สัมผัส (Contact Lenses Practice Certificate) เท่านั้น ที่สามารถเก็บรักษา ตรีเตรียม และจ่ายเลนส์สัมผัสทุกประเภทได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์จำกัดให้การจำหน่ายเลนส์สัมผัสทำได้โดยผู้ประกอบวิชาชีพเพียงสองประเภท ได้แก่ นักทัศนมาตรและช่างแว่นที่ได้รับประกาศนียบัตรด้านเลนส์สัมผัสเท่านั้น อีกทั้ง ผู้ซื้อเลนส์สัมผัสก็ยังคงจำเป็นต้องมีใบสั่งจ่ายที่ออกโดยนักทัศนมาตรหรือช่างแว่นดังกล่าวด้วย หากผู้จำหน่ายฝ่าฝืนมีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 25,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ²⁶

5.3 ปัญหาการกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิจำหน่ายเลนส์สัมผัส

เนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ปรากฏมาตรการที่กำหนดให้ผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสต้องได้รับอนุญาต ดังนั้น การจำหน่ายเลนส์สัมผัสจึงเป็นไปอย่างเสรี แต่หากมีการกำหนดให้ผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสต้องขออนุญาตในการจำหน่าย โดยอาศัยพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 เพื่อกำหนดให้เลนส์สัมผัสเป็นเครื่องมือแพทย์ที่ผู้ขายต้องได้รับอนุญาตขายตามมาตรา 6(3) แล้ว ก็จำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายเอาไว้ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดคุณสมบัติของผู้ขาย จึงอาจมีข้อที่ควรพิจารณา ดังนี้

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 4 ที่บัญญัติว่า “วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้ เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย และ “ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภา นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับประกาศแพทยสภา ที่ 1/2531 ลงวันที่ 7 มกราคม พ.ศ. 2531 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21(1) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 กำหนดให้การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัสเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าผู้ที่ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจากแพทยสภานั้นสามารถทำการตรวจวัดสายตา วินิจฉัย

²⁶Health Sciences Authority, op. cit.

ความผิดปกติด้านการมองเห็น และปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัสได้ แต่ในปัจจุบันมีบุคลากรที่สำเร็จการศึกษาเป็นจักษุแพทย์เป็นจำนวนจำกัด ซึ่งไม่เพียงพอต่อการดูแลและแก้ไขสุขภาพดวงตาของประชาชนทั้งประเทศได้²⁷

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ที่บัญญัติว่า “การประกอบโรคศิลปะ” หมายความว่า การประกอบวิชาชีพที่กระทำหรือมุ่งหมายจะกระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การส่งเสริมและการฟื้นฟูสุขภาพ การผดุงครรภ์ แต่ไม่รวมถึงการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และสาธารณสุขอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ๆ และ “ผู้ประกอบโรคศิลปะ” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะจากคณะกรรมการวิชาชีพ อีกทั้ง เมื่อพิจารณาประกอบกับประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2546) เรื่อง การอนุญาตให้บุคคลทำการประกอบโรคศิลปะโดยอาศัยทัศนมาตรศาสตร์ (Optometry) ที่บัญญัติไว้ในข้อ 1 ว่า “ทัศนมาตร” หมายความว่า การประกอบโรคศิลปะเกี่ยวกับสายตาของมนุษย์ ได้แก่ การวัดการวินิจฉัยความผิดปกติของการมองเห็นโดยใช้เครื่องมือตามที่ปลัดกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด และแก้ไขฟื้นฟูความผิดปกติของการมองเห็นโดยกรรมวิธีการใช้แว่นตา เลนส์สัมผัส และการฝึกการบริหารกล้ามเนื้อตา โดยไม่รวมถึงการแก้ไขความผิดปกติเนื่องจากระบบประสาทตาหรือโรคทางตาที่ไม่ได้เกิดจากความผิดปกติของการหักเหของแสง และไม่รวมถึงการแก้ไขความผิดปกติโดยการฉายาหรือการผ่าตัด และไม่รวมถึงการใช้เลเซอร์ ชนิดต่าง ๆ ด้วย จึงเห็นได้ว่านักทัศนมาตรเป็นอีกวิชาชีพหนึ่งซึ่งกฎหมายรับรองให้เป็นการประกอบโรคศิลปะ และสามารถตรวจวัดสายตาและแก้ไขฟื้นฟูความผิดปกติด้านการมองเห็น โดยใช้เลนส์สัมผัสได้

เพื่อพิจารณาจากกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมดเห็นได้ว่า บุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่จะสามารถจำหน่ายเลนส์สัมผัสได้นั้นน่าจะต้องมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นจักษุแพทย์หรือนักทัศนมาตรเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันจำนวนของผู้ประกอบวิชาชีพทั้งสองวิชาชีพมีอัตราส่วนที่ไม่เพียงพอต่อจำนวนประชากรของประเทศ จึงเกิดปัญหาว่าหากอนุญาตให้เฉพาะบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวเท่านั้นที่สามารถจำหน่ายเลนส์สัมผัสได้ก็จะเกิดความยากลำบากแก่ประชาชน เนื่องจากข้อจำกัดทางด้านจำนวนของบุคลากร และนำมาสู่ปัญหาในด้านการบังคับใช้และการฝ่าฝืนกฎหมายต่อไป

เมื่อพิจารณากฎหมายของสหรัฐอเมริกา แม้จะไม่ได้มีบทบัญญัติกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าบุคคลประเภทใดบ้างที่สามารถเป็นผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสได้ แต่การจำหน่ายเลนส์สัมผัส

²⁷วิจักขณ์ คงวัฒนานนท์, จักษุแพทย์ [Online], available URL: <https://trueplookpanya.com/explorer/occupation-step3/59>, 2024 (พฤษภาคม, 15).

ในสหรัฐอเมริกา นั้นได้รับการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ แม้ผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสจะเป็น จักษุแพทย์ นักทัศนมาตร หรือเป็นช่างแว่น ก็ไม่สามารถจำหน่ายเลนส์สัมผัสให้แก่ประชาชนได้ทันที เนื่องจากผู้ซื้อจะต้องได้รับการตรวจวัดค่าสายตาและสภาพของดวงตาจากจักษุแพทย์หรือนักทัศนมาตรก่อน แล้วผู้ตรวจวัดจึงออกใบสั่งจ่ายเลนส์สัมผัสให้เพื่อนำไปแสดงให้กับผู้จำหน่าย โดยวิธีการเช่นนี้ใช้กับการซื้อเลนส์สัมผัสทั้งชนิดที่มีค่าสายตาและชนิดที่ไม่มีค่าสายตาด้วย

ในส่วนของสาธารณรัฐสิงคโปร์นั้น มาตรการทางกฎหมายในส่วนของข้อกำหนดคุณสมบัติของบุคคลผู้จำหน่ายเลนส์ได้บัญญัติไว้อย่างรัดกุม โดยกฎหมายเกี่ยวกับนักทัศนมาตรและช่างแว่น ค.ศ. 2007 (Optometrists & Opticians Act 2007) กำหนดให้ผู้ที่ประกอบวิชาชีพเป็นนักทัศนมาตร (Optometrist) และผู้ขึ้นทะเบียนเป็นช่างแว่นที่ได้รับประกาศนียบัตรด้านเลนส์สัมผัส (Contact Lens Practice Certificate) เท่านั้น ที่สามารถเป็นผู้เก็บรักษา ตรีเตรียม จ่าย หรือ จำหน่ายเลนส์สัมผัสได้ นอกจากนี้ การจำหน่ายเลนส์สัมผัสในสาธารณรัฐสิงคโปร์ ผู้ซื้อจำเป็นที่จะต้องแสดงใบสั่งจ่ายเลนส์สัมผัสให้กับบุคคลดังกล่าวข้างต้นก่อนเสมอเช่นกัน

อนึ่ง เมื่อพิจารณาจากสถานการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบันที่ยังคงขาดแคลนบุคลากรด้านการแพทย์ไม่ว่าจะเป็นจักษุแพทย์หรือนักทัศนมาตรที่มีสัดส่วนที่ไม่เพียงพอเมื่อเทียบกับจำนวนประชากรจึงเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ส่งผลให้ไม่สามารถกำหนดมาตรการที่เป็นการบังคับให้ประชาชนผู้ใช้เลนส์สัมผัสทุกรายต้องได้รับการตรวจวัดค่าสายตา ตลอดจนความผิดปกติของดวงตาจากผู้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวได้ การจำหน่ายเลนส์สัมผัสจึงยังเป็นไปอย่างอิสระโดยไม่มีมาตรการในการควบคุมที่มีประสิทธิภาพเพียงพอ อันนำมาสู่ข้อเสนอนี้ในการแก้ไขกฎหมายต่อไป

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัจจุบันธุรกิจการจำหน่ายเลนส์สัมผัสทั้งประเภทที่ใช้เพื่อการปรับค่าสายตาและประเภทแฟชั่นเพื่อความสวยงามหรือที่เรียกว่า เลนส์สัมผัสแบบบิ๊กอายส์ (Big eyes) มีอยู่อย่างแพร่หลายในท้องตลาด ดังได้กล่าวไปแล้วว่าเลนส์สัมผัสทุกชนิดเป็นเครื่องมือแพทย์ที่มีความละเอียดอ่อนเป็นอย่างยิ่ง การใช้เลนส์สัมผัสที่ไม่มีคุณภาพหรือขาดการควบคุมด้านความสะอาดที่เพียงพอ อาจก่อให้เกิดอันตรายจนส่งผลให้เกิดการติดเชื้อชนิดรุนแรงที่ดวงตาจนตาเสื่อมสภาพการใช้งานอย่างถาวรหรืออาจถึงขั้นตาบอดได้ ยิ่งไปกว่านั้นช่องตาของมนุษย์ยังเป็นระบบที่ติดต่อกันโดยตรงไปยังโพรงสมอง การติดเชื้อที่เนื้อเยื่อตาจึงสามารถส่งผลให้เชื้อโรคลุกลามไปยังสมองได้อีกด้วย²⁸ จึงจำเป็นอย่างยิ่ง

²⁸ ดนัย ต้นเกิดมงคล, คณบดีคณะทัศนมาตรศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, สัมภาษณ์, 15 มีนาคม 2563.

ที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายในการควบคุมการจำหน่ายเลนส์สัมผัสให้เป็นไปอย่างรัดกุม เนื่องจากหากผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสขาดความรู้และความระมัดระวังย่อมก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อประชาชนได้

จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดถึงความผิดและโทษของผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสนั้น ยังไม่ครบถ้วนและไม่ครอบคลุมเพียงพอ โดยพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 กำหนดให้ผู้ขายเลนส์สัมผัสมีหน้าที่เพียงดูแลให้มีฉลากและเอกสารกำกับเครื่องมือแพทย์ และกำหนดโทษปรับสำหรับผู้ฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวไม่เกินห้าหมื่นบาทเท่านั้น ซึ่งมาตรการในการควบคุมเพียงเท่านี้อาจไม่ได้สัดส่วนกับความรับผิดชอบที่ผู้ขายเลนส์สัมผัสพึงมีต่อประชาชน ดังนั้นจึงสมควรเพิ่มมาตรการในการควบคุม กล่าวคือ การขายเลนส์สัมผัสควรต้องมีการขออนุญาตเช่นเดียวกันกับการผลิตและการนำเข้า แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 ไม่ได้มีการกำหนดให้ผู้ขายต้องขออนุญาตขายแต่อย่างใด ส่งผลให้ผู้ประกอบการด้านเลนส์สัมผัสโดยเฉพาะผู้ประกอบการรายย่อย เช่น แผงลอยในห้างสรรพสินค้า ตลาดนัด หรือร้านค้าออนไลน์ สามารถจำหน่ายเลนส์สัมผัสได้อย่างมีอิสระปราศจากการควบคุม ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ประกอบกับประกาศแพทยสภาที่ 1/2531 และพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 ประกอบกับประกาศกระทรวงสาธารณสุขฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2546) เรื่อง การอนุญาตให้บุคคลทำการประกอบโรคศิลปะโดยอาศัยทัศนมาตรศาสตร์ (Optometry) แล้ว บุคคลที่น่าจะมีความเหมาะสมในการจำหน่ายเลนส์สัมผัส ควรได้แก่จักษุแพทย์และนักทัศนมาตร แต่จำนวนของผู้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวในปัจจุบันมีอัตราส่วนที่น้อยมากไม่เพียงพอกับจำนวนประชากรของประเทศไทย

เมื่อพิจารณาในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ล้วนกำหนดมาตรการในการควบคุมการจำหน่ายเลนส์สัมผัสไว้ทั้งสิ้น โดยแม้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะไม่ได้กำหนดไว้เฉพาะเจาะจงว่าบุคคลประเภทใดบ้างที่สามารถจำหน่ายเลนส์สัมผัสได้ แต่การจำหน่ายเลนส์สัมผัสในสหรัฐอเมริกานั้นผู้ซื้อต้องแสดงใบสั่งจ่ายที่ออกโดยผู้มีอำนาจก่อนจึงสามารถจำหน่ายให้ได้ และเมื่อพิจารณากฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ก็กำหนดให้ผู้ซื้อต้องแสดงใบสั่งจ่ายเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดให้ผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสโดยไม่ได้รับอนุญาตมีความผิดและโทษทางอาญาอีกด้วย ดังนั้น ประเทศไทยจึงสมควรที่จะกำหนดให้ผู้จำหน่ายเลนส์สัมผัสจะต้องได้รับอนุญาต ในฐานะที่เป็นบุคคลที่ควรต้องมีการควบคุมภายใต้กฎหมายเครื่องมือแพทย์ต่อไป

อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 ยังไม่ปรากฏบทบัญญัติที่กำหนดให้ต้องมีการขออนุญาตขายเลนส์สัมผัส อีกทั้ง กฎหมายฉบับดังกล่าวยังไม่ได้บัญญัติถึงการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลผู้ที่จะสามารถรับใบอนุญาตขายเลนส์สัมผัสได้ จึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะสามประการดังต่อไปนี้

ประการแรก คือ การเพิ่มบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตหน้าที่และความผิดของบุคคลผู้ขายเลนส์สัมผัส โดยควรมีการแก้ไขประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง เลนส์สัมผัส ลงวันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2553 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 ซึ่งควรกำหนดให้เลนส์สัมผัสเป็นเครื่องมือแพทย์ชนิดที่ต้องได้รับอนุญาตขายตามมาตรา 6(3) อันจะส่งผลให้ผู้ขายเลนส์สัมผัสมีหน้าที่ที่จะต้องขออนุญาตขายเช่นเดียวกันกับการกำหนดให้ผู้ผลิตและผู้นำเข้ามีหน้าที่ต้องขออนุญาตผลิตและนำเข้า หากฝ่าฝืนเป็นความผิดและต้องรับโทษทางอาญา โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตอย่างละเอียดรัดกุมต่อไป

ประการที่สอง คือ การเพิ่มบทบัญญัติที่กำหนดความผิดและโทษทางอาญากับผู้ขายเลนส์สัมผัส ซึ่งในปัจจุบันพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 กำหนดเพียงให้ผู้ขายเลนส์สัมผัสดูแลให้มีฉลากและเอกสารกำกับเครื่องมือแพทย์ หากไม่ปฏิบัติตามผู้ขายมีโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท ซึ่งการกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวมีโทษปรับเพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอเมื่อเปรียบเทียบกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อประชาชน จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 103 โดยเพิ่มโทษจำคุกกับผู้ขายเลนส์สัมผัสที่ไม่ดูแลให้มีฉลากหรือเอกสารกำกับ นอกจากนี้ควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 โดยจัดให้เลนส์สัมผัสเป็นเครื่องมือแพทย์ที่ผู้ขายต้องขออนุญาตขาย และมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมถึงการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ขายเลนส์สัมผัสที่ไม่ได้รับอนุญาต โดยควรกำหนดให้ผู้ขายเลนส์สัมผัสที่ไม่ได้รับอนุญาตขายต้องรับโทษเช่นเดียวกันกับการขายเครื่องมือแพทย์ชนิดอื่น ๆ ที่ผู้ขายไม่ได้รับอนุญาตขาย กล่าวคือ ควรนำบทบัญญัติมาตรา 89 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551 มาใช้บังคับกับผู้ขายเลนส์สัมผัสที่ไม่ได้รับอนุญาตขายด้วย โดยโทษตามมาตราดังกล่าว ได้แก่ จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งน่าจะเป็นมาตรการทางกฎหมายอาญาที่มีความรุนแรงเพียงพอ เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความผิด

ประการที่สาม คือ การกำหนดคุณสมบัติของผู้ได้รับอนุญาตในการขายเลนส์สัมผัส โดยควรเพิ่มบทบัญญัติของกฎหมายให้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่สามารถจะได้รับอนุญาตให้ขายเลนส์สัมผัสได้ตามพระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ กล่าวคือ ผู้ที่สามารถจะเป็นผู้ขอรับใบอนุญาตขายได้นั้นจะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเกี่ยวกับดวงตาและเลนส์สัมผัส ซึ่งควรกำหนดให้จักษุแพทย์ผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม และนักทัศนมาตรผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตประกอบโรคศิลปะเป็นผู้ที่สามารถขึ้นทะเบียนเพื่อขอรับใบอนุญาตขายเลนส์สัมผัสได้โดยอัตโนมัติ หากแต่สถานการณ์ในปัจจุบันของประเทศไทย จำนวนบุคลากรผู้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวข้างต้นมีสัดส่วนไม่เพียงพอกับจำนวนประชากร ผู้ทรงคุณวุฒิด้านเลนส์สัมผัสและประกอบธุรกิจด้านเลนส์สัมผัส²⁹ และผู้วิจัยมี

²⁹ วุฒิพงษ์ พิงพิพัฒน์, นักทัศนมาตรและเจ้าของกิจการร้านจำหน่ายเลนส์สัมผัส, สัมภาษณ์, 10 มิถุนายน 2563.

ข้อเสนอแนะตรงกันว่า ควรนำวิธีการที่คล้ายคลึงกับวิธีการของสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่จัดให้มีการขึ้นทะเบียนช่างแว่นตา และมีการจัดอบรมช่างแว่นตาที่ได้ขึ้นทะเบียนแล้ว (Registered optician) ให้ได้รับประกาศนียบัตรด้านเลนส์สัมผัส (Contact Lens Practice Certificate) มาใช้ กล่าวคือ กระทรวงสาธารณสุขควรกำหนดให้มีการจัดอบรมระยะสั้นให้แก่บุคคลธรรมดาเพื่อให้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเลนส์สัมผัส ตลอดจนการมีความรู้ในการดูแลความสะอาดและความปลอดภัยอย่างได้มาตรฐาน โดยผู้เข้ารับการอบรมจะต้องได้รับการสอบวัดผล และผ่านการสอบวัดผลจะได้รับประกาศนียบัตรซึ่งสามารถนำประกาศนียบัตรฉบับนี้ไปขอรับใบอนุญาตขายเลนส์สัมผัสได้ต่อไป

อย่างไรก็ตาม แม้จะสามารถแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ควบคุมการจำหน่ายเลนส์สัมผัสได้แล้ว แต่เพื่อให้มาตรฐานการคุ้มครองด้านการสาธารณสุขของประชาชนมีประสิทธิภาพมากขึ้น ผู้วิจัยจึงเสนอแนะให้มีการกำหนดขั้นตอนและมาตรการที่จำเป็นเพิ่มเติม กล่าวคือ รัฐควรนำมาตรการในการออกใบสั่งจ่ายเลนส์สัมผัสที่ออกโดยบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญมาบังคับใช้กับการจำหน่ายเลนส์สัมผัสในประเทศไทย โดยควรมีการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุขกำหนดให้ผู้ใช้เลนส์สัมผัสจะต้องเข้ารับการตรวจสภาพความพร้อมของดวงตาวัดค่าสายตาตลอดจนความผิดปกติต่างๆ ของดวงตาโดยจักษุแพทย์หรือนักทัศนมาตรก่อนเสมอ เมื่อตรวจวัดแล้วพบว่าเหมาะสมจึงสามารถออกใบสั่งจ่ายเลนส์สัมผัสให้กับผู้ใช้เลนส์สัมผัส เพื่อนำไปแสดงต่อผู้ขายที่ได้รับใบอนุญาตขายตามที่เสนอแนะไปแล้วข้างต้นเพื่อรับบริการต่อไป ซึ่งหากผู้ขายฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวโดยขายเลนส์สัมผัสให้โดยไม่ตรวจสอบใบสั่งจ่ายก่อนผู้ขายต้องได้รับโทษทางอาญาทั้งปรับและจำคุก

อนึ่ง เมื่อพิจารณาจากบริบททางด้านความพร้อมของประเทศไทยในปัจจุบัน ซึ่งยังมีจำนวนจักษุแพทย์และนักทัศนมาตรไม่เพียงพอ อีกทั้ง ประชาชนในบางพื้นที่อาจยังไม่สามารถเข้าถึงการให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุขได้อย่างเสมอภาคกัน ประกาศฉบับนี้จึงควรมีบทเฉพาะกาล โดยกำหนดข้อยกเว้นให้ผู้ใช้เลนส์สัมผัสยังไม่จำเป็นต้องแสดงใบสั่งจ่ายไปก่อนเป็นระยะเวลาหนึ่ง เช่น 3-5 ปี เพื่อให้ผู้ประกอบการด้านเลนส์สัมผัสได้มีเวลาในการเตรียมความพร้อม และเพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้เสริมสร้างความรู้ความเข้าใจ ตลอดจนเร่งผลิตบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถ และเมื่อประชาชนสามารถเข้าถึงการให้บริการทางการแพทย์และการสาธารณสุขได้อย่างเท่าเทียมกันแล้ว จึงบังคับใช้ประกาศฉบับนี้อย่างเต็มรูปแบบต่อไป

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นติ้ง, 2551.
- คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อพัฒนาประเทศ. “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญา.” เอกสารประกอบการสัมมนาเพื่อพัฒนาระบบการบังคับใช้กฎหมาย เรื่อง การกำหนดความผิดทางอาญาในกฎหมายไทย: ปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข, 15 มีนาคม 2548.
- ฉันทกา สุปิยพันธุ์. “ประโยชน์ของเลนส์สัมผัสในปัจจุบันและในทศวรรษข้างหน้า.” วารสารเวชสารและวารสารเวชศาสตร์เขตเมือง 62, 2 (มีนาคม - เมษายน 2561): 129 - 133.
- เฉลา ทองเปล่งศรี. บทความการดูแลสุขภาพและเคล็ดลับเพื่อสุขภาพดี [Online]. Available URL: <http://www.healthcarethai.com/เลนส์สัมผัส>, 2020 (พฤษภาคม, 5).
- दनัย ตันเกิดมงคล. “ทบทวนเรื่องคอนแทคเลนส์ในปัจจุบัน.” วารสารวันเลือกตั้งชาวแวนตาสมาคมส่งเสริมวิชาการแวนตาแห่งประเทศไทย 14 (เมษายน 2547): 30-32.
- _____. คณิตศาสตร์ขนาดมาตรฐาน มหาวิทยาลัยรามคำแหง, สัมภาษณ์, 15 มีนาคม 2563.
- ภาควิชาจักษุวิทยา คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล. สวดยด้วย..คอนแทคเลนส์จริงหรือ [Online]. Available URL: <https://si.mahidol.ac.th/th/healthdetail.asp?aid=672>, 2020 (พฤศจิกายน, 1).
- วาทีน หนูเกื้อ. “มาตรการเสริมในทางอาญา.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- วิจักขณ์ คงวัฒนานนท์. จักษุแพทย์ [Online]. Available URL: <https://trueplookpanya.com/explorer/occupation-step3/59>, 2024 (พฤษภาคม, 15).
- วุฒิพงษ์ พึ่งพิพัฒน์. นักทัศนมาตรและเจ้าของกิจการร้านจำหน่ายเลนส์สัมผัส, สัมภาษณ์, 10 มิถุนายน 2563.
- ศุภชัย โชติบุตร. โลกหลังเลนส์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เมดิคัลมีเดีย, 2526.
- สกล นิศารัตน์. “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม: แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.
- สธน รัตน์ไพจิตร. “ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. “เสวนาวิชาการพัฒนาการของกฎหมายอาญา 111 ปี กฎหมายอาญาจากอดีตสู่อนาคต.” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 28 เมษายน 2561.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอเนก ยมจินดา. **กฎหมายการแพทย์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540.

หนังสือ 108 ซองคำถาม. **จุดกำเนิดของคอนแทคเลนส์** [Online]. Available <http://qtlens.blogspot.com/2009/05/blog-post.html>, 2020 (พฤษภาคม, 1).

หมอแวน. **คอนแทคเลนส์ : ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับคอนแทคเลนส์** [Online]. Available <http://doctorvision.net/ความรู้ทั่วไปสำหรับคอน>, 2020 (พฤษภาคม, 5).

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. **ทฤษฎีอาญา ทฤษฎีโทษ และกระบวนการขึ้นพื้นฐาน**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

Andenaes, Johannes. **The General Part of the Criminal Law of Norway**. London: Sweet & Maxwell Limited, 1965.

Eydealogy (SG). **Contact Lens Regulation in Singapore** [Online]. Available URL: <https://www.eyedealogy.sg/2019/05/30/contact-lens-regulation-in-sg.>, 2020 (May, 8).

Heiting, Gary and Adam Debrowski. **Can I Buy Contacts Without a Prescription?** [Online]. Available URL: <https://www.allaboutvision.com/contacts/faq/where-no-rx.htm>, 2020 (May, 7).

Health Sciences Authority. **Contact Lens Controls** [Online]. Available URL: https://www.hsa.gov.sg/docs/default-source/hprg/regulatory-updates/contact-lens-briefing_19-aug-2011.pdf., 2020 (May, 10).

H.L.A. Hart. **Punishment and Responsibility**. Oxford: Clarendon Press, 1968.

Johnson & Johnson Vision Care, Inc. **Contact lenses and food and drug administration** [Online]. Available URL: <https://jnvisioncareinfo.com/contact-lenses-and-food-and-drug-administration>, 2020 (May, 7).

Kant, Immanuel. **The Right of Punishing and of Pardoning**. California: Stanford University Press, 1961.

Lesser, Laurie. **Opticians, Optometrists, and Ophthalmologists: What's the Difference?** [Online]. Available URL: <https://www.americasbest.com/patient-education/eye-exams/optometrist-ophthalmologist>, 2020 (May, 5).

Lockett, Eleesha. **Optometrist vs. Ophthalmologist: What's the Difference?** [Online]. Available URL: <https://www.healthline.com/health/eye-health/optometrist-vs-ophthalmologist#ophthalmologist>, 2020 (May, 1).

- Ministry of Health Singapore. **Career and Practices Details optometrists-opticians** [Online]. Available URL: <https://www.moh.gov.sg/hpp/allied-health-professionals/career-practices/CareerNPracticesDetails/optometrists-opticians.>, 2020 (May, 8).
- Packer, Herbert L. **The Limits of the Criminal Sanction**. California: Stanford University Press, 1968.
- Seed, Shawna. **Eye Doctors: Optometrists and Ophthalmologists** [Online]. Available URL: <https://www.webmd.com/eye-health/eye-doctors-optometrists-ophthalmologists>, 2020 (May, 1).
- Sir Robert Cross and Andrew Ashworth. **The English Sentencing System**. 3rd ed. London: Butterworths, 1981.
- U.S. Government Publishing Office. **Fairness to Contact Lens Consumers Act** [Online]. Available URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-108publ164/pdf/PLAW-108publ164.pdf>, 2020 (May, 8).
- Wallin, Paul. **Selling Contact Lenses Without a Prescription** [Online]. Available URL: <https://www.wklaw.com/selling-contact-lenses-without-prescription>, 2020 (May, 8).
- พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551.
- ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง เลนส์สัมผัส วันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2553.
- ประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2546) เรื่อง การอนุญาตให้บุคคลทำการประกอบโรคศิลปะโดยอาศัยทัศนมาตรศาสตร์ (Optometry).
- ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2531 วันที่ 7 มกราคม พ.ศ. 2531.

การใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่
และหน่วยงานของรัฐกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง: ศึกษากรณี
พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
และพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของ
เจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิติณัฐ นุเวชวงศ์กมล

การใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐ
กับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ
ทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติความรับผิด
ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539*

The Exercise of Power and Control of the Exercise of Power by Government
Officials and Agencies with Related Laws: A Case Study of the Administrative
Procedure Act B.E. 2539 (1996) and the Act on Tortious Liability
of Officials, B.E. 2539 (1996)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิติณัฐ นุเวศวงษ์กมล**

Assistant Professor Nitinut Nuweswonggamon

บทคัดย่อ

การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐเป็นการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง
ในการปฏิบัติตามหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะ และคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพ
ของประชาชนเป็นสำคัญ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวก็อาจทำให้เกิดปัญหาจากการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วย

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “การใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และ
หน่วยงานของรัฐกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และ
พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ.2566.

This research article is part of the research entitled “The Exercise of Power and Control
of the Exercise of Power by Government Officials and Agencies with Related Laws: A Case Study
of the Administrative Procedure Act B.E. 2539 (1996) and the Act on Tortious Liability of Officials,
B.E. 2539 (1996).” This research is funded by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, 2023.

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. (กฎหมาย
มหาชน) มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: nitinut.n@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) 21 สิงหาคม 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 18 ตุลาคม 2567,
วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 24 ตุลาคม 2567.

กฎหมายได้จึงต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจในกรณีที่ประชาชนหรือเจ้าหน้าที่ หรือหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง ซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติตามหน้าที่แต่เกิดความเสียหาย

ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้เขียนพบว่า ยังคงมีปัญหาบางประการจากการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

ประการแรก ปัญหาจากการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ประเด็นปัญหาเรื่องคำนิยามของ คำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำว่า “ระหว่างบุคคล” ที่ทำให้เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนได้

ประเด็นปัญหาเรื่องคำนิยามของ คำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำว่า “สิทธิหรือหน้าที่” ที่มีได้ครอบคลุมถึงลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อ “เสรีภาพ”

ประเด็นปัญหาเรื่องข้อยกเว้นของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 ที่ทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ได้

ประเด็นปัญหาเรื่องคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่มีได้ครอบคลุมถึงลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่กระทบ “เสรีภาพ และหน้าที่”

ประเด็นปัญหาเรื่องระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้สิทธิในการอุทธรณ์แก่ผู้อุทธรณ์เป็นระยะเวลาสั้นเกินไป เปรียบเทียบมาตรา 45 วรรคหนึ่ง ที่ให้สิทธิระยะเวลาในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ที่มากกว่าผู้อุทธรณ์ และเปรียบเทียบกับ มาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

ประเด็นปัญหาเรื่องกรณีคำอุทธรณ์ที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนตามมาตรา 44 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่าให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำอุทธรณ์นั้นดำเนินการอย่างไรต่อไป

ประการที่สอง ปัญหาจากการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

ประเด็นปัญหาเรื่องไม่มีคำนิยามของ “ความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ประเด็นปัญหาเรื่องการพิจารณาเกี่ยวกับ “ความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณา คือ คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจในการพิจารณาเรื่องความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และเรื่องของจำนวนที่กำหนดให้ไม่เกิน 5 คน ตลอดจนเรื่องแต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นหรือหน่วยงานของรัฐอื่นตามที่เห็นสมควร

ประเด็นปัญหาเรื่องการจำกัดสิทธิฟ้องคดีของผู้เสียหายกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง และมาตรา 6 เปรียบเทียบกับมาตรา 7 วรรคหนึ่ง

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า ควรมีการแก้ไขปรับปรุง และเพิ่มเติมของกฎหมาย ดังนี้

1. พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
2. กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 และ
3. พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

คำสำคัญ: เจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐ, พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

Abstract

In this research investigation, the researcher examines concepts, principles, and related laws as well as their relationships; compares problems from the exercise of power and control of the exercise of power by government officials and agencies; and proposes guidelines to improve and amend the laws. In this qualitative research, the documentary research technique was employed.

The exercise of power of government officials and agencies is considered administrative actions by the administration in their performance in accordance with duties to provide public services for public interests with the consideration of the rights and freedoms of the members of the general public at most. However, the exercise of such power may cause problems from the exercise of power unlawfully. Therefore, the exercise of power needs to be controlled in cases members of the general public or officials or government agencies are inevitably affected from the exercise of power. This is to guarantee the rights and freedoms of members of the general public and the officials performing their duties but resulting in damages.

The author has found from this research that there are certain problems from the exercise of power and control of the exercise of power by government officials and agencies with related laws in the following manner.

Firstly, problems from the exercise of power and control of the exercise of power by government officials and agencies in accordance with administrative procedure.

The issue of the definition of “an administrative order” in accordance with Section 5 of the Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996) and of “between persons”: This can cause misunderstanding.

The issue of the definition of “an administrative order” in accordance with Section 5 of the Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996) and of “rights and freedoms”: These definitions do not cover the characteristics of an administrative order that affect “freedoms”.

The issue of an exception of officials in the administrative consideration in accordance with Section 13 of the Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996) in accompaniment with the Ministerial Regulations Determining Other Cases that

Officials Cannot Conduct Administrative Consideration, B.E. 2566 (2023): This causes the problem of partiality in administrative consideration of officials.

The issue of administrative orders that may affect the right of the parties in accordance with Section 30, Paragraph 1 of the Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996): They do not cover the characteristics of an administrative order that affect “rights and freedom”.

The issue of period of time for an appeal of administrative orders in accordance with Section 44, Paragraph 1 of the Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996): The determination of the appellant’s right for an appeal is too short in comparison with Section 45, Paragraph 1 providing the period of time for the right in the consideration of officials longer than that of the appellant and in comparison, with Section 114, of the Civil Service Act, B.E. 2551 (2008).

The issue of incorrect or incomplete appeal in accordance with Section 44, Paragraph 2 of the Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996): The law does not designate how the official receiving such appeal will further conduct.

Secondly, problems from the exercise of power and control of the exercise of power by government officials and agencies in accordance with the law on tortious liability of officials.

The issue of no definition on “intentional or gross negligence”: This is concerned with the exercise of power in an appointment of those having the consideration authority that is the investigation committee for tortious liability. This committee will exercise the power of discretion in the consideration of intentional or gross negligence. The issue includes the number of having not more than five committee members and the appointment of officials from that government agency or from other government agency as appropriate.

The issue of the restriction of right for prosecutions of the injured person with government agencies or officials in accordance with the Act on Tortious Liability of Officials, B.E. 2539 (1996) in Section 5, Paragraph 1 and Section 6 in comparison with Section 7, Paragraph 1.

The author has the following recommendations. The following laws should be amended:

1. The Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996);
2. The Ministerial Regulations Determining Other Cases that Officials Cannot Conduct Administrative Consideration, B.E. 2566 (2023); and
3. The Act on Tortious Liability of Officials, B.E. 2539 (1996)

Keywords: government officials and agencies, the administrative procedure act b.e. 2539 (1996), the act on tortious liability of officials, b.e. 2539 (1996)

1. บทนำ

การปกครองแบบประชาธิปไตยเสรีนิยมภายใต้หลักนิติรัฐซึ่งใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการดำเนินการต่าง ๆ ภายในรัฐโดยอยู่ในขอบเขตข้อจำกัดของอำนาจตามกฎหมายผ่านตัวผู้แทนที่ใช้อำนาจในการกระทำทางปกครองต่างๆ โดยการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐมาจากฝ่ายนิติบัญญัติที่ตรากฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจหรือดำเนินการตามกฎหมายที่กำหนดไว้ แต่ในบางครั้งก็อาจจะก่อให้เกิดปัญหาบางประการได้ ด้วยเหตุที่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ ทั้งในส่วนที่เป็นอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจไว้ ซึ่งการเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจได้ดังกล่าว อาจส่งผลให้เกิดการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่เป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม หรืออาจเกิดปัญหาเรื่องความไม่เป็นกลางจากการพิจารณาทางปกครอง หรืออาจเกิดการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรืออาจก่อให้เกิดการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการ กลั่นแกล้ง แสวงหาผลประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่ หรืออาจก่อให้เกิดการทุจริตประพฤตินิชอบ

จากปัญหาดังกล่าว จะเห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐมีการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเป็นจำนวนมาก ทำให้อำนาจหน้าที่บางประการอาจต้องเข้าไปแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือแทรกแซงทางด้านเศรษฐกิจ และสังคมมากขึ้น ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดการกระทบสิทธิหรือเสรีภาพต่อประชาชนบางอย่างบางประการ และด้วยเหตุที่ประเทศไทยปกครองโดยยึดหลักนิติรัฐเป็นสำคัญการกระทำต่างๆ ของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐจึงต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายเท่านั้น ตามหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุม การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐใช้อำนาจภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

ผู้ได้รับผลกระทบโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากการใช้อำนาจมีสิทธินำเรื่องดังกล่าวมาให้องค์กรต่าง ๆ ที่มีอำนาจในการควบคุมช่วยพิจารณาได้ แบ่งเป็น การควบคุมแบบป้องกัน และการควบคุมแบบแก้ไข¹

ในการวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยจึงมุ่งเน้นศึกษา และวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ และเปรียบเทียบการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องในปัจจุบัน และหาแนวทางการแก้ไขเพื่อให้การใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจมีประสิทธิภาพ บรรลุตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายให้มากยิ่งขึ้น แบ่งออกเป็น 2 ประการ ดังนี้

¹ ฐิติญา วัฒนรุ่ง, **หลักกฎหมายมหาชน (Principles of Public Law)**, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2562), หน้า 463.

ประการแรก ปัญหาจากการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ประการที่สอง ปัญหาจากการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

2. การใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐของต่างประเทศ

2.1 หลักความเป็นกลางของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส

มาตรา 20 และมาตรา 21 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (VwVfG) กำหนดให้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ซึ่งดำเนินการแทนหน่วยงานของรัฐดำเนินการพิจารณาทางปกครองโดยปราศจากอคติ และความเป็นกลาง เพื่อคุ้มครองประชาชนให้ได้รับการพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมาย และหลีกเลี่ยงความขัดแย้งกันในเรื่องผลประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนเจ้าหน้าที่ด้วยตนเอง โดยพิจารณาได้ ดังนี้²

ในระบบกฎหมายเยอรมันกำหนดไว้ในมาตรา 20 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยกำหนดเหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองในเชิงภววิสัย เช่น (1) เป็นคู่กรณี (2) ผู้ซึ่งเกี่ยวข้องหรือญาติของคู่กรณี ได้แก่ คู่หมั้น คู่สมรส หรือคู่ชีวิต ญาติ และญาติทางการสมรสสายตรง พี่น้อง บุตรของพี่น้อง คู่สมรสของพี่น้อง หรือพี่น้องของคู่สมรส (3) เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนของคู่กรณี นอกจากนี้ การห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมพิจารณาต้องมีอยู่เมื่อเริ่มการพิจารณา และก่อนการสิ้นสุดการพิจารณาทางปกครอง แต่ก็มีข้อยกเว้น เช่น แม้ว่าการสมรสจะสิ้นสุดลงแล้ว แต่ก็ถือว่าเป็นอดีตคู่สมรส ญาติทางการสมรสเดิม และคู่สมรสเก่าของพี่น้องหรือพี่น้องของคู่สมรสเก่า ยังคงเป็นญาติของคู่กรณี ตามมาตรา 20 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 ด้วย กล่าวคือ กฎหมายเยอรมันมีการนับรวมถึงอดีตที่เคยเป็นด้วย

กฎหมายเยอรมันยังยอมรับเหตุร้ายแรงอื่น ๆ ที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางด้วยโดยกำหนดไว้ในมาตรา 21 VwVfG หรือเรียกว่า “ข้อกังวลเกี่ยวกับความเป็นกลาง (Besorgnis der Befangenheit)” โดยจะต้องเป็นสาเหตุที่เป็นรูปธรรม และสมเหตุสมผลที่อาจทำให้เชื่อได้ว่าเจ้าหน้าที่ดำเนินการพิจารณาทางปกครองอย่างไม่เป็นกลางโดยอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ได้โดยเป็นเหตุอื่น ๆ เช่น ผลประโยชน์ ทางเศรษฐกิจหรือผลประโยชน์ส่วนบุคคล หรือญาติที่

²วนารีย์ สิงห์โต, ข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง: วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทย และกฎหมายเยอรมัน [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act282.pdf>, 2560 (มกราคม 22).

ไม่อยู่ในบังคับมาตรา 20 อย่างไรก็ตาม ความเป็นมิตรหรือศัตรู ความกลัว ความรู้สึกไม่พอใจ ความโกรธ เพียงแค่ความคิดหรือความรู้สึกแต่เพียงอย่างเดียว ยังไม่เพียงพอที่จะถือเป็นเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง แต่จะต้องมีการแสดงออกในเชิงภววิสัยด้วยจึงจะทำให้การพิจารณาทางปกครองเสียไป

ดังนั้น มาตรา 20 VwVfG จึงเป็นเหตุเฉพาะเจาะจงที่ห้ามเจ้าหน้าที่เข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองที่เข้มงวดกว่ามาตรา 21 VwVfG ที่กำหนดเกี่ยวกับข้อกังวลเกี่ยวกับความไม่เป็นกลาง ดังนั้น เจ้าหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 20 VwVfG เป็นหลักในลำดับแรก และหากไม่ปรากฏเหตุตามมาตรา 20 VwVfG จึงจะพิจารณาต่อไปว่าปรากฏข้อกังวลเกี่ยวกับความไม่เป็นกลางตามมาตรา 21 VwVfG หรือไม่ กล่าวคือ ต้องพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 20 VwVfG เป็นลำดับแรกก่อน และมาตรา 21 VwVfG เป็นลำดับรองที่ใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย³

ส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักความเป็นกลางเป็นหลักทั่วไปแห่งกฎหมาย และมีผลผูกพันทั้งองค์กรตุลาการ และฝ่ายปกครอง และเป็นบทบัญญัติที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป มาตรา 6 อนุมาตรา 1 ที่บัญญัติว่า บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการอำนวยการ ความยุติธรรม และการพิจารณาโดยเปิดเผยภายในระยะเวลาอันควรโดยผ่านองค์กรตุลาการที่เป็นอิสระ และมีความเป็นกลาง ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย วินิจฉัย และชี้ขาดสิทธิหน้าที่ทางแพ่งของบุคคล ตลอดจนกล่าวหาในทางอาญาที่ดำเนินการต่อบุคคล ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงมีผลสำคัญให้การวินิจฉัยคดีของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปต้องยอมรับข้อความคิดในเรื่องหลักความเป็นกลาง และส่งผลกระทบต่อคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส และส่งผลกระทบต่อการปฏิรูปบทบัญญัติกฎหมายภายในของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยหลักความเป็นกลางของฝรั่งเศสแบ่งเป็นความไม่เป็นกลางทาง ภววิสัย และความไม่เป็นกลางทางอัตวิสัย จะมีก็แต่เพียงประมวลกฎหมายแห่งความยุติธรรมทางปกครอง มาตรา L.2 ที่กำหนดให้การวินิจฉัยคดีเป็นการกระทำในนามของประชาชนชาวฝรั่งเศส และมาตรา L.721-1 ที่กำหนดว่า หากปรากฏเหตุผลสำคัญอันก่อให้เกิดข้อสงสัย ในเรื่องความเป็นกลางของตุลาการแล้ว การคัดค้านตุลาการผู้นั้นให้กระทำโดยคำร้องขอของคู่กรณี ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายโดยให้มีผลเป็นการยกเว้นในเรื่องหลักความเป็นกลางตามกฎหมายฝรั่งเศส จึงไม่น่าจะกระทำได้ส่วนหลักความเป็นกลางตามกฎหมายไทยไม่ได้มีระบบ และฐานทางความคิดอย่างสาธารณรัฐฝรั่งเศส⁴

³วรนาธิ สิงห์โต, เรื่องเดิม, หน้า 2-4.

⁴พัชมา จิตมहिมา, ความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง เปรียบเทียบแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐและหลักความเป็นกลางตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act345.pdf>, 2563 (กรกฎาคม 19).

2.2 ประเภทความผิดของฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

กฎหมายฝรั่งเศสมีการแบ่งประเภทความผิดของฝ่ายปกครองออกเป็น 3 กรณี ดังนี้

กรณีความผิดโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ กฎหมายฝรั่งเศสแยกความผิดโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ออกจากความผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุม และตรวจสอบโดยศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาความผิดดังกล่าวที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบโดยตรง และศาลไม่ต้องวินิจฉัยไปถึงความเหมาะสมในการปฏิบัติงานทางปกครองแต่ประการใด นอกจากนี้ ศาลคดีขัดกันยังวินิจฉัยในกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการแจ้งของเจ้าหน้าที่อันเป็นการกระทำโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่เองว่าจะดำเนินการใดที่เกี่ยวกับงานของรัฐ แต่เป็นการดำเนินการภายในขอบเขตของการให้ข้อมูลข่าวสารที่ไม่ได้มีเจตนาร้าย หรือมิได้เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นจากความเกลียดชังโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่แล้ว ย่อมไม่ถือเป็นความผิดโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ โดยความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่พิจารณาได้จากการดำเนินการใด ๆ ที่มีได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานตามหน้าที่ และไม่ได้เกี่ยวข้องกับความผิดพลาดในการบริหารงานของฝ่ายปกครอง ส่วนใหญ่เป็นการกระทำที่มีเหตุอันมาจากเหตุส่วนตัวของเจ้าหน้าที่นั่นเอง ได้แก่ ความมุ่งหมายที่จะทำการแก้แค้น (Vengeance) ความอิจฉาริษยา (Jalousie) ความเกลียดชัง (Haine) หรือเจตนาประสงค์ร้าย (Intention de Nuire) และอาจเกิดจากการกระทำที่นอกเหนือไปจากการปฏิบัติงานที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำอันเนื่องมาจากการปฏิบัติงานตามหน้าที่ด้วย⁵

กรณีความผิดจากการปฏิบัติงาน ความผิดจากการปฏิบัติงานเป็นความผิดที่มีใช่การกระทำส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ เป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งโดยมีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติงานตามภารกิจของรัฐ เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ดังนั้น จึงไม่เป็นความผิดโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเดิมประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 กำหนดให้ผู้กระทำให้เกิดความเสียหายต้องมีหน้าที่ในการเยียวยาแก้ไขความผิดของตน ทำให้ผู้เสียหายมีสิทธิมาฟ้องเจ้าหน้าที่รับผิดชอบได้ต่อศาลยุติธรรม และศาลไม่อาจปฏิเสธไม่รับฟ้องคดีได้ ต่อมา มีการแก้ไขเพิ่มเติมและเปลี่ยนแปลงเป็นให้รับฟังพยานหลักฐานในกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อสันนิษฐาน ทำให้ข้อสันนิษฐานที่มีได้มีการกำหนดขึ้นโดยกฎหมายมีผลผูกพันต่อการวินิจฉัยของศาลได้ หากมีกรณีเฉพาะที่กฎหมายกำหนดให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้โดยวิธีใดก็ตาม ซึ่งศาลจะยอมรับได้เพียงกรณีที่มีน้ำหนัก มีความชัดเจน และมีความสอดคล้องกันเท่านั้น จึงส่งผลให้ผู้เสียหายไม่อาจอ้างบทบัญญัติดังกล่าวนี้ เพื่อฟ้องคดีความผิดโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ต่อศาลยุติธรรมได้ แต่ก็ยังคงฟ้องความผิดโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่

⁵ พัทธมา จิตมหีมา, ปัญหาความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พิศเคราะห์หลักเกณฑ์การพิจารณา และการแยกความรับผิด โดยเปรียบเทียบกับกรจัดแบ่งความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศส [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13705.pdf>, 2563 (กรกฎาคม, 19).

ต่อศาลยุติธรรมได้ เนื่องจากมีคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันที่เป็นบรรทัดฐานชี้ขาดให้ดำเนินคดีดังกล่าวได้ ส่วนกรณีความผิดจากการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่นั้นจะต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครอง โดยพิจารณาไปถึงความเหมาะสมในการปฏิบัติงานตามหน้าที่ทางปกครองด้วย

กรณีความผิดร่วมกัน ความผิดโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ และความผิดจากการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่อาจมีส่วนมาจากความผิดพลาดของหน่วยงานหรือความบกพร่องของการวางแผนการบริหารงานของรัฐ ความเสียหายนี้จึงมิใช่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่แต่เพียงอย่างเดียว ดังนั้นเพื่อเป็นการร่วมกันแก้ไขเยียวยา และชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย และป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ต้องตกเป็นบุคคลล้มละลาย เพราะต้องชำระค่าสินไหมทดแทนจำนวนมากเกินไป สภาแห่งรัฐจึงได้วินิจฉัยคดีโดยสร้างแนวคิดเรื่องการร่วมกันรับผิดชอบ โดยให้ฝ่ายปกครองต้องร่วมกันรับผิดชอบในการชำระค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย แม้เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ แต่ก็อาจมาจากความผิด โดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผสมกับความผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ กฎหมายจึงให้สิทธิผู้เสียหายฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนได้เต็มจำนวนจากฝ่ายปกครอง โดยอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ต่อศาลปกครอง หรือจะยื่นฟ้องต่อตัวเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐต่อศาลยุติธรรมก็ได้ แต่เรียกได้ไม่เกินไปจากความเสียหายที่แท้จริง ตลอดจนความผิดจากเจ้าหน้าที่ แต่มีสาเหตุร่วมมาจากการแต่งตั้งมอบหมาย การจัดหาเครื่องมือ การบริหารจัดการที่ไม่เหมาะสมร่วมอยู่ด้วย ส่วนเรื่องการดำเนินคดี สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยไว้ว่า องค์การตุลาการอาจพิจารณาวินิจฉัยความผิดโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่หรืออาจพิจารณาจากความผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ก็ได้ เนื่องจากความผิดของเจ้าหน้าที่ย่อมมีผลผูกพันต่อความรับผิดชอบในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้เสียหายจึงมีสิทธิที่จะเลือกฟ้องให้ฝ่ายปกครองแบ่งกันรับผิดชอบต่อความเสียหายได้ โดยอาจยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ได้ ถือเป็นกาให้สิทธิในการดำเนินคดีแก่ผู้เสียหาย นอกจากนี้ กรณีความผิดส่วนตัวอาจก่อให้เกิดความรับผิดกับหน่วยงานของรัฐได้ แม้จะไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ แต่มีความสัมพันธ์ และอยู่ในขอบเขตแห่งการปฏิบัติงานตามหน้าที่ รวมถึงความผิดที่เกิดขึ้นนอกเวลาทำการของการปฏิบัติงาน หรือเป็นกรณีเจ้าหน้าที่ละเว้นไม่ปฏิบัติงานตามหน้าที่ ดังนั้นหน่วยงานของรัฐที่ได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ไปแล้ว ก็อาจเรียกคืนจากเจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบได้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หากมีการโต้แย้งเรื่องการเรียกคืนหรือจำนวนของค่าสินไหมทดแทนจะอยู่ในอำนาจชี้ขาดของศาลปกครอง

2.3 พระราชบัญญัติการปฏิรูปจริยธรรมในรัฐบาล ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) ของสหรัฐอเมริกา

กฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ดังนี้⁶

ประการที่ 1 เรื่อง การรับของขวัญหรือของกำนัล และค่าใช้จ่ายในการเดินทางได้มีการกำหนดในกฎหมายใหม่ ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) เพื่อบังคับใช้กับบุคคลทั้งสามฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยกำหนดห้ามสมาชิก พนักงาน และลูกจ้างของรัฐรับของขวัญจากหน่วยงานเอกชนที่มีมูลค่าจากการคาดหวังผลจากการปฏิบัติหน้าที่ตอบแทน มีข้อยกเว้นบางประการที่สามารถรับได้ โดยอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของคณะกรรมการจริยธรรม มีการวางกฎเกณฑ์ไว้ในคู่มือ ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2532) โดยกำหนดห้ามมิให้สมาชิก พนักงาน และลูกจ้างของสภา ไม่สามารถรับของกำนัล ที่มีมูลค่ารวมกันทั้งหมดเกิน \$250 ได้ ภายในระยะเวลา 1 ปี แต่ก็มีข้อยกเว้น ได้แก่ ของขวัญที่มีมูลค่า \$100 หรือต่ำกว่านั้น หรือของขวัญที่เป็นที่พิศส่วนตัวเพื่ออำนวยความสะดวกแต่มีใช้วัตถุประสงค์ทางธุรกิจ หรือของขวัญที่ได้รับจากญาติ รวมถึงคู่สมรส หรือของขวัญที่ได้ด้วยการเลี้ยงอาหารที่มีเจ้าภาพอยู่ด้วยและต้องรับประทานทันที หรือของขวัญที่ได้จากบุคคลซึ่งรู้จักกันมานาน เช่น เพื่อนสนิท

ประการที่ 2 เรื่อง ค่าธรรมเนียมตอบแทนการเขียนบทความ หรือการปราศรัยหรือไปปรากฏตัว มีการกำหนดถึงค่าตอบแทนพิเศษ ที่เป็นเงินสนับสนุนจากกลุ่มผลประโยชน์ เป็นวิธีการทางอ้อมในการก่อให้เกิดความขัดแย้งแห่งผลประโยชน์ที่สภาองเกรสใช้ในการหาสิทธิพิเศษ ที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเรียกรับได้ถึง \$2,000 ในการเขียนบทความลงหนังสือ หรือการปราศรัย หรือไปปรากฏตัว โดยหากเกินข้อจำกัดเรื่องจำนวนเงินก็สามารถทำในรูปแบบของการบริจาคให้แก่องค์กรการกุศลได้ แต่ต้องรายงานต่อคณะกรรมการจริยธรรมของสภา

ประการที่ 3 เรื่อง ค่าตอบแทนจากบริการทางวิชาชีพที่กำหนดห้ามเก็บค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์อื่นใดในการบริการทางวิชาชีพ แต่ไม่รวมถึงค่าตอบแทนตามกฎหมาย หรือจากการเป็นที่ปรึกษา และห้ามไปทำงานอื่นใดนอกจากการปฏิบัติงานตามตำแหน่งหน้าที่

ประการที่ 4 เรื่อง ห้ามทำสัญญากับรัฐโดยกำหนดห้ามทำข้อตกลงหรือข้อสัญญาใดๆ กับรัฐหากฝ่าฝืนเป็นโมฆะ และถูกโทษปรับ

ประการที่ 5 เรื่อง ห้ามรับค่าตอบแทนจากรัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์กรหรือบุคคลซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐหรือประเทศอื่น เว้นแต่สภาองเกรสได้ให้ความยินยอม

ประการที่ 6 เรื่อง ห้ามตกลงว่าจ้างงานในอนาคต กำหนดห้ามเจรจาตกลงงานที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยเฉพาะงานที่จะส่งผลกระทบต่อตำแหน่งหน้าที่ในการทำงาน

⁶U.S. Office of Government Ethics, **Ethics Reform Act of 1989** [Online], available URL: [https://www.oge.gov/web/OGES.nsf/0/3942A940906D39B0852585B6005A15AE/\\$FILE/PL101-194.pdf](https://www.oge.gov/web/OGES.nsf/0/3942A940906D39B0852585B6005A15AE/$FILE/PL101-194.pdf), 2014 (June, 24).

ประการที่ 7 เรื่อง ข้อจำกัดของรายได้ร้อยละ 15 ของภายนอกทุกรูปแบบ เพื่อป้องกันการใช้ตำแหน่งหน้าที่ไปหาผลประโยชน์ส่วนตัว

ประการที่ 8 เรื่อง ข้อจำกัดบางประการหลังพ้นตำแหน่งหน้าที่ เช่น ตั้งใจลาออกหรือทิ้งตำแหน่งทางราชการของตนเพื่อไปทำงานให้กับหน่วยงานเอกชน มีการอาศัยข้อมูลภายในของราชการหรือความลับทางราชการไปใช้ในประโยชน์ของหน่วยงานเอกชน มีการกำหนดห้ามในเรื่องของระยะเวลาภายหลังจากพ้นตำแหน่งไปว่าต้องออกไปแล้วเป็นระยะเวลากี่ปี

ประการที่ 9 เรื่อง ข้อห้ามคู่สมรส ห้ามผลประโยชน์ตกแก่คู่สมรส เช่น ห้ามทำสัญญากับรัฐ

ประการที่ 10 เรื่อง การห้ามโหวตเสียง ในกรณีที่มีส่วนได้เสียโดยส่วนตัว

2.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของสมาชิกสภา ค.ศ. 1988 (พ.ศ. 2531) ของประเทศแคนาดา

กฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ดังนี้⁷
 ประการที่ 1 เรื่อง ไม่ควรใช้ข้อมูลของทางราชการโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ราชการของตนเพื่อผลประโยชน์โดยส่วนตัว

ประการที่ 2 เรื่อง ไม่ควรใช้อำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการเข้าไปมีส่วนในการตัดสินใจใด ๆ เพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว

ประการที่ 3 เรื่อง ไม่ควรรับค่าธรรมเนียมน หรือของขวัญ หรือผลประโยชน์อื่นใดที่เป็นผลประโยชน์ส่วนตัว ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม อันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามตำแหน่งหน้าที่และหากของขวัญหรือประโยชน์อื่นใดมีมูลค่าเกินกว่า \$200 ในแต่ละครั้ง หรือมีมูลค่าไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในระยะเวลา 12 เดือน เมื่อรวมแล้วเกินกว่า \$200 จะต้องยื่นบัญชีทรัพย์สินพร้อมบัญชีแจงเหตุที่มาต่อคณะกรรมการ

ประการที่ 4 เรื่อง ไม่ควรเข้าร่วมในการทำสัญญาหรือผลประโยชน์อื่นใดจากอดีตสมาชิกสภาซึ่งได้ออกจากตำแหน่งไปแล้วในระยะเวลา 12 เดือน เว้นแต่บุคคลอื่นได้รับเช่นกันที่มีใช่เป็นการเฉพาะตัว

ประการที่ 5 เรื่อง ไม่ควรรับจ้างหรือทำงานในวิชาชีพใด หรือทำธุรกิจอันมีผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ หรือดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการองค์กรเอกชน สมาคม องค์กรทางศาสนา หรือพรรคการเมือง

⁷Canadian Legal Information Institute, **Conflict of Interest Act of 1988** [Online], available URL: <https://www.canlii.org/en/pe/laws/stat/rspei-1988-c-c-17.1/latest/rspei-1988-c-c-17.1.html>, 2023 (March, 20).

3. กฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐ

3.1 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการทางปกครองมีรายละเอียด ดังนี้

3.1.1 คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือ มีผลกระทบ ต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ รวมถึงการอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง⁸

3.1.2 ขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่ง มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น⁹ หมายความว่า คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นคำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่เท่านั้น และเจ้าหน้าที่นั้นจะต้องมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องดังกล่าวด้วย เพราะเจ้าหน้าที่แต่ละคนมีอำนาจหน้าที่ ที่แตกต่างกัน และหมายความรวมถึงเรื่องของเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ด้วย ดังนั้น การยื่นคำร้องต่าง ๆ จำเป็นต้องยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในเขตท้องที่นั้นด้วย เพราะหากคำสั่งทางปกครองที่ออก โดยมีใช้เจ้าหน้าที่ในท้องที่ที่มีอำนาจ ก็ทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมิชอบด้วยกฎหมาย

หลักของการออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ และมีอำนาจในเรื่อง นั้น ต้องคำนึงถึงข้อยกเว้นเรื่องของหลักความไม่มีส่วนได้เสียด้วย เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรม ให้แก่คู่กรณี กล่าวคือ หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกหรือพิจารณาด้วยเหตุที่เจ้าหน้าที่ ผู้พิจารณา คำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคู่กรณีเสียเอง หรือเป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี หรือเป็นญาติของ คู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียง ภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น หรือเป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดย ชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี หรือเป็นเจ้าน้ำหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้าง ของคู่กรณี หรือกรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง¹⁰ ได้แก่ เคยเป็นคู่หมั้นหรือ คู่สมรสของคู่กรณี เป็นหรือเคยเป็นผู้ซึ่งอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสกับคู่กรณี เป็นหรือเคยเป็นผู้ซึ่ง อยู่กินกับคู่กรณีที่เป็นบุคคลเพศเดียวกันโดยกำเนิดในลักษณะเดียวกันกับชายหญิงซึ่งอยู่กินกันฉัน สามีภริยา เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานในความเป็นจริงไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้อง ในความเป็นจริงนับได้เพียงภายในสามชั้นของคู่กรณี เป็นหรือเคยเป็นบุตรบุญธรรมของคู่กรณี หรือ

⁸พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 5.

⁹พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 12.

¹⁰พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 13.

เป็นหรือเคยเป็นผู้รับคุ้มครองเป็นบุตรบุญธรรม เป็นลุง ป้า น้า อา ของคู่กรณี เป็นผู้พักอาศัยอยู่ร่วมกับคู่กรณีในสถานที่เดียวกันในลักษณะครัวเรือนเดียวกัน เป็นลูกจ้างหรือ ที่ปรึกษาซึ่งได้รับค่าตอบแทนของคู่กรณี เช่นนี้ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้¹¹

3.1.3 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว ทั้งนี้ คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้ง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบช่วยให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำอุทธรณ์ดังกล่าวพิจารณาคำอุทธรณ์ และแจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกิน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนภายในกำหนดเวลา 30 วันดังกล่าว กรณีที่เจ้าหน้าที่ซึ่งรับคำอุทธรณ์ดังกล่าวไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ให้รายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลา 30 วันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์พิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ตนได้รับรายงาน ถ้ามีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวได้ ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์มีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดเวลาดังกล่าว และให้ขยายระยะเวลาพิจารณาคำอุทธรณ์ออกไปได้ไม่เกิน 30 วันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว ความดังกล่าวข้างต้นนี้ ไม่ใช้กับกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹²

3.2 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ มีรายละเอียด ดังนี้

3.2.1 การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ แบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อเอกชน และกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐในสังกัด และหน่วยงานอื่นของรัฐ ดังนี้

กรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อเอกชน แบ่งเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่การกระทำละเมิดเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ และกรณีที่การกระทำละเมิดมิได้เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ ดังนี้

1) กรณีที่การกระทำละเมิดเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ กรณีดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะ

¹¹กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

¹²พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 44-45.

ฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ แต่ถ้การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใด ให้ถือว่า กระทบการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบแทน¹³

2) กรณีที่การกระทำละเมิดมิได้เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ กรณีดังกล่าวกฎหมาย กำหนดให้การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ ถ้ามิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบ ในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของ รัฐไม่ได้¹⁴

กรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐในสังกัด และหน่วยงานอื่นของรัฐ แบ่งเป็น 4 กรณี ได้แก่ (1) กรณีที่การกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐในสังกัดเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ ของเจ้าหน้าที่ (2) กรณีที่การกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐในสังกัดมิได้เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ ของเจ้าหน้าที่ (3) กรณีที่การกระทำละเมิดต่อหน่วยงานอื่นของรัฐเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ และ (4) กรณีที่การกระทำละเมิดต่อหน่วยงานอื่นของรัฐมิได้เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่

3.2.2 การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของเจ้าหน้าที่ แบ่งเป็น 2 กรณี ดังนี้

1) กรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำแบบส่วนตัว กรณีดังกล่าวกฎหมาย กำหนดให้การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ ถ้ามิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบ ในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของ รัฐไม่ได้¹⁵ ดังนั้น ก็ต้องบังคับให้เป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 420

2) กรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบแม้จะเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ กฎหมาย กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำใน การปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้¹⁶ ดังนั้น เมื่อหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบแก่ผู้เสียหาย หน่วยงานของรัฐจะมาเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำ ละเมิดรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐได้เฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่า เป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบหรือรับผิดชอบด้วย¹⁷ และเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบต่อหน่วยงานของรัฐก็ต่อ เมื่อเจ้าหน้าที่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น¹⁸ กล่าวคือ เมื่อหน่วยงาน ของรัฐรับผิดชอบต่อผู้เสียหายแล้ว หน่วยงานของรัฐก็มีสิทธิไล่เบี้ยต่อเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดโดย จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้ แต่ถ้าความเสียหายเกิดจากการประมาทเลินเล่อธรรมดา

¹³พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, มาตรา 5.

¹⁴พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, มาตรา 6.

¹⁵พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, มาตรา 6.

¹⁶พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, มาตรา 5 วรรคหนึ่ง.

¹⁷พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, มาตรา 7 วรรคหนึ่ง.

¹⁸พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, มาตรา 8 วรรคหนึ่ง.

เช่นนี้ หน่วยงานของรัฐก็ไม่อาจเรียกเอากับเจ้าหน้าที่ได้ หรืออาจอธิบายได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวได้ยกระดับความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ โดยเจ้าหน้าที่จะมีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวเพียง 2 ระดับเท่านั้น คือ กรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แสดงให้เห็นว่าในกรณีที่เจ้าหน้าที่ประมาทเลินเล่อธรรมดา หน่วยงานของรัฐไม่มีสิทธิไล่เบี้ย ซึ่งเป็นการยกระดับให้ดีขึ้น จึงไม่มีความลึกลับในการปฏิบัติหน้าที่ระหว่างเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และเจ้าพนักงานบังคับคดีกับเจ้าหน้าที่อื่นอีกต่อไป¹⁹

3.3 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

กฎหมายดังกล่าวในเรื่องของการอุทธรณ์ มีรายละเอียด ดังนี้²⁰

มาตรา 114 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ บุคคลผู้มีสิทธิอุทธรณ์ คือ ผู้ใดก็ตามซึ่งถูกสั่งลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา 110(1)(3)(5)(6)(7) และ (8) ผู้นั้นมีสิทธิอุทธรณ์ต่อ ก.พ.ค. ภายใน 30 วันนับแต่วันทราบหรือถือว่าทราบคำสั่ง โดยการอุทธรณ์ และการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.ค.

มาตรา 121 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ กรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวอาจถูกคัดค้านได้เมื่อมีกรณี ดังต่อไปนี้ (1) รู้เห็นเหตุการณ์ในการกระทำผิดวินัยที่ผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษหรือการถูกสั่งให้ออกจากราชการ (2) มีส่วนได้เสียในการกระทำผิดวินัยที่ผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษหรือการถูกสั่งให้ออกจากราชการ (3) มีสาเหตุโกรธเคืองกับผู้อุทธรณ์ (4) เป็นผู้กล่าวหา หรือเป็นหรือเคยเป็นผู้บังคับบัญชาผู้สั่งลงโทษหรือสั่งให้ออกจากราชการ (5) เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางวินัยหรือการสั่งให้ออกจากราชการที่ผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษหรือถูกสั่งให้ออกจากราชการ และ (6) มีความเกี่ยวพันทางเครือญาติหรือทางการสมรสกับบุคคลตาม (1)(2)(3) หรือ (4) อันอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้อุทธรณ์

มาตรา 118 กำหนดให้ ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์นั้น ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 120 วันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ เว้นแต่มีเหตุขัดข้องที่ทำให้การพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ก็ให้ขยายระยะเวลาได้อีกซึ่งขยายได้ไม่เกิน 2 ครั้ง โดยแต่ละครั้งจะต้องไม่เกิน 60 วัน และให้บันทึกเหตุขัดข้องให้ปรากฏไว้ด้วย

¹⁹กมลชัย รัตนสากววงศ์, สารระสำคัญ และหลักกฎหมาย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539), หน้า 14, อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Law on Administrative Procedure and Liability for The Wrongful Acts of Officials) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561), หน้า 183.

²⁰นิติบัญญัติ นุเวตวงศ์กมล, กฎหมายเกี่ยวกับระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (Law on Administrative of State Affairs) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2565), หน้า 78 – 81.

มาตรา 116 กำหนดให้ เมื่อ ก.พ.ค. พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยนั้นภายใน 30 วันนับแต่วันที่ ก.พ.ค. มีคำวินิจฉัย หากมีกรณีที่ผู้อุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของ ก.พ.ค. ให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดภายใน 90 วันนับแต่วันที่ทราบหรือถือว่าทราบคำวินิจฉัยของ ก.พ.ค. ทั้งนี้ ผู้บังคับบัญชาผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของ ก.พ.ค. ภายใน 30 วันนับแต่ ก.พ.ค. มีคำวินิจฉัย ให้ถือว่าผู้บังคับบัญชาผู้นั้นจงใจละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น

มาตรา 120 กำหนดให้ ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้ ก.พ.ค. มีอำนาจไม่รับอุทธรณ์ยกอุทธรณ์หรือมีคำวินิจฉัยให้แก้ไขหรือยกเลิกคำสั่งลงโทษ และให้เยียวยาความเสียหายให้ผู้อุทธรณ์หรือให้ดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมได้ ตามระเบียบที่ ก.พ.ค. กำหนด ทั้งนี้ การวินิจฉัยให้แก้ไขหรือให้ดำเนินการอื่นข้างต้น ก.พ.ค. จะให้เพิ่มโทษไม่ได้ เว้นแต่เป็นกรณีได้รับแจ้งจาก ก.พ. ตามมาตรา 104 ว่าสมควรเพิ่มโทษ ในกรณีเช่นนั้น ก.พ.ค. มีอำนาจวินิจฉัยให้เพิ่มโทษได้

4. วิเคราะห์ปัญหาจากการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

4.1 ปัญหาจากการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

4.1.1 ปัญหาจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ประเด็นปัญหาเรื่องคำนิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กฎหมายกำหนดให้ “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล...”²¹

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่บัญญัติว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้น “ระหว่างบุคคล” อาจจะทำให้เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนได้ว่าเมื่อเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองหรือได้ใช้อำนาจดังกล่าวไปแล้ว ผลที่ตามมาคือจะก่อให้เกิดการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคลขึ้นได้ กล่าวคือ เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่มีผลมาจากคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ มิได้เป็นเรื่องระหว่างเจ้าหน้าที่กับบุคคล (เอกชน) ตามที่เจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการ ดังนั้น เพื่อให้คำสั่งทางปกครองมีลักษณะตามหลักความชัดเจนแน่นอน

²¹พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

ของกฎหมาย (Certainty) ไม่มีลักษณะที่สามารถตีความความหมายได้หลายนัยหรือมีช่องทางที่ดีความไปแนวทางเป็นประโยชน์แก่ผู้นำกฎหมายไปใช้หรือ มีลักษณะไม่ครอบคลุมเพียงพอต่อการนำไปใช้ในสถานการณ์ต่างๆ ดังนั้นคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้เข้าใจได้ว่ามี การบังคับหรือมีการห้ามกับบุคคลใด ให้กระทำการใดในเรื่องใดเพื่อประโยชน์อันใด และหากฝ่าฝืนจะมีโทษเช่นใด เพื่อไม่ทำให้ประชาชนผู้รับคำสั่งปฏิบัติตามได้ยาก และก่อให้เกิดความสับสนขึ้นได้ หรือปฏิบัติไปแล้วแต่กลับผิดคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า กฎหมายที่ไม่มีความชัดเจนแน่นอน ถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ²²

ประเด็นปัญหาเรื่องคำนิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กฎหมายกำหนดให้ “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่...มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล...”²³

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่บัญญัติว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ มีผลกระทบต่อสถานภาพของ “สิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล” ดังกล่าวอาจจะมีได้ครอบคลุมถึงลักษณะของคำสั่งทางปกครอง เพราะในบางเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่อาจจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อ “เสรีภาพ” ของบุคคลก็ได้ หรือหากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเห็นได้ว่า มีบทบัญญัติที่บัญญัติถึง “สิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่” ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยในหมวด 3 และหน้าที่ของปวงชนชาวไทยในหมวด 4²⁴ ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงสิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่ของปวงชนชาวไทยตามที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดไว้ด้วย เพื่อให้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รวมถึงสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ (Legal State) เรื่อง การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Protection of the rights and freedoms of citizens)²⁵ หากเกิดการละเมิดขึ้นก็จะต้องมีการคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพโดยองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นผู้ตัดสินชี้ขาด คือ องค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ (ศาล) ตลอดจนสอดคล้องกับหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) ที่การใช้อำนาจอธิปไตยของผู้ปกครอง ทั้งในรูปแบบของตัวบทกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย ตลอดจนการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี

²²พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “บทสัมภาษณ์ความเห็นทางวิชาการ เรื่อง หลักนิติธรรมกับสภาพของสังคมประเทศไทย,” วารสารจตุรนิติ, (ธันวาคม 2554): 20.

²³พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

²⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

²⁵สิทธิกร ศักดิ์แสง, หลักกฎหมายมหาชน (Principle of Public Law) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554), หน้า 201.

โดยคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ²⁶ อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองที่กระทบกระเทือนสิทธิ และเสรีภาพดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นใน บางเรื่องเช่น ในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่มีบทบัญญัติบางประการ เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลไว้²⁷

ประเด็นปัญหาเรื่องข้อยกเว้นของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกฎกระทรวงกำหนด กรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 พิจารณาจากบทบัญญัติใน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 12 ที่กำหนดไว้ว่า คำสั่งทางปกครอง จะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ และต้องเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อ ยกเว้นที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทางปกครองซึ่งกำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา 13²⁸ ที่เจ้าหน้าที่ซึ่ง จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ ได้แก่ (1) เป็นคู่กรณีเอง (2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี (3) เป็นญาติของคู่กรณีคือเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับ ได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น (4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดย ชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี (5) เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้หรือเป็นนายจ้าง ของคู่กรณี และ (6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ปัจจุบันในระหว่างการศึกษา พบว่า มีการกำหนดกรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เพิ่มเติม เพื่อให้การพิจารณาทางปกครองมีความเป็นกลางมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ ในกฎกระทรวงกำหนด กรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้ (1) เคยเป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี (2) เป็นหรือเคยเป็นผู้ซึ่งอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยมิได้ จดทะเบียน สมรสกับคู่กรณี (3) เป็นหรือเคยเป็นผู้ซึ่งอยู่กินกับคู่กรณีที่ เป็นบุคคลเพศเดียวกัน โดยกำเนิดในลักษณะ เดียวกันกับชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภริยา (4) เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานในความเป็นจริงไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องในความเป็นจริงนับได้เพียงภายในสามชั้นของคู่กรณี (5) เป็นหรือ

²⁶พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, เรื่องเดิม, หน้า 20.

²⁷พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548.

มาตรา 16 ของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กำหนดไว้ว่า “ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง.

²⁸พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

เคยเป็นบุตรบุญธรรมของคู่กรณี หรือเป็นหรือเคยเป็นผู้รับคู่กรณีเป็นบุตรบุญธรรม (6) เป็นลุง ป้า น้า อา ของคู่กรณี (7) เป็นผู้พักอาศัยอยู่ร่วมกับคู่กรณีในสถานที่เดียวกันในลักษณะครัวเรือนเดียวกัน และ (8) เป็นลูกจ้างหรือที่ปรึกษาซึ่งได้รับค่าตอบแทนของคู่กรณี²⁹

ผู้เขียนมีความเห็นว่า จากบทบัญญัติที่ใช้บังคับในปัจจุบันนั้น จะเห็นได้ว่า

1) ในมาตรา 13(1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ว่า “เป็นคู่กรณีเอง” มิได้มีการกำหนดเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ซึ่งจะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ เพราะเป็นคู่กรณีเสียเอง ไม่ว่าจะเป็นผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับมาตรา 20 VwVfG แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่กำหนดห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็น “คู่กรณี” วัตถุประสงค์ก็เพื่อมิให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์ทับซ้อนใช้อำนาจในการพิจารณาทางปกครอง³⁰ ส่วนในมาตรา 121 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ก็มีการกำหนดลักษณะของกรรมาการวินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งอาจถูกคัดค้านได้หากมีส่วนได้เสีย เช่น (1) รู้เห็นเหตุการณ์ในการกระทำผิดวินัยที่ผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษหรือการถูกสั่งให้ออกจากราชการ (2) มีส่วนได้เสียในการกระทำผิดวินัยที่ผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษหรือการถูกสั่งให้ออกจากราชการ (3) มีสาเหตุโกรธเคืองกับผู้อุทธรณ์ (4) เป็นผู้กล่าวหา หรือเป็นหรือเคยเป็นผู้บังคับบัญชาผู้ส่งลงโทษหรือสั่งให้ออกจากราชการ (5) เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางวินัยหรือการสั่งให้ออกจากราชการที่ผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษหรือถูกสั่งให้ออกจากราชการ³¹

2) ในมาตรา 13(2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้ “เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี”³² หมายความว่า คำว่า “เป็น” หมายความว่า ถึง ปัจจุบันเท่านั้น มิได้นับรวมถึงอดีตที่เคยเป็นด้วย ส่วนคำว่า “คู่หมั้น” ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 1435 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ การหมั้นจะทำได้ก็ต่อเมื่อชาย และหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้จะต้องเป็น “เพศ” ชายและหญิงเท่านั้น และ “อายุ” จะต้อง 17 ปีบริบูรณ์ โดยหากฝ่าฝืนจะเป็นโมฆะตามมาตรา 1435 วรรคสอง และกรณีผู้เยาว์จะทำการหมั้นได้ ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลในมาตรา 1436 เสียก่อน เช่นเดียวกับกับ คำว่า “คู่สมรส” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ที่กำหนดให้การสมรส จะทำได้ต่อเมื่อชาย และ

²⁹ กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

³⁰ วรนาрі สิงห์โต, เรื่องเดิม.

³¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551.

³² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

หญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้จะต้องเป็น “เพศ” ชายและหญิงเท่านั้น” และ “อายุ” จะต้อง 17 ปีบริบูรณ์ แต่หากมีกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรส ก่อนหน้านั้นก็ได้³³ อย่างไรก็ตาม ในระหว่างการศึกษา พบว่า มีการแก้ไขเพิ่มเติมในบทบัญญัติเรื่องการหมั้น และการสมรสดังกล่าวแล้ว โดยใช้คำว่า “บุคคล” และ “อายุ 18 ปีบริบูรณ์” แทน จะเห็นได้ว่า ทั้งบทบัญญัติในเรื่องการหมั้น และการสมรส กฎหมายเดิมกำหนดให้พิจารณาจากสภาพความเป็นปัจจุบันเท่านั้น ดังนั้น หากไม่ได้เป็นคู่หมั้นหรือไม่ได้เป็นคู่สมรสในปัจจุบัน แต่ในอดีตเคยเป็นคู่หมั้นหรืออดีตเคยเป็นคู่สมรส เช่น ชาย และหญิงคู่ใดซึ่งหย่ากันแล้วตามกฎหมาย และฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ หากในอนาคตจะต้องทำการพิจารณาทางปกครองให้อีกฝ่ายหนึ่งก็จะสามารถพิจารณาทางปกครองได้ ไม่เข้าข้อยกเว้นด้วยเหตุนี้เองก็อาจจะก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางขึ้นได้ดังนั้นในปัจจุบันกฎกระทรวง กำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (1) จึงได้กำหนดเพิ่มเติม คำว่า “เคยเป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี” ด้วย³⁴ หมายความว่า คำว่า “เคย” หมายความว่า อดีตที่เคยเป็นด้วย กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้ทั้งในอดีตที่เคยเป็นคู่หมั้น หรือเคยเป็นคู่สมรส และในปัจจุบันที่เป็นคู่หมั้น หรือในปัจจุบันที่เป็นคู่สมรส หากมีกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เป็นเจ้าหน้าที่ และจะต้องทำการพิจารณาทางปกครองฝ่ายนั้นก็จะไม่สามารถพิจารณาทางปกครองได้ เข้าข้อยกเว้น ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับมาตรา 20 VwVfG แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่กำหนดห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็น “ผู้ที่เกี่ยวข้องหรือญาติของคู่กรณี ซึ่งได้แก่ คู่หมั้น คู่สมรส หรือคู่ชีวิต ญาติ และญาติทางการสมรสสายตรง พี่น้อง บุตรของพี่น้อง คู่สมรสของพี่น้อง หรือพี่น้องของคู่สมรส” ตลอดจนในบางกรณีที่แม้ว่าการสมรสสิ้นสุดลงแล้ว แต่ก็ถือว่า คู่สมรสเดิม หรือญาติทางการสมรสเดิม และคู่สมรสเดิมของพี่น้องหรือพี่น้องของ คู่สมรสเดิมยังคงเป็น ญาติของคู่กรณี วัตถุประสงค์ก็เพื่อมิให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์ทับซ้อนใช้อำนาจใน พิจารณาทางปกครอง³⁵ ตลอดจนในรัฐบัญญัติการปฏิรูปจริยธรรมในรัฐบาล ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) ของสหรัฐอเมริกาที่บังคับใช้กับบุคคลทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และ ฝ่ายตุลาการ ในเรื่องข้อห้าม ของคู่สมรสที่กำหนดห้ามใช้อำนาจ และมีผลประโยชน์ตกแก่คู่สมรสด้วย³⁶

นอกจากนี้ ยังกำหนดเพิ่มเติมในกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการ พิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (3) ว่า “เป็นหรือเคยเป็นผู้ซึ่งอยู่กินกับคู่กรณีที่เป็บุคคลเพศเดียวกัน โดยกำเนิดในลักษณะเดียวกันกับชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยา”³⁷ หมายความว่า ในปัจจุบันยังรวมถึง

³³ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์.

³⁴กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

³⁵วรนาธิ สิงห์โต, เรื่องเดิม.

³⁶U.S. Office of Government Ethics, op. cit.

³⁷กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

บุคคลที่เป็นเพศเดียวกันโดยกำเนิดโดยดูตามสภาพความเป็นจริงด้วย แต่หากมีลักษณะของการอยู่ด้วยกันในฐานะที่เป็นสามีภริยา ไม่ว่าจะในอดีตหรือปัจจุบัน ก็ห้ามพิจารณาทางปกครองด้วยเช่นเดียวกัน เนื่องจากในปัจจุบันรัฐให้ความสำคัญในเรื่องของสิทธิความเท่าเทียมกันของผู้มีความหลากหลายทางเพศ ตลอดจนเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคสาม ความตอนหนึ่ง กำหนดห้ามมิให้เลือกปฏิบัติต่อเพศ และอายุ³⁸ ซึ่งที่ผ่านมาอาจจะทำให้เดิมที่คำสั่งทางปกครองบางอย่างบางประการที่ผู้พิจารณาทางปกครองเป็นบุคคลที่เป็นเพศเดียวกัน แต่มีลักษณะของการคบหากันฉันสามีภริยา มีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวได้ อาจส่งผลให้เกิดความไม่เป็นกลางกับคู่กรณีได้ เพื่อให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย กฎหมายจึงกำหนดเรื่องดังกล่าวนี้เพิ่มเติมโดยคำนึงถึงสภาพสังคมในปัจจุบันที่ต้องเปลี่ยนแปลงให้ทันตามยุคสมัย เพื่อตอบสนองความต้องการทางสังคมให้ดียิ่งขึ้น แต่ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญที่เคยมีคำวินิจฉัยที่ 20/2564 ว่าประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์เรื่องการสมรสที่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นเพศชาย และหญิงเท่านั้น ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และความเสมอภาค เพราะมิได้มีข้อความใดที่คุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ และการที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าวเพื่อสร้างครอบครัว การสมรสจึงต้องเป็นเพศชาย และหญิงเท่านั้น รวมตลอดถึงการมีบุตร ส่วนการสมรสในระหว่างบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่อาจสร้างความผูกพันอันละเอียดอ่อนดังกล่าวได้³⁹ อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อสังเกตว่าหน่วยงานของรัฐตลอดจนเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องสมควรดำเนินการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิ และหน้าที่ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต่อไป ดังนั้นในส่วนของกฎกระทรวงฯ ดังกล่าวนี้ จึงได้กำหนดเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อมิให้เกิดความไม่เป็นกลางแก่คู่กรณีขึ้น

จากกรณีดังกล่าวตามกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (2) และ (3) ที่กฎกระทรวงฯ กำหนดเพิ่มเติมนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งจะทำการพิจารณาทางปกครองผู้ใดเคยเป็นอดีตคู่หมั้น และคู่สมรส ไม่ว่าจะเป็นคนละเพศกัน (ชาย และหญิง) หรือเพศเดียวกันโดยกำเนิด แต่มีลักษณะเดียวกันกับชายหญิงซึ่งอยู่กินกันฉันสามีภริยา ในทางปฏิบัติในเรื่องของการพิสูจน์ว่ามีสภาพที่เข้าช้อยกเว้นดังกล่าว จะมีการพิสูจน์หรือใช้หลักฐานใดในการพิจารณาว่าไม่สามารถพิจารณาทางปกครองได้ เพราะเข้าช้อยกเว้น กล่าวคือกรณีคนละเพศกัน (ชาย และหญิง) จัดทะเบียนสมรสกัน ปัจจุบันได้หย่ากันแล้ว แสดงว่าในอดีตเคยเป็นคู่สมรสกัน กรณีนี้สามารถพิสูจน์ได้ทั้งจากใบสำคัญการสมรส และจากใบสำคัญการหย่า แต่หากเป็นกรณีเพศเดียวกันโดยกำเนิดแต่มีลักษณะเดียวกันกับชายหญิงซึ่งอยู่กินกันฉันสามีภริยา แต่ปัจจุบัน

³⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

³⁹คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564.

ได้เลิกคบหากันแล้ว กฎหมายไทยในปัจจุบันไม่สามารถจดทะเบียนสมรสได้ แสดงว่าไม่มีใบสำคัญการสมรส และก็จะไม่มีใบสำคัญการหย่า การจะพิสูจน์ว่าทั้งคู่ได้เคยเป็นอดีตผู้ซึ่งอยู่กินกันฉันสามีภริยา แต่เป็นเพศเดียวกันนี้ จะสามารถพิสูจน์ได้อย่างไร และใช้หลักฐานใดในการอ้างอิง ถึงจะห้ามมิให้พิจารณาทางปกครองได้ ยกตัวอย่างเช่น อาจมีกฎหมายที่กำหนดให้เพศเดียวกัน แต่มีลักษณะทำนองเดียวกันกับสามีภริยา แต่ในระหว่างที่กฎหมายดังกล่าวยังไม่ประกาศใช้บังคับ ในระหว่างนี้หากมีลักษณะความไม่เป็นกลางทำนองนี้เกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งซึ่งมีเพศเดียวกัน โดยกำเนิดที่มีลักษณะเดียวกันกับชายหญิง ซึ่งอยู่กินกันฉันสามีภริยา ไม่ว่าจะในอดีตหรือปัจจุบัน ก็จะสามารถพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นได้นอกจากนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าในเรื่องของระยะเวลา ที่เป็นทั้งอดีตและปัจจุบันก็อาจจะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อตัวเจ้าหน้าที่เอง เพราะการคบหากันนั้นอาจจะเป็นระยะเวลาไม่นาน เพียงไม่กี่วันก็ได้ การที่จะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งมีลักษณะของความไม่เป็นกลางไปตลอดอันมีลักษณะเป็นการถาวร อาจจะส่งผลในการปฏิบัติหน้าที่ได้

3) ในมาตรา 13(3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ว่า “เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น”⁴⁰ และเพิ่มเติมในกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (4) “เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานในความเป็นจริงไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องในความเป็นจริงนับได้เพียงภายในสามชั้นของคู่กรณี”⁴¹ จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้กรณีความสัมพันธ์ในทางเครือญาติ เพิ่มเติมคำว่า “ในความเป็นจริง” แสดงว่า กฎหมายต้องการใช้บังคับเฉพาะเจ้าหน้าที่ซึ่งมีความสัมพันธ์ในทางเครือญาติในสถานะความเป็นญาติที่แท้จริงเท่านั้นที่ห้ามพิจารณาในทางปกครอง กล่าวคือ ห้ามบุพการีที่แท้จริง หรือผู้สืบสันดานที่แท้จริง และห้ามพี่น้อง หรือลูกพี่ลูกน้องในความเป็นจริง นอกจากนี้ กฎหมายยังมีการกำหนดลำดับชั้นของเครือญาติเอาไว้ว่าใช้บังคับได้เพียงลำดับชั้นใด ทั้งกรณีบุพการีหรือผู้สืบสันดานในความเป็นจริงไม่ว่าชั้นใด ๆ ทั้งกรณีเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้อง ในความเป็นจริงนับได้เพียงภายในสามชั้นของคู่กรณี หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงาน นับได้เพียงสองชั้น แสดงว่าในกรณีความสัมพันธ์ในลำดับชั้นอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดเจ้าหน้าที่ลำดับชั้นนอกเหนือจากนี้ก็จะสามารถพิจารณาทางปกครองได้ ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับมาตรา 20 VwVfG แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่กำหนดห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็น “ผู้ที่เกี่ยวข้องหรือญาติของคู่กรณี ซึ่งได้แก่ คู่หมั้น คู่สมรส หรือคู่ชีวิตญาติ และญาติทางการสมรสสายตรงพี่น้อง บุตรของพี่น้อง คู่สมรสของพี่น้อง หรือพี่น้องของ

⁴⁰พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁴¹กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

คู่สมรส” ตลอดจนในบางกรณีที่ว่าแม้ว่าการสมรสสิ้นสุดลงแล้ว แต่ก็ถือว่าคู่สมรสเดิม หรือญาติทางการสมรสเดิม และคู่สมรสเดิมของพี่น้องหรือพี่น้องของคู่สมรสเดิม ยังคงเป็นญาติของคู่กรณี แต่มีความแตกต่างกันตรงการจัดลำดับของญาติที่คำนึงถึงความใกล้ชิดในครอบครัวเป็นสำคัญ เนื่องจากมีลักษณะของวัฒนธรรมครอบครัวที่แตกต่างกัน ทำให้ในกฎหมายเยอรมัน มาตรา 20 วรรคห้า ข้อ 3 VwVfG ญาติทางการสมรสจึงนับญาติสายตรง แต่ในกฎหมายไทยการจัดลำดับของญาติกำหนดนับญาติซึ่งเกี่ยวพันทางการแต่งงานนับได้เพียงสองชั้นเท่านั้นอย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ก็เพื่อมิให้เจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์ทับซ้อนใช้อำนาจในพิจารณาทางปกครอง⁴² ส่วนในมาตรา 121 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ก็มีการกำหนดลักษณะของกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ที่อาจถูกคัดค้านได้หากมีส่วนได้เสียใน (6) มีความเกี่ยวพันทางเครือญาติหรือทางการสมรสกับบุคคลตาม (1)(2)(3) หรือ (4) อันอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้อุทธรณ์ แต่ก็กำหนดไว้เฉพาะเป็นปัจจุบันเท่านั้น

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ เป็นการที่กฎหมายคำนึงถึงเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจ และไม่ใช่นับถึงแค่ตัวเจ้าหน้าที่แต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังคำนึงถึงบุคคลแวดล้อมของตัวเจ้าหน้าที่เองซึ่งน่าจะทำให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทางปกครองแล้วเกิดความ ไม่เป็นกลางขึ้นได้ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจที่จะนำไปสู่ความไม่เป็นกลางดังกล่าว กฎหมายจึงกำหนดไว้เช่นนี้ ซึ่งถือเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ดี อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตบางประการของการกำหนดเกี่ยวกับลำดับชั้นดังกล่าวด้วยเหตุผลที่ว่า ความสัมพันธ์ในทางเครือญาติ ทั้งกรณีพี่น้อง หรือกรณีลูกพี่ลูกน้องในความเป็นจริงนับได้เพียงภายในสามชั้นของคู่กรณี ตลอดจนกรณีญาติที่เกี่ยวข้องพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้นนั้น จะเห็นได้ว่า ในความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสภาพแวดล้อมในทางสังคม มนุษย์เราหรือตัวเจ้าหน้าที่เองนั้นมิได้มีความผูกพันหรือความสัมพันธ์ พุดคุย ติดต่อกัน สื่อสารกัน หรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกัน เฉพาะลำดับชั้นตามที่กฎหมายกำหนด แต่ยังมีความสัมพันธ์ในทางต่าง ๆ ที่อยู่นอกเหนือลำดับชั้นดังกล่าวด้วย กล่าวคือ ในลำดับชั้นอื่น ๆ อาจจะมี ความผูกพันกัน หรือสนิทสนมกันมากกว่าที่อยู่ในภายในลำดับชั้นตามที่กฎหมายกำหนดก็ได้ ดังนั้น อาจจะทำให้เกิดความไม่เป็นกลางทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสามารถพิจารณาทางปกครองได้ เพราะไม่เข้าข่ายกเว้นไม่อยู่ในลำดับชั้นที่กฎหมายได้กำหนดห้ามไว้

นอกจากนี้ ในกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (6) กำหนดไว้ว่า “เป็นลูก ป้า น้า อา ของคู่กรณี”⁴³ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดดังกล่าวเป็นลักษณะของการกำหนดเกี่ยวกับ “ญาติ” เช่นเดียวกันโดย คำว่า “ญาติ” ตามพจนานุกรม

⁴²วรณาริ สิงห์โต, เรื่องเดิม.

⁴³กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง คนในวงศ์วานที่ยังนับรู้กันได้ทางเชื้อสายฝ่ายพ่อหรือฝ่ายแม่ แต่ยังมีได้รวมตลอดถึง “เป็นหรือเคยเป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของลุง ป้า น้า อา ของคู่กรณี” ด้วย

4) ในมาตรา 13(5) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ว่า “เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี”⁴⁴ และกำหนดในกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (5) เพิ่มเติมว่า “เป็นหรือเคยเป็นบุตรบุญธรรมของคู่กรณี หรือเป็นหรือเคยเป็นผู้รับคู่กรณีเป็นบุตรบุญธรรม”⁴⁵ กล่าวคือ กฎหมายกำหนดทั้งในอดีต และปัจจุบันว่ามีลักษณะต้องห้าม ไม่สามารถพิจารณาทางปกครองได้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์⁴⁶ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกำหนดดังกล่าว ไม่ได้ครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ในเรื่องอื่น ๆ เช่น กรณีเป็นหรือเคยเป็นผู้อุปการะของบุคคลวิกลจริตซึ่งบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องร้องขอต่อศาลให้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ

5) กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (7) กำหนดไว้ว่า “เป็นผู้พักอาศัยร่วมกับคู่กรณีในสถานที่เดียวกันในลักษณะครัวเรือนเดียวกัน”⁴⁷ ผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีดังกล่าวมีลักษณะของการอยู่ร่วมกันกับคู่กรณีในปัจจุบัน ซึ่งไม่ได้รวมถึงเคยเป็นหรืออดีตด้วย ดังนั้น หากอดีตเคยเป็นผู้พักอาศัยอยู่ร่วมกับคู่กรณีเป็นระยะเวลาหลายปี ก็จะไม่เข้าข่ายข้อยกเว้นดังกล่าวได้ ตลอดจนมิได้มีการกำหนดระยะเวลาในการพักอาศัยอยู่ร่วมกับคู่กรณีด้วย จึงมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าจะต้องอยู่ร่วมกับคู่กรณีเป็นระยะเวลาานเท่าใด กี่วัน กี่เดือน หรือกี่ปี และต้องติดต่อกันเนื่องกันหรือเว้นระยะเวลาในการอยู่ร่วมกันได้ แคไหน เพียงใด รวมถึงสถานที่เดียวกัน ในลักษณะครัวเรือนเดียวกัน หมายความว่า สถานที่ใด หากพิจารณาตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 คำว่า “ครัวเรือน” หมายความว่า ครอบครัวที่อยู่ในบ้านเรือนเดียวกัน⁴⁸ เช่น กรณีอยู่ในบ้านเลขที่เดียวกัน แต่มีอาณาเขตที่กว้างขวาง โดยพักอาศัยอยู่คนละหลัง หรือกรณีบ้านเช่าที่ใช้หลังคาเดียวกัน แต่มีการแบ่งห้องกำแพง ผนัง ออกจากกันอย่างชัดเจน โดยใช้กำแพงเดียวกัน บ้านเลขที่เดียวกัน

6) ในมาตรา 13(5) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ว่า “เป็นเจ้านี่หรือเป็นลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี”⁴⁹ และในกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (8) กำหนดเพิ่มเติมว่า “เป็นลูกจ้าง

⁴⁴พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁴⁵กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

⁴⁶ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์.

⁴⁷กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

⁴⁸สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [Online], available URL: <https://dictionary.orst.go.th/index.php>, (มิถุนายน, 17).

⁴⁹พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

หรือที่ปรึกษาซึ่งได้รับคำตอบแทนของคู่กรณี”⁵⁰ ผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีดังกล่าว มีลักษณะของการกำหนดไว้เฉพาะในปัจจุบันเท่านั้น ทั้งเป็นเจ้าหน้าที่ เป็นลูกหนี้ เป็นนายจ้าง เป็นลูกจ้าง หรือเป็นที่ปรึกษา ไม่รวมถึงกรณีที่เคยเป็นเจ้าหน้าที่ เคยเป็นลูกหนี้ เคยเป็นนายจ้าง เคยเป็นลูกจ้าง หรือเคยเป็นที่ปรึกษาด้วย เช่น กรณีเป็นหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ เรื่อง ความระงับหนี้ ได้แก่ การชำระหนี้ ปลดหนี้ หักกลบบหนี้ แปรหนี้ใหม่ และหนี้เคลื่อนกลืนกัน⁵¹ หากในอดีตเจ้าหน้าที่เคยเป็นเจ้าหน้าที่ แต่ปัจจุบันไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่กับลูกหนี้แล้ว เพราะเจ้าหน้าที่คนนี้ปลดหนี้ให้ด้วยการแสดงเจตนาละสิทธิเรียกร้องที่ตนมีต่อลูกหนี้เป็นจำนวนเงินมาก ปัจจุบันจึงไม่มีสิทธิ และหน้าที่ต่อกันแล้ว หรือหากในอดีตเจ้าหน้าที่เคยเป็นลูกหนี้ แต่ปัจจุบันไม่ได้เป็นลูกหนี้แล้ว เพราะเจ้าหน้าที่คนนี้ปลดหนี้ให้ด้วยการแสดงเจตนาละสิทธิเรียกร้องที่ตนมีต่อลูกหนี้เป็นจำนวนเงินมากปัจจุบันจึงไม่มีสิทธิ และหน้าที่ต่อกันแล้ว หรือหากในอดีตเจ้าหน้าที่เคยเป็นลูกจ้างซึ่งได้รับคำตอบอย่างสูงมาก เพราะนายจ้างมีความไว้วางใจ สนิทสนมกัน และอยู่ด้วยกันมานาน ซึ่งเมื่อพิจารณากับลักษณะงานที่ได้จ้างไปนั้น เห็นว่าคำตอบไม่ได้มีความเหมาะสมกับลักษณะของงานที่ได้จ้าง หรืออาจด้วยเหตุที่นายจ้างหวังที่จะให้คำตอบอันเป็นผลประโยชน์ในระยะยาวต่อไปในอนาคต เพราะทราบว่าในอนาคตลูกจ้างจะได้เป็นเจ้าหน้าที่ที่อาจจะมีส่วนได้เสียกับผลประโยชน์ของตน เช่นนี้ ก็จะไม่เข้าข่ายข้อยกเว้นดังกล่าวได้ ซึ่งในรัฐบัญญัติการปฏิรูปจริยธรรมในรัฐบาล ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) ของสหรัฐอเมริกาที่บังคับใช้กับบุคคลทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ก็ได้กำหนดห้ามเรื่องการตกลงว่าจ้างงานในอนาคต โดยเฉพาะงานที่จะส่งผลกระทบต่อตำแหน่งหน้าที่ในการทำงาน และมีข้อจำกัดบางประการหลังพ้นตำแหน่งหน้าที่ด้วย เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ตั้งใจลาออกหรือทิ้งตำแหน่งทางราชการของตนเพื่อไปทำงานให้กับหน่วยงานเอกชน มีการอาศัยข้อมูลภายในของราชการหรือความลับทางราชการไปใช้ในประโยชน์ของหน่วยงานเอกชน มีการกำหนดห้ามในเรื่องของระยะเวลาภายหลังจากพ้นตำแหน่งไปว่าต้องออกไปแล้วเป็นระยะเวลากี่ปีเสียก่อน⁵² ในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของสมาชิกสภา ค.ศ. 1988 (พ.ศ. 2531) ของประเทศแคนาดา ก็มีการกำหนดถึงการที่ไม่ควรรับจ้างหรือทำงานในวิชาชีพใด หรือทำธุรกิจ อันมีผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ หรือดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการองค์กรเอกชน สมาคม องค์กรทางศาสนา หรือพรรคการเมือง และไม่ควรร่วมในการทำสัญญาหรือผลประโยชน์อื่นใดจากอดีตสมาชิกสภาที่ได้ออกจากตำแหน่งไปแล้วในระยะเวลา 12 เดือน เว้นแต่บุคคลอื่นได้รับเช่นกัน ที่มีใช่เป็นการเฉพาะตัว⁵³ ซึ่งในเรื่องนี้ จะมีความแตกต่างกับของประเทศไทย

⁵⁰ กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

⁵¹ ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์.

⁵² U.S. Office of Government Ethics, op. cit.

⁵³ Canadian Legal Information Institute, op. cit.

เพราะพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13(5) ประกอบกับกฎกระทรวง กำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (8) ที่กำหนดห้ามเรื่อง ลักษณะของการจ้างเฉพาะเพียงในปัจจุบันเท่านั้น มิได้รวมถึงอดีต หรืออนาคตภายหลังจากออกจาก ตำแหน่งไปแล้วด้วย

รัฐบัญญัติการปฏิรูปจริยธรรมในรัฐบาล ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) ของสหรัฐอเมริกา ยังกำหนดห้ามเรื่องค่าธรรมเนียมตอบแทนการเขียนบทความ หรือการปราศรัย หรือไปปรากฏตัว มีการ กำหนดถึงค่าตอบแทนพิเศษหรือเงินสนับสนุนจากกลุ่มผลประโยชน์ที่ต้องรายงานต่อคณะกรรมการ จริยธรรมฯ ตลอดจนการเรียกค่าตอบแทนจากการบริการทางวิชาชีพ ที่ห้ามเรียกเก็บค่าตอบแทนหรือ ผลประโยชน์อื่นใด แต่ไม่รวมถึงค่าตอบแทนตามกฎหมายหรือจากการเป็น ที่ปรึกษา และห้ามรับ ค่าตอบแทนจากรัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์กรหรือบุคคลซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐหรือประเทศอื่น เว้นแต่ ได้สภาคองเกรสยินยอม⁵⁴ ซึ่งในส่วนนี้จะมีความแตกต่างกับกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะ ทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 ของประเทศไทยใน (8) ที่กำหนดเพิ่มเติมว่า “เป็นลูกจ้าง หรือที่ปรึกษาซึ่งได้รับค่าตอบแทนของคู่กรณี”

รัฐบัญญัติการปฏิรูปจริยธรรมในรัฐบาล ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) ของสหรัฐอเมริกา ยังกำหนดห้ามการรับของกำนัลหรือของขวัญที่มีมูลค่าเกิน \$250 ภายในระยะเวลา 1 ปี เช่นเดียวกัน แต่ก็จะอาจได้รับได้ หากเข้ากรณียกเว้น ได้แก่ ของขวัญที่มีมูลค่า \$100 หรือต่ำกว่านั้น หรือของขวัญ ที่เป็นที่พิศส่วนตัวเพื่ออำนวยความสะดวก แต่มีใช้วัตถุประสงค์ทางธุรกิจ หรือของขวัญที่ได้รับจากญาติ รวมถึงคู่สมรสหรือของขวัญที่ให้ด้วยการเลี้ยงอาหารที่มีเจ้าภาพอยู่ด้วย และต้องรับประทานทันที หรือของขวัญที่ได้จากบุคคลซึ่งรู้จักกันมานาน เช่น เพื่อนสนิท⁵⁵ ในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกัน แห่งผลประโยชน์ของสมาชิกสภา ค.ศ. 1988 (พ.ศ. 2531) ของประเทศแคนาดา ก็มีการกำหนดถึงการ ที่ไม่ควรรับค่าธรรมเนียม หรือของขวัญ หรือผลประโยชน์อื่นใดที่เป็นผลประโยชน์ส่วนตัว ไม่ว่าโดยทางตรง หรือโดยทางอ้อม อันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามตำแหน่งหน้าที่ และหากของขวัญหรือประโยชน์อื่นใด มีมูลค่าเกินกว่า \$200 ในแต่ละครั้ง หรือมีมูลค่าไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในระยะเวลา 12 เดือน เมื่อ รวมแล้วเกินกว่า \$200 จะต้องยื่นบัญชีทรัพย์สินพร้อมกับชี้แจงเหตุที่มาต่อคณะกรรมการ⁵⁶ ซึ่งในส่วนนี้ จะมีความแตกต่างกับของประเทศไทยที่มีได้มีการกำหนดถึงการรับของกำนัลหรือของขวัญไว้ ในกฎหมายฉบับนี้โดยตรง แต่ก็มีกำหนดในกฎกระทรวงกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครอง ไม่ได้ พ.ศ. 2566 ใน (8) ที่กำหนดเพิ่มเติมว่า “เป็นลูกจ้างหรือที่ปรึกษาซึ่งได้รับค่าตอบแทนของคู่กรณี”⁵⁷

⁵⁴U.S. Office of Government Ethics, op. cit.

⁵⁵Ibid.

⁵⁶Canadian Legal Information Institute, op. cit.

⁵⁷กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

ที่กล่าวถึงการได้รับค่าตอบแทน แต่ก็ไม่ในกรณีที่เป็นลูกจ้างหรือเป็นที่ปรึกษา และก็มีได้กำหนดเป็นจำนวนหรือมูลค่าที่ชัดเจนแน่นอน

ประเด็นปัญหาเรื่องคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี หากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีเจ้าหน้าที่จะต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน”⁵⁸ จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการดังกล่าวในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึง “สิทธิ” ของคู่กรณี เท่านั้น มิได้ครอบคลุมถึงลักษณะของคำสั่งทางปกครอง ที่เกี่ยวกับ “เสรีภาพ และหน้าที่” แต่อย่างใด หรือ หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเห็นได้ว่า มีบทบัญญัติที่บัญญัติถึงสิทธิ และเสรีภาพของปวงชนชาวไทยในหมวด 3 และบัญญัติถึงหน้าที่ของปวงชนชาวไทยในหมวด 4 เพื่อให้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน⁵⁹ ตลอดจนสอดคล้องกับหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights)⁶⁰ และเพื่อให้สอดคล้องกับค่านิยมของคำสั่งทางปกครองที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังดังที่ได้กล่าวก่อนหน้า

4.1.2 ปัญหาจากการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ประเด็นปัญหาเรื่องระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่น้อยไปหากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กฎหมายกำหนดให้การอุทธรณ์ของบุคคล (คู่กรณี) สามารถอุทธรณ์ได้โดยต้องยื่นต่อเจ้าหน้าที่ ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลา 15 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว⁶¹

ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากเกิดกรณีผู้รับคำสั่งซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปมิใช่เจ้าหน้าที่ หรือผู้ซึ่งมีความรู้ความเข้าใจในขั้นตอนปฏิบัติเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวของเจ้าหน้าที่นั้น หรืออาจเป็นกรณีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนของคำสั่งทางปกครองอาจทำให้ต้องใช้ระยะเวลาในการทำความเข้าใจและเรียบเรียงเอกสารในการทำเรื่องเกี่ยวกับการอุทธรณ์ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย รวมถึงการสืบค้นข้อมูลตลอดจนพยานหลักฐานต่าง ๆ ซึ่งระยะเวลาเพียง 15 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองเพื่อใช้ในการจัดเตรียมอาจจะเป็นระยะเวลาที่น้อยเกินไปแก่บุคคลผู้รับคำสั่งทาง

⁵⁸พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁵⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

⁶⁰พรสันต์ เลียงบุญเลิศชัย, เรื่องเดิม, หน้า 20.

⁶¹พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

ปกครองซึ่งขาดความรู้ความเชี่ยวชาญ และอาจส่งผลให้ไม่สามารถยื่นอุทธรณ์ได้ทันตามกำหนดระยะเวลาที่กำหนดไว้ และอาจทำให้ข้อที่เป็นสาระสำคัญแม้จะได้อื่นคำอุทธรณ์ไปแล้วก็อาจมีความไม่สมบูรณ์บางประการได้ ทำให้ผิดวัตถุประสงค์ของการควบคุมการใช้อำนาจแบบแก้ไขโดยองค์กรภายในของฝ่ายปกครองที่เป็นมาตรการในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วยตนเองก่อนที่จะนำเรื่องดังกล่าวมาสู่ศาลซึ่งจะเป็นการควบคุมแบบแก้ไขโดยศาลในภายหลัง ดังนั้น การเปิดโอกาสให้คู่กรณีซึ่งได้รับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพจากคำสั่งทางปกครองได้มีระยะเวลาในการทราบข้อเท็จจริง และพิจารณาทบทวนเกี่ยวกับคำสั่งดังกล่าว ตลอดจนหาแนวทางแก้ไข และรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อยื่นอุทธรณ์นั้น ถือเป็นเรื่องสำคัญในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้ หากพิจารณาจากกรณีที่ได้รับคำสั่งทางปกครองได้ยื่นอุทธรณ์ไปแล้ว ตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำอุทธรณ์จะต้องพิจารณา และแจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกิน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ กรณีที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงตามความเห็นของตนภายในกำหนด 30 วันดังกล่าว ส่วนกรณีที่ไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้รายงานความเห็นพร้อมทั้งเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในกำหนด 30 วันดังกล่าว โดยผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์จะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับรายงาน และหากมีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จได้ภายในกำหนดระยะเวลา 30 วันนี้ ให้มีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนด และให้ขยายระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์ออกไปได้ไม่เกิน 30 วันนับแต่วันที่ครบกำหนด⁶² จะเห็นได้ว่า กรณีที่เห็นด้วยกับ คำอุทธรณ์ในฝ่ายของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองที่รับคำอุทธรณ์มา มีระยะเวลาในการพิจารณา 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ซึ่งมีระยะเวลาในการพิจารณาที่มากกว่าฝ่ายผู้อุทธรณ์ ทั้งที่ฝ่ายเจ้าหน้าที่เป็นผู้มีความรู้ความเข้าใจในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวได้เป็นอย่างดี และมีเอกสารจากฝ่ายผู้อุทธรณ์ที่ได้รับรวบรวมมาแล้ว เช่นเดียวกับกรณีที่ไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ในฝ่ายเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองซึ่งได้รับคำอุทธรณ์มา และส่งต่อให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์พิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ตนได้รับรายงาน และหากมีเหตุจำเป็นยังคงขอขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปได้อีกไม่เกิน 30 วัน นับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาด้วย รวมระยะเวลาเป็น 90 วัน ซึ่งมีระยะเวลาในการพิจารณาที่มากกว่าฝ่ายผู้อุทธรณ์เช่นเดียวกัน

หากพิจารณาตามกฎหมายอื่นในเรื่องของการอุทธรณ์ ก็มีกฎหมายที่กำหนดให้การอุทธรณ์ภายในระยะเวลา 15 วันเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และบางฉบับก็มีระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์มากกว่า 15 วันด้วย ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติ

⁶²พระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 114 ที่กำหนดให้ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ คือ ผู้ซึ่งถูกสั่งลงโทษ หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา 110(1)(3)(5)(6)(7) และ (8) ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยมีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ทราบ หรือถือว่าทราบคำสั่ง และมาตรา 118 กำหนดให้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จภายใน 120 วัน นับแต่วันที่รับอุทธรณ์ เว้นแต่มีเหตุขัดข้อง ก็ให้ขยายระยะเวลาได้อีกไม่เกิน 2 ครั้ง โดยแต่ละครั้งจะต้องไม่เกิน 60 วัน และให้บันทึกเหตุขัดข้องไว้⁶³ จะเห็นได้ว่า ระยะเวลาอย่างสูงในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว คือ รวมขอขยายแล้วเป็นระยะเวลาทั้งหมด 240 วัน ซึ่งเป็นระยะเวลาที่มากกว่าหลักเกณฑ์ในการอุทธรณ์ทั้งฝ่ายผู้อุทธรณ์ และฝ่ายเจ้าหน้าที่ซึ่งพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายอื่นที่กำหนดในเรื่องการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะ ก็มีการกำหนดระยะเวลาในการอุทธรณ์ที่น้อยกว่า 15 วัน และระยะเวลาในการอุทธรณ์หรือโต้แย้งดังกล่าวนี้ก็เป็นการข้อยกเว้นตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ไม่นำมาใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการที่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อย่างไรก็ตาม กรณีคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายผู้อุทธรณ์ต้องการที่จะใช้สิทธิโต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เพื่อให้มีความเหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ประกอบกับในทางปฏิบัติเห็นควรให้ผู้อุทธรณ์ มีโอกาสได้ใช้ระยะเวลาในการที่จะรับทราบคำสั่ง ทบทวน พิจารณา ซึ่งหากมีระยะเวลามากขึ้น ผู้อุทธรณ์ก็อาจจะมิได้อุทธรณ์คำสั่งนั้น เพราะมีเวลาให้พิจารณาทบทวนถึงเหตุ และผลของคำสั่งดังกล่าว หรือหากต้องการจะอุทธรณ์ ก็จะได้มีระยะเวลาในการรวบรวมเอกสารต่าง ๆ และเป็นประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ผู้รับคำอุทธรณ์นั้น ตลอดจนผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ และหากเรื่องมาถึงกระบวนการในชั้นศาล ก็จะมีข้อมูลที่ครบถ้วน ชัดเจน และเกิดความสะดวก รวดเร็วต่อทุกฝ่าย ซึ่งจะสามารถดำเนินการพิจารณาวินิจฉัยได้โดยมีข้อมูลที่ละเอียดมากกว่าการกำหนดให้ระยะเวลาที่น้อยจนเกินไป

ประเด็นปัญหาเรื่องกรณีคำอุทธรณ์ที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วน หากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 44 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้ง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย

⁶³พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551.

ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากคำอุทธรณ์ดังกล่าวผู้อุทธรณ์ทำเป็นหนังสือ แต่มิได้มีการลงลายมือชื่อ หรือมิได้ระบุชื่อโต้แย้ง และข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมาย หรือมีลักษณะที่ระบุไว้ แต่ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วน เช่นนี้ กฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่า ให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำอุทธรณ์นั้นดำเนินการอย่างไรต่อไป

4.2 ปัญหาจากการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

4.2.1. ปัญหาจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

ประเด็นปัญหาเรื่องไม่มีคำนิยามของ “ความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” หากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง”⁶⁴

ผู้เขียนมีความเห็นว่า คำว่า “ละเมิด” พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มิได้กำหนดคำนิยามเอาไว้ แต่พบว่าคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.758/2558 ได้เคยอธิบายไว้ ดังนี้ “พิเคราะห์แล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มิได้นิยามคำว่า “ละเมิด” ว่าหมายถึงอะไร การพิจารณาความหมายของคำว่า “ละเมิด” จึงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ซึ่งมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ดังนั้น การกระทำใดจะเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่ จึงมีข้อพิจารณาดังนี้ 1) ต้องมีการกระทำ 2) ต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ 3) ต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย 4) การกระทำนั้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ฉะนั้น ความรับผิดทางละเมิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หากบุคคลอื่นยังมิได้รับความเสียหายจากการกระทำ ย่อมไม่เป็นละเมิด โดยความเสียหายนั้นจะเป็นความเสียหายที่เกิดแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

⁶⁴พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

ก็ได้ แต่ต้องเป็นความเสียหาย ที่แน่นอน กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ยังคงต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ตนได้กระทำลงไป”⁶⁵ นอกจากนี้ หากในภายหลังปรากฏว่า เจ้าหน้าที่ได้กระทำไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มิได้หมายความว่า จะปราศจากความรับผิดทั้งปวง ตามที่มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติไว้ ดังนั้น ประการสำคัญของเรื่องนี้ จึงอยู่ที่ เรื่องของ “ความจงใจ” และ “ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” ของเจ้าหน้าที่ เพราะหากการละเมิด ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้นเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ยังคง ต้องรับผิดชอบเช่นเดิม แต่หากพิจารณาจากคำอธิบายตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของ เจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นี้ มิได้มีบทบัญญัติอธิบายถึงความหมายของ คำว่า “จงใจ” และ “ประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรง” เอาไว้แต่อย่างใด ซึ่งส่งผลให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำใดเป็นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่นั้น อาจมิได้มีมาตรฐานกลาง ที่ใช้วินิจฉัยเป็นไปในทิศทางเดียวกันทั้งหมด ด้วยเหตุที่เจ้าหน้าที่ แต่ละคนแม้จะมีอำนาจหน้าที่ประการ เดียวกันในเรื่องนี้ ก็อาจใช้ดุลพินิจที่มีความแตกต่างกันได้

นอกจากนี้ คำอธิบายความหมายของ คำว่า “ละเมิด” สามารถพิจารณาได้จาก พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554⁶⁶ หรือประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง⁶⁷ หรือหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0601/087 ลงวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2540 ของสำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยตอบข้อหารือของหนังสือของกรมบัญชีกลางเอาไว้⁶⁸ หรือคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 1789 – 1790/2518 หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.670/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.716/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.70/2552 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1915/2559 คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.2032/2559 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.2186/2559⁶⁹

นอกจากนี้ ประเด็นต่อเนื่องจากปัญหาการพิจารณาเกี่ยวกับ “ความจงใจหรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” ดังกล่าว ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจใน

⁶⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.758/2558.

⁶⁶ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [Online], available URL: <https://dictionary.orst.go.th/index.php>, (มิถุนายน, 17).

⁶⁷ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 59 วรรคสอง.

⁶⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “หนังสือ ที่ นร 0601/087 เรื่อง หารือแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับพระราช บัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539,” 7 กุมภาพันธ์ 2540.

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1789 – 1790/2518 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.670/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.716/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.70/2552 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1915/2559 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.2032/2559 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.2186/2559.

การพิจารณาคือคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจในการพิจารณาเรื่องความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง พิจารณาจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 8⁷⁰

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการใช้อำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดดังกล่าว กฎหมายกำหนดแต่เพียงเรื่องการใช้อำนาจหัวหน้าหน่วยงานของรัฐในการพิจารณาแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด ซึ่งในเรื่องอำนาจในการแต่งตั้งดังกล่าวนี้ จุดประสงค์ก็เพื่อช่วยอำนวยความสะดวก และการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ในการที่สามารถกระจายอำนาจในการใช้ดุลพินิจตัดสินใจให้เกิดประโยชน์แก่ทางราชการ จึงกำหนดให้สามารถมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวนี้ได้ เช่น เป็นผู้บังคับบัญชาลำดับชั้นรองลงมาของหน่วยงานของรัฐนั้น และเรื่องของจำนวนที่ไม่เกิน 5 คน ตลอดจนเรื่องแต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นหรือหน่วยงานของรัฐอื่นตามที่เห็นสมควร จะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์หรือคุณสมบัติของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดแต่อย่างใด เพียงแต่กำหนดที่มา และให้เป็นอำนาจในการใช้ดุลพินิจของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐในการแต่งตั้งตามที่เห็นสมควรเท่านั้น ซึ่งหากรอดำเนินการตามแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือหนังสือสั่งการของกระทรวงการคลัง ก็อาจจะทำให้เกิดความล่าช้าขึ้นได้ ตลอดจนอาจจะทำให้คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงดังกล่าว เมื่อใช้อำนาจดุลพินิจแล้วอาจมีความเห็นเป็นไปในทิศทางเดียวกับหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่แต่งตั้ง ตลอดจนข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในบางเรื่องที่มีความสลับซับซ้อน เป็นข้อยุ่งยาก ต้องมีความชัดเจน และมีพยานหลักฐานที่สนับสนุนประกอบการพิจารณา แต่คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจจะมีได้เป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในแต่ละ

⁷⁰ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

ข้อ 8 “เมื่อเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐแห่งใด และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐนั้นมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐดังกล่าวแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดขึ้นคณะหนึ่ง โดยไม่ชักช้า เพื่อพิจารณาเสนอความเห็นเกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดชอบและจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ผู้ต้องชดใช้

คณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ให้มีจำนวนไม่เกินห้าคน โดยแต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นหรือหน่วยงานของรัฐอื่นตามที่เห็นสมควร

กระทรวงการคลังอาจประกาศกำหนดว่าในกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่จำนวนเท่าใด จะให้มีผู้แทนของหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดเข้าร่วมเป็นกรรมการด้วยก็ได้

ในการแต่งตั้งคณะกรรมการ ให้กำหนดเวลาแล้วเสร็จของการพิจารณาของคณะกรรมการไว้ด้วย.”

เรื่องที่ต้องพิจารณา ดังนั้น การทำความเข้าใจอาจจะทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อมาได้ ดังนั้น จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์หรือคุณสมบัติในการแต่งตั้งเพิ่มเติมของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด และควรกำหนดให้มีคณะกรรมการซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเพิ่มเติม เพื่อช่วยในการทำความเข้าใจของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดด้วย นอกจากนี้ กรณีที่กำหนดไว้เป็นเกณฑ์มาตรฐานว่าจะต้องมีจำนวนไม่เกิน 5 คนนั้น อาจส่งผลให้กรณีประเด็นปัญหาที่มีความเกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงาน และแต่ละหน่วยงานมีความประสงค์ให้มีผู้แทนเพื่อรักษาผลประโยชน์ของหน่วยงานตน ก็อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติกรณีที่จะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดที่มีจำนวนจำกัดได้ เพราะมิได้กำหนดให้กรรมการจะต้องมาจากทุกหน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้อง แต่ให้พิจารณาคัดเลือกบุคคลซึ่งมีความเหมาะสมที่จะได้รับการแต่งตั้งในจำนวนไม่เกิน 5 คนนี้มาเป็นกรรมการ โดยกำหนดให้เพียงแค่จะต้องมาจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นหรือหน่วยงานของรัฐอื่นก็ได้ ตามที่เห็นสมควร โดยมีการตกลงกันว่า ให้หน่วยงานของรัฐแห่งใดจะเป็นผู้ซึ่งออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบ ทางละเมิด และให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องร่วมลงนามในคำสั่งดังกล่าวนี้⁷¹

4.2.2 ปัญหาจากการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

ประเด็นปัญหาเรื่องการจำกัดสิทธิฟ้องคดีของผู้เสียหายกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ หากพิจารณาจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้กรณีที่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ และเกิดละเมิดขึ้น หน่วยงานของรัฐจะต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหาย กรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ เพราะเป็นกระทำในหน้าที่ และมาตรา 6 ที่กำหนดไว้ว่า หากเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดในเรื่องที่มีใช้การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบในเรื่องดังกล่าวเป็นการเฉพาะตัว กรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้⁷² ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับการแบ่งประเภทความผิดของกฎหมายฝรั่งเศสที่แบ่งลักษณะความผิดออกเป็น 3 ประเภทได้แก่ ความผิดโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ความผิดจากการปฏิบัติงาน และความผิดร่วมกัน แต่มีข้อแตกต่างตรงที่พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของ

⁷¹สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดหลายหน่วยงานก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ เรื่องเสร็จที่ 392/2549,” 3 สิงหาคม 2549.

⁷²พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

เจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่หากพิจารณาจากกฎหมาย จะแบ่งลักษณะความผิดออกเป็น 2 ประเภท มิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดถึงการกระทำผิดร่วมกันของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐ จะมีเพียงกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง และกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดโดยส่วนตัว มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 6 เท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากผู้เสียหายไม่แน่ใจว่าเป็นการกระทำโดยส่วนตัวของเจ้าหน้าที่หรือไม่ กรณีดังกล่าวให้ฟ้องหน่วยงานของรัฐไว้ลำดับแรกก่อน และนำบทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ซึ่งเห็นว่าอีกฝ่ายต้องรับผิดชอบหรือต้องร่วมรับผิดชอบ มีสิทธิขอให้ศาลเรียกอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาเป็นคู่ความในคดีได้ตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง แต่ก็มีได้กำหนดไว้ชัดเจน ซึ่งอาจเป็นที่สงสัยแก่ผู้เสียหาย ซึ่งอาจฟ้องต่อตัวเจ้าหน้าที่ได้ เพราะเห็นโดยชัดเจนว่าสถานการณ์ที่เกิดละเมิดนั้นกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 7 วรรคหนึ่ง ของประเทศไทย นี้ มีลักษณะคล้ายกับการแบ่งประเภทความผิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส กรณีที่เป็นความรับผิดชอบร่วมกันของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ผู้เสียหายฟ้องเจ้าหน้าที่หากเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ และห้ามมิให้ผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐหากเป็นการกระทำที่มิใช่การปฏิบัติหน้าที่ การกำหนดห้ามดังกล่าวอาจจะกระทบถึงสิทธิของผู้เสียหายในการที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ เพราะการทราบถึงการกระทำในหรือนอกหน้าที่ดังกล่าว ในบางเรื่องของการละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่นั้น ฝ่ายผู้เสียหายไม่อาจทราบได้ว่าเรื่องดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำในหรือนอกหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ซึ่งทำละเมิด ส่งผลให้การไปฟ้องเป็นคดีของฝ่ายผู้เสียหายถูกจำกัดสิทธิไปเพราะฝ่ายผู้เสียหายจะต้องพิจารณาก่อนว่าการกระทำละเมิดดังกล่าวของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นการละเมิดด้วยเหตุตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 6 ซึ่งเป็นการสร้างภาระขั้นต้นให้เกิดขึ้นกับฝ่ายผู้เสียหาย และทำให้การเข้าถึงกระบวนการในการได้รับความยุติธรรมในทางกฎหมายของฝ่ายผู้เสียหาย ตลอดจนการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นของเจ้าหน้าที่ล่าช้าไป และอาจส่งผลให้การฟ้องดังกล่าวเป็นการฟ้องที่ผิดฝ่ายทำให้ศาลยกฟ้องได้

นอกจากนี้ หากพิจารณาจากมาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กฎหมายกำหนดให้ในคดีที่ผู้เสียหายฟ้องหน่วยงานของรัฐ ถ้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่า เป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบหรือต้องร่วมรับผิดชอบด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องเนื่องมาจากมาตรา 5 วรรคหนึ่ง เพราะเจ้าหน้าที่ของตนไปกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ ผู้เสียหายจึงมาฟ้องหน่วยงานของรัฐโดยตรง และในคดีที่ผู้เสียหายฟ้องเจ้าหน้าที่ ถ้าเจ้าหน้าที่เห็นว่า เป็นเรื่องที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบหรือร่วมรับผิดชอบด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องเนื่องมาจากมาตรา 6⁷³ เพราะเจ้าหน้าที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมีส่วนต้องรับผิดชอบด้วย แม้จะเป็นการกระทำที่มิใช่ในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ไม่ว่าด้วย

⁷³พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

เหตุใดก็ตามเจ้าหน้าที่เห็นว่าหน่วยงานต้องรับผิดชอบหรือร่วมรับผิดชอบ หรืออาจจะเป็นกรณีที่ผู้เสียหายเข้าใจผิด และฟ้องผิดฝ่ายมาตั้งแต่ต้นเพราะไม่อาจทราบได้ว่าการกระทำละเมิดดังกล่าวของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นการกระทำในหรือนอกหน้าที่

ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายกำหนดให้ทั้งสองฝ่าย (เจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐ) มีสิทธิขอให้ศาลที่พิจารณาคดีนั้นอยู่เรียกเข้ามาเป็นคู่ความในคดีได้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้สิทธิหรือประโยชน์แก่ทั้งเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐที่สามารถเรียกให้อีกฝ่ายมาร่วมรับผิดชอบในกรณีที่ผู้เสียหายได้เป็นผู้ฟ้องคดี และอาจจะฟ้องผิดฝ่ายหากพิจารณาในเรื่องการฟ้องคดีของผู้เสียหายตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง และมาตรา 6 กับการเรียกเข้ามารับผิดชอบหรือร่วมรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายผู้เสียหายต้องพิจารณาตั้งแต่ตอนต้นให้ดีให้ถูกฝ่ายเสียก่อนว่าจะต้องฟ้องใครตามการกระทำว่าเป็นการกระทำในหรือนอกหน้าที่ แต่ในทางกลับกันฝ่ายเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐ แม้จะถูกฟ้องคดีไปแล้ว หากในตอนหลังพิจารณาแล้วเห็นว่าอีกฝ่ายต้องรับผิดชอบหรือร่วมรับผิดชอบ ก็มีสิทธิเรียกให้อีกฝ่ายเข้ามาเป็นคู่ความในคดีได้ในตอนหลัง ทำให้เห็นว่าการที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้เป็นการตัดโอกาสหรือตัดสิทธิของฝ่ายผู้เสียหายตั้งแต่แรกไม่เหมือนกับกรณีของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐ

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

5.1.1 ปัญหาจากการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ดังนี้

1) ปัญหาจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในประเด็นปัญหาเรื่องคำนิยามของ คำว่า “คำสั่งทางปกครอง” คำว่า “ระหว่างบุคคล” และคำว่า “สิทธิหรือหน้าที่” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 รวมถึงประเด็นปัญหาเรื่องข้อยกเว้นของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 ได้แก่ ในมาตรา 13(2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁷⁴ และกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (1) และ (3)⁷⁵ ในมาตรา 13(3)

⁷⁴พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁷⁵กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁷⁶ และกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (4) และ (6)⁷⁷ ในมาตรา 13(5) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁷⁸ และกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (5)⁷⁹ ในกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (7)⁸⁰ และในมาตรา 13(5) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁸¹ และกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (8)⁸² ตลอดจนประเด็นปัญหาเรื่องคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีจากบทบัญญัติ ในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

2) ปัญหาจากการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในประเด็นปัญหาเรื่องระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จากบทบัญญัติในมาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และในประเด็นปัญหาเรื่องกรณีคำอุทธรณ์ที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนจากบทบัญญัติในมาตรา 44 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

5.1.2 ปัญหาจากการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ดังนี้

1) ปัญหาจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในประเด็นปัญหาเรื่องไม่มีคำนิยามของ “ความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” จากบทบัญญัติในมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และในประเด็นปัญหาเรื่องคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดทางละเมิดที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจในการพิจารณาจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 8⁸³

⁷⁶พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁷⁷กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

⁷⁸พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁷⁹กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

⁸⁰กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

⁸¹พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁸²กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

⁸³ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

2) ปัญหาจากการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในประเด็นปัญหาเรื่องการจำกัดสิทธิฟ้องคดีของผู้เสียหายกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ จากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง มาตรา 6 และมาตรา 7 วรรคหนึ่ง⁸⁴

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 ปัญหาจากการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ดังนี้

1) ปัญหาจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ประเด็นปัญหาเรื่องคำนิยามของ คำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ควรต้องมีการแก้ไขปรับปรุงคำนิยามของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยปรับปรุงแก้ไขเป็น “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นแก่บุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ เสรีภาพ หรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ...”

ประเด็นปัญหาเรื่องข้อยกเว้นของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 ดังนี้

(1) ในมาตรา 13 (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁸⁵ และกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (1) และ (3)⁸⁶ ควรต้องมีการเพิ่มเติมเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (2) และ (3) เกี่ยวกับการพิจารณาถึงเพศชาย และหญิง ซึ่งอยู่กั้นกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสกัน ไม่ว่าจะในอดีตหรือปัจจุบัน ตลอดจนบุคคล

⁸⁴พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

⁸⁵พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁸⁶กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

เพศเดียวกันโดยกำเนิดในลักษณะเดียวกันกับชายหญิงซึ่งอยู่กินกันฉันสามีภรรยา ไม่ว่าจะในอดีตหรือปัจจุบันว่าจะใช้หลักเกณฑ์ และหลักฐานหรือกฎหมายเรื่องใดในการพิสูจน์สถานะดังกล่าว อันอาจจะนำมาซึ่งการพิจารณาทางปกครองที่ไม่เป็นกลางได้

(2) ในมาตรา 13(3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁸⁷ และกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (4) และ (6)⁸⁸ ควรต้องมีแก้ไขปรับปรุงเกี่ยวกับลำดับชั้นของมาตรา 13(3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยแก้ไขเป็น “...เป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องในความเป็นจริงนับได้เพียงภายในของคู่กรณีไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานไม่ว่าชั้นใด ๆ” และแก้ไขปรับปรุงเกี่ยวกับกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (6) โดยแก้ไขเป็น “เป็นลุง ป้า น้า อา ของคู่กรณี หรือเป็นหรือเคยเป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของลุง ป้า น้า อา ของคู่กรณี”

(3) ในมาตรา 13(4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁸⁹ และกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (5)⁹⁰ ควรต้องมีการเพิ่มเติมกรณีมาตรา 13(4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยแก้ไขเป็น “เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี”

(4) กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (7)⁹¹ ควรต้องมีการเพิ่มเติมในกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 โดยแก้ไขเป็น “เป็นหรือเคยเป็นผู้พักอาศัยอยู่ร่วมกับคู่กรณี...” และสมควรกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมที่ใช้อธิบายของลักษณะ “สถานที่เดียวกันในลักษณะครัวเรือนเดียวกัน” ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นว่าเป็นสถานที่ประเภทหรือแบบใด ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับระยะเวลาในการพักอาศัยอยู่ร่วมกับคู่กรณีด้วยว่าต้องเป็นระยะเวลาานเท่าใด กี่วัน กี่เดือน หรือกี่ปี หรือใช้หลักเกณฑ์อื่นใดในการพิจารณาเรื่องระยะเวลาดังกล่าว

⁸⁷พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁸⁸กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

⁸⁹พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁹⁰กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

⁹¹กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

(5) ในมาตรา 13(5) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁹² และกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (8)⁹³ ควรต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 13(5) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยแก้ไขเป็น “เป็นหรือเคยเป็นเจ้าหน้าที่ ลูกหนี้ นายจ้าง ลูกจ้าง หรือที่ปรึกษาซึ่งได้รับคำตอบแทนของคู่กรณี” หรือแก้ไขเป็น “เป็นเจ้าหน้าที่ หรือลูกหนี้ ยกเว้นกรณีปลดหนี้ หรือเป็นหรือเคยเป็นนายจ้าง ลูกจ้าง หรือที่ปรึกษาซึ่งได้รับคำตอบแทนของคู่กรณี” และยกเลิกกฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 (8) “เป็นลูกจ้างหรือที่ปรึกษาซึ่งได้รับคำตอบแทนของคู่กรณี” และกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ “คำตอบแทน” ให้ชัดเจน โดยเฉพาะคำตอบแทนที่เป็นเงินหรือประโยชน์อื่นใด ว่าคิดเป็นเงินหรือมีมูลค่าไม่เกินจำนวนเท่าใด

ประเด็นปัญหาเรื่องคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี หากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁹⁴ ควรต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยปรับปรุงแก้ไขเป็น “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิ เสรีภาพ หรือหน้าที่ของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริง อย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานของตน”

2) ปัญหาจากการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ประเด็นปัญหาเรื่องระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่น้อยไป หากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 44 วรรคหนึ่ง และกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ยื่นอุทธรณ์ไปแล้วตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง และผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ที่มีระยะเวลาในการพิจารณาที่มากกว่าผู้อุทธรณ์ ตลอดจนพิจารณาเทียบกับกฎหมายอื่นในเรื่องของการอุทธรณ์⁹⁵ ควรต้องมีการแก้ไขปรับปรุงในมาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยแก้ไขเป็น “ระยะเวลาที่คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ตนได้รับคำสั่งดังกล่าว”

⁹²พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁹³กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

⁹⁴พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁹⁵พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

ประเด็นปัญหาเรื่องกรณีคำอุทธรณ์ที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วน หากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 44 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁹⁶ ควรต้องมีการเพิ่มเติมในบทบัญญัติมาตรา 44 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยแก้ไขเป็น “คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้ง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบ และให้ดำเนินการตรวจสอบคำอุทธรณ์ว่าถูกต้อง และครบถ้วนหรือไม่ภายในกำหนดระยะเวลาตามวรรคหนึ่ง หากเห็นว่าถูกต้อง และครบถ้วนให้ดำเนินการพิจารณาต่อไป แต่หากเห็นว่า คำอุทธรณ์ดังกล่าว ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วน ให้คืนคำอุทธรณ์ต่อผู้อุทธรณ์ไปดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้อง และครบถ้วนภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง และหากไม่แก้ไขให้ทันภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวจะไม่รับคำอุทธรณ์ไว้พิจารณาต่อไป”

5.2.2 ปัญหาจากการใช้อำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ดังนี้

1) ปัญหาจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

ประเด็นปัญหาเรื่องไม่มีคำนิยามของ “ความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” หากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 8 วรรคหนึ่ง⁹⁷ และประเด็นต่อเนื่องจากปัญหาการพิจารณาเกี่ยวกับ “ความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” ดังกล่าว ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณา คือ คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจในการพิจารณาเรื่องความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง พิจารณาจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 8 ควรต้องมีการเพิ่มเติมถึงหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด โดยกำหนดถึงคุณสมบัติเพิ่มเติมในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 8 วรรคสอง โดยเพิ่มเติมเป็น “คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งต้องเคยเป็นคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด หรือเคยเป็นคณะกรรมการ หรือเป็นผู้มีความรู้ทางด้านกฎหมาย หรือมีประสบการณ์ทำงานไม่น้อยกว่าหนึ่งปีในหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นหรือหน่วยงานของรัฐอื่นอย่างน้อยหนึ่งคน และให้มีจำนวนไม่เกินห้าคน ทั้งนี้ หากหน่วยงานของรัฐดังกล่าวเห็นควรให้มีจำนวนเกินห้าคน ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐแต่ละแห่งพิจารณาร่วมกันตามที่เห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินจำนวนหน่วยงานของรัฐแต่ละแห่งที่ได้รับความเสียหายดังกล่าว โดยแต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของ

⁹⁶พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁹⁷พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

รัฐแห่งนั้นหรือหน่วยงานของรัฐอื่นตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงความเป็นกลางด้วย ในกรณีที่มีความจำเป็น เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาอาจให้มีคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในด้านต่าง ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องอีกหนึ่งคนก็ได้ เพื่อช่วยคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดด้วย โดยให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐนั้นหรือหน่วยงานของรัฐอื่นพิจารณาแต่งตั้งตามที่เห็นสมควร”

2) ปัญหาจากการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ และหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

ประเด็นปัญหาเรื่องการจำกัดสิทธิฟ้องคดีของผู้เสียหายกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ หากพิจารณาจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง และมาตรา 6 ประกอบมาตรา 7 วรรคหนึ่ง⁹⁸ ควรต้องมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 6/1 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยเพิ่มเติมเป็น

มาตรา 6/1 “ในกรณีเป็นที่สงสัยว่าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 5 และมาตรา 6 นั้น เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง และให้นำความในมาตรา 5 หรือมาตรา 6 แล้วแต่กรณี มาใช้บังคับในภายหลังเมื่อทราบว่าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือมิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่”

กรณีตามวรรคหนึ่ง เมื่อปรากฏในภายหลังว่าเป็นกรณีตามมาตรา 5 หรือมาตรา 6 หากจะต้องเปลี่ยนแปลงศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ให้ศาลเดิมมีอำนาจสั่งโอนคดีไปพิจารณาในศาลที่มีอำนาจได้ และให้ถือว่ากระบวนการพิจารณาที่ได้ดำเนินการไปแล้วในศาลเดิมก่อนมีคำพิพากษาไม่เสียไป เว้นแต่ศาลที่รับโอนคดีจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม”

⁹⁸พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” วารสารกฎหมายปกครอง, 8 (2532): 5.
- _____. **สาระสำคัญ และหลักกฎหมาย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539.
- นิติบัญญัติ นุเวชวงศ์กมล. **กฎหมายเกี่ยวกับระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (Law on Administrative of State Affairs).** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2565.
- พัชฉา จิตมทีมา. **ความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองเปรียบเทียบกับแนวคำวินิจฉัยของสภาพแห่งรัฐ และหลักความเป็นกลางตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส** [Online]. Available URL: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act345.pdf>, 2563 (กรกฎาคม 19).
- _____. **ปัญหาความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พิศาระห์หลักเกณฑ์การพิจารณา และการแยกความรับผิด โดยเปรียบเทียบกับกรจัดการแบ่งความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศส** [Online]. Available URL: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13705.pdf>, 2563 (กรกฎาคม, 19).
- พรสันต์ เลียงบุญเลิศชัย. “บทสัมภาษณ์ความเห็นทางวิชาการ เรื่อง หลักนิติธรรมกับสภาพของสังคมประเทศไทย.” วารสารจุลนิติ (ธันวาคม 2554): 19-21.
- ภุริชญา วัฒนรุ่ง. **หลักกฎหมายมหาชน (Principles of Public Law).** พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2562.
- วรรณารี สิงห์โต. **ข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง : วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทย และกฎหมายเยอรมัน** [Online]. Available URL: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act282.pdf>, 2560 (มกราคม, 22).
- สิทธิกร ศักดิ์แสง. **หลักกฎหมายมหาชน (Principle of Public Law).** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. “บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดหลายหน่วยงานก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ เรื่องเสร็จที่ 392/2549.” 3 สิงหาคม 2549.
- _____. “หนังสือ ที่ นร 0601/087 เรื่อง ทารื้อแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.” 7 กุมภาพันธ์ 2540.
- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. **พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554** [Online]. Available URL: <https://dictionary.orst.go.th/index.php>. (มิถุนายน, 17).

อุกฤษ มงคลนาวิน. “บทสัมภาษณ์ความเห็นทางวิชาการ เรื่อง หลักนิติธรรมกับสภาพของสังคมประเทศไทย.” **วารสารจลนिति** (พฤศจิกายน 2554): 3-4, 6.

Canadian Legal Information Institute. **Conflict of Interest Act of 1988** [Online]. Available URL: <https://www.canlii.org/en/pe/laws/stat/rspei-1988-c-c-17.1/latest/rspei-1988-c-c-17.1.html>, 2023 (March, 20).

U.S. Office of Government Ethics. **Ethics Reform Act of 1989** [Online]. Available URL: [https://www.oge.gov/web/OGE.nsf/0/3942A940906D39B0852585B6005A15AE/\\$FILE/PL101-194.pdf](https://www.oge.gov/web/OGE.nsf/0/3942A940906D39B0852585B6005A15AE/$FILE/PL101-194.pdf), 2014 (June, 24).

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์.

ประมวลกฎหมายอาญา.

พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548.

กฎกระทรวงกำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566.

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1789 – 1790/2518.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.70/2552.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.670/2554.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.716/2554.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.758/2558.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1915/2559.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.2032/2559.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.2186/2559.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564.

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

- | | |
|--|---|
| 1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร กาญจนรัตน์ | สำนักงานกฎหมาย
คณิศร แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด |
| 2. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน | สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด |
| 3. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์ | นักวิชาการอิสระ |
| 4. นายสงวน ตียะไพบุลย์สิน | นักวิชาการอิสระ |

บรรณาธิการ

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

กองบรรณาธิการ

- | | |
|--|---------------------------------------|
| 1. รองคณบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทรวรรณ ทองใหญ่ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทรระ ลิ้มปิติระ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. อาจารย์ศศิประภา ศิสศิริ วรรณการ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ | นักวิชาการอิสระ |
| 7. นายนิธิ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนนท์ทกะ | นักวิชาการอิสระ |
| 9. นายสมชัย ฑีฆาอุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | บริษัท อลงกรณ์ กฎหมายธุรกิจ จำกัด |
| 12. นายวรุฒิ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 13. นายนิรุฒ มณีพันธ์ | มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี |
| 14. นางสุมาพร (ศรีสุนทร) มานะสันต์ | กระทรวงการคลัง |
| 15. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ | มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ |
| 16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 17. นายณศุท กรองแก้วอารียะ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 18. นางสาวนริศรา สารรัตน์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 19. นายเพชร ชื่นชม | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240
โทร 0 2310 8208, 08 6685 9111 โทรสาร 0 2310 8208 E-mail: lawjournal@ru.ac.th

Website: www.lawjournal.ru.ac.th หรือ <https://so05.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal>

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

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

รายละเอียดการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. ชื่อบทความ ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา หากเป็นบทความที่เรียบเรียงจากโครงการวิจัย ให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายชื่อบทความภาษาไทยด้วย เพื่อระบุชื่อโครงการวิจัย แหล่งทุนที่ได้รับอุดหนุนการวิจัย

2. ชื่อผู้พิมพ์ ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุ หน่วยงานต้นสังกัด คุุณวุฒิการศึกษา 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. **หัวข้อเรื่อง** 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 / (สถานที่พิมพ์: /สำนักพิมพ์, /ปีที่ พิมพ์), /เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ, /“**ชื่อบทความ**,” /**ชื่อวารสาร** /ปีที่ออก, /ฉบับที่ออก / (เดือน ปีพิมพ์): /เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ, /“**ชื่อบทความ**,” /**ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร**, /วัน เดือน ปี, /เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์, /“**ชื่อวิทยานิพนธ์**,” / (ระดับวิทยานิพนธ์, /ชื่อสถาบัน, /ปีที่พิมพ์), /เลขหน้า.
- **ชื่อผู้วิจัย**, /**ชื่อรายงานวิจัย**, /ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย, /เลขที่ของรายงาน (ถ้ามี) / (สถานที่พิมพ์: /สำนักพิมพ์, /ปีที่พิมพ์), /เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน, /“**ชื่อเอกสาร**,” /วัน เดือน ปี.
- **ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์**, /**ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)**, /**สัมภาษณ์**, /วัน เดือน ปี.
- **ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน**, /**ชื่อเรื่อง** / [Online], Available URL: /ที่มาของสารสนเทศ, /ปีที่พิมพ์ / (เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนเชิงอรรถ สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplthesis-niti260353.doc

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษให้ใช้ ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 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 <https://so05.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 ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจากหลากหลายสถาบัน จำนวน 3 ท่าน ที่ไม่มีส่วนได้เสียกับผู้พิมพ์ และเป็นการ peer review แบบ double blinded
7. เมื่อผู้พิมพ์ได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้พิมพ์ในลำดับถัดไป

ค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์

1. การตีพิมพ์บทความไม่มีค่าใช้จ่ายในกรณีบทความได้รับอนุมัติตีพิมพ์
2. ในกรณีผู้พิมพ์ขอถอนบทความออกจากกระบวนการตีพิมพ์ โดยบทความได้ผ่านการพิจารณาประเมินบทความจากผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว หรือกรณีผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาประเมินบทความ ปฏิเสธการตีพิมพ์บทความ ผู้พิมพ์บทความจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าธรรมเนียมในส่วนของคุณค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาประเมินบทความเป็นจำนวนเงิน 3,000 บาท (สามพันบาทถ้วน) (1 บทความ x 3 ผู้ทรงคุณวุฒิ x 1,000 บาท) โดยโอนเข้าบัญชีธนาคารออมสิน ชื่อบัญชี ม.ร.คณะนิติศาสตร์ (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 โดยการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

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

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

1.5 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลของผู้นิพนธ์และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

1.6 ในการคัดเลือกบทความตีพิมพ์ บรรณาธิการต้องตัดสินใจเลือกบทความหลังจากผ่านกระบวนการประเมินบทความแล้ว โดยพิจารณาจากความใหม่ ความสำคัญ ความชัดเจน ของเนื้อหาที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารเป็นสำคัญ

1.7 บรรณาธิการต้องไม่มีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้นิพนธ์และผู้ประเมิน

1.8 บรรณาธิการต้องตีพิมพ์บทความที่ไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่แหล่งตีพิมพ์อื่น

2. บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้น เป็นผลงานใหม่และไม่มี การส่งให้วารสารอื่น พิจารณาตีพิมพ์ในช่วงเวลาเดียวกัน

2.2 ผู้นิพนธ์จะต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง ให้ปรากฏในผลงานของตน หากมีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้ในผลงานของตน รวมทั้งจัดทำรายการอ้างอิงท้ายบทความ

2.3 ผู้นิพนธ์ต้องเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยโดยให้เป็นไปตามข้อกำหนดของวารสารนี้ และถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้ใน “คำแนะนำการตีพิมพ์”

2.4 ผู้นิพนธ์ร่วม (Co-author) ทุกคนที่มีชื่อปรากฏในบทความ จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยจริง

2.5 ผู้นิพนธ์ต้องรายงานข้อเท็จจริงและผลที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัย โดยไม่ควรมีการบิดเบือนข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่เกินจริง

2.6 ในกรณีที่เขียนบทความวิจัย ผู้นิพนธ์ต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนในการทำวิจัยนี้

3. บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ (Duties of Reviewers)

3.1 เมื่อผู้ประเมินบทความได้รับบทความจากบรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความทราบอยู่แล้วว่า ตนเองอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์ เช่น เป็นผู้ร่วมโครงการ หรือรู้จักผู้นิพนธ์เป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลอื่น ๆ ที่อาจทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้น ๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญโดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขาวิชานั้น ๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยไม่ควรใช้ความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบทความหรืองานวิจัยนั้น ๆ

3.3 หากผู้นิพนธ์มีได้อ้างถึงผลงานวิจัยที่สำคัญ ๆ และสอดคล้องกับบทความเข้าไปในการประเมินบทความผู้ประเมินบทความต้องระบุเข้าไปในบทความที่กำลังประเมินด้วย เพื่อให้บทความเกิดคุณค่าในเชิงวิชาการเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ หากมีส่วนใดของบทความที่มีความเหมือน หรือซ้ำซ้อนกับผลงานชิ้นอื่น ๆ ผู้ประเมินบทความต้องแจ้งให้บรรณาธิการทราบด้วย

3.4 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ ผู้ประเมินบทความต้องรักษาความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลบางส่วนหรือทุกส่วนของบทความที่ส่งมาเพื่อพิจารณาแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

**RAMKHAMHAENG
LAW JOURNAL**

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

www.lawjournal.ru.ac.th

<https://so05.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal>

ผ่านการรับรองคุณภาพของ TCI กลุ่มที่ 2